

*Aux autonomistes*



## REMERCIEMENTS

Cet ouvrage et sa deuxième refonte n'auraient pu être réalisés sans le concours des collaborateurs de l'*Unité de droit familial et de droit médical* de l'Université de Liège. J'adresse mes plus vifs remerciements aux membres actuels et anciens de l'Unité, à savoir pour l'édition initiale, Renaud Chauvin, Catherine Couquelet, Virginie Dehalleux, Sylviane Delval, Marie Demaret, Gilles Genicot, Claire Gimenne, Evelyne Langenaken, Sophie Louis, Sybille Massange, Isabelle Massin, Aurélie Nottet, Catherine Paris, Virginie Rau, Sylvie Thielen et Eric von Frenckell, et pour cette refonte, François Deguel, Julie Laruelle et Amélie Paulus.

Aussi précieuse est la contribution de mes cinq « *alma mater* » qui ont façonné mes outils de travail. Au Collège Saint-Henri de Comines je dois une préparation optimale à l'enseignement universitaire, aux Facultés Notre Dame de la Paix de Namur le goût du droit, à la Katholieke Universiteit Leuven l'apprentissage du métier et du néerlandais, à l'Université de Paris II l'attrait de la recherche, et à l'Université de Liège la liberté académique.



## LISTE DES ABRÉVIATIONS

<i>A. &amp; M.</i>	<i>Auteurs et Médias</i>
<i>A.J.D.A.</i>	<i>Actualité juridique du droit administratif</i>
<i>A.J. famille</i>	<i>Actualités juridiques en droit de la famille</i>
<i>A.J.T.</i>	<i>Algemeen juridisch tijdschrift</i>
<i>A.P.R.</i>	<i>Algemene Praktische Rechtsverzameling</i>
<i>A.R.</i>	arrêté royal
<i>Act. dr.</i>	<i>Actualités du droit</i>
<i>Act. dr. fam.</i>	<i>Actualités de droit de la famille</i>
<i>Act. fisc.</i>	<i>Actualités fiscales</i>
al.	alinéa
<i>Ann. dr. Liège</i>	<i>Annales de droit de Liège</i>
<i>Ann. Dr. Louvain</i>	<i>Annales de droit de Louvain</i>
<i>Ann. not.</i>	<i>Annales du notariat et de l'enregistrement</i>
<i>Arch. phil. dr.</i>	<i>Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique</i>
arg.	argument
<i>Arr. Cass.</i>	<i>Arresten van het Hof van cassatie</i>
art.	article
ass. plén.	(après Cass. fr.) assemblée plénière
<i>B.J.</i>	<i>Belgique judiciaire</i>
<i>B.W.</i>	<i>Burgerlijk Wetboek</i>
<i>Bull. Ass.</i>	<i>Bulletin des Assurances</i>
<i>Bull. bel.</i>	<i>Bulletin der belastingen</i>
<i>Bull. contr.</i>	<i>Bulletin des contributions</i>
<i>C. adm. app.</i>	<i>Cour administrative d'appel</i>
<i>C. ass.</i>	<i>Cour d'assises</i>
<i>C. civ.</i>	<i>Code civil</i>
<i>C. const.</i>	<i>Cour constitutionnelle</i>
<i>C. D.I.P.</i>	<i>Code de droit international privé</i>

C. déont. méd.	Code de déontologie médicale
C. jud.	Code judiciaire
C. nat.	Code de la nationalité belge
C. pén.	Code pénal
C. succ.	Code des droits de succession
C. trav.	Cour du travail
<i>c.</i>	<i>contre</i>
C.A.	Cour d'arbitrage
C.E.	Conseil d'État
C.E.D.H.	Convention/Cour européenne des droits de l'homme
C.i.cr.	Code d'instruction criminelle
C.I.R.	Code des impôts sur les revenus 1992
C.J.C.E.	Cour de justice des Communautés européennes
CUP	Commission Université Palais (Liège)
Cass.	Cour de cassation
<i>CEDH</i>	<i>Recueil des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme</i>
Ch. Repr.	Chambre des Représentants
<i>Chron. D.S.</i>	<i>Chroniques de droit social</i>
<i>Chron. dr. j.p.</i>	<i>Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police (Liège)</i>
<i>Chron. dr. not.</i>	<i>Chronique de droit à l'usage du notariat, act. Chroniques Notariales (Bruxelles, Larcier)</i>
civ.	(après Cass. fr.) chambre civile
Civ.	Tribunal de première instance
com.	(après Cass. fr.) chambre commerciale
Comm.	Tribunal de commerce
<i>Comm. Pers.</i>	<i>Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer (J. GERLO, A. HEYVAERT et P. SENAËVE éd.), Anvers, Kluwer, feuillets mob.</i>
comm.	commentaire
comp.	comparez

concl.	conclusions
conf.	confirmé par/confirmant
Const.	Constitution
Corr.	Tribunal correctionnel
crim.	(après Cass. fr.) chambre criminelle
<i>D &amp; R</i>	<i>Décisions et rapports de la Commission européenne des droits de l'homme</i>
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>D.C.C.R.</i>	<i>Droit de la consommation/Consumentenrecht</i>
<i>D.-S.</i>	<i>Recueil Dalloz-Sirey</i>
<i>DA/OR</i>	<i>Droit des affaires/Ondernemingsrecht</i>
Décr. Rég. fl.	Décret de la Région flamande
Décr. Rég. w.	Décret de la Région wallonne
Décr.	Décret
dir.	sous la direction de
<i>Div. Act.</i>	<i>Divorce. Actualités</i>
<i>Doc. parl.</i>	<i>Documents parlementaires</i>
<i>Dr. circ.</i>	<i>Droit de la circulation Jurisprudence</i>
<i>Dr. fam.</i>	<i>Droit de la famille</i>
<i>Dr. Q. M.</i>	<i>Droit en quart-monde</i>
<i>E.J.</i>	<i>Echtscheidingsjournaal</i>
<i>E.R.P.L.</i>	<i>European Review of Private Law</i>
éd.	éditeur/édition
<i>etc.</i>	<i>et caetera</i>
ex.	exemple(s)
<i>F.J.R.</i>	<i>Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht</i>
fr.	français(e)
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du palais</i>
Ger. W.	Gerechtig Wetboek
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i>
<i>id.</i>	<i>idem</i>
<i>Ing.-Cons.</i>	<i>L'Ingénieur-Conseil</i>

<i>J.C.P.</i>	<i>Juris-classeur périodique (La Semaine juridique)</i> – Édition générale
<i>J.D.J.</i>	<i>Journal du droit des jeunes</i>
<i>J.J.P.</i>	<i>Journal des juges de paix et de police</i>
<i>J.L.</i>	<i>Jurisprudence de Liège</i>
<i>J.L.M.B.</i>	<i>Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles</i>
<i>J.P.</i>	Justice de paix
<i>J.T.</i>	<i>Journal des tribunaux</i>
<i>J.T.D.E.</i>	<i>Journal des tribunaux de droit européen</i>
jeun.	jeunesse
<i>jo.</i>	<i>juncto</i>
<i>Journ. proc.</i>	<i>Journal des procès</i>
<i>Jura Falc.</i>	<i>Jura Falconis</i>
<i>Juris-Cl. Civ.</i>	<i>Juris-Classeur Civil</i> (Paris, Litec).
<i>JZ</i>	<i>JuristenZeitung</i>
L. hyp.	loi hypothécaire
L. vent.	loi du 25 ventôse-5 germinal an XI contenant organisation du notariat
l.	livre
L.	loi
<i>l.c.</i>	<i>loco citato</i>
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
L.R.L.	<i>Limburgs Rechtsleven</i>
M.N.F.	<i>Mensuel notarial et fiscal</i>
M.P.	Ministère public
<i>Mouv. comm.</i>	<i>Mouvement communal</i>
N.F.M.	<i>Notarieel en fiscaal maandblad</i>
N.J.B.	<i>Nederlands Juristenblad</i> (Pays-Bas)
N.Q.H.R.	<i>Netherlands Quarterly of Human Rights</i>
<i>NJCM-Bulletin</i>	<i>Bulletin van het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten</i>
<i>NjW</i>	<i>Nieuw juridisch weekblad</i>
not.	notamment

<i>Notarius act.</i>	<i>Notarius actualités/actueel</i>
<i>o.c.</i>	<i>opus citatum</i>
obs.	observations
Ord. Rég. Brux-Cap.	Ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale
<i>Pas.</i>	<i>Pasicrisie</i>
<i>Petites Aff.</i>	<i>Les Petites Affiches</i>
P.M.A.	Procréation médicalement assistée
<i>P. &amp; B.</i>	<i>Tijdschrift voor Procesrecht en Bewijsrecht</i>
<i>Publ. C.E.D.H.</i>	<i>Publications de la Cour européenne des droits de l'homme</i>
<i>R. Cass.</i>	<i>Recente arresten van het (Belgische) Hof van Cassatie</i>
<i>R.A.B.G.</i>	<i>Rechtspraak Antwerpen, Brussel en Gent</i>
<i>R.C.D.I.P.</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>R.C.J.B.</i>	<i>Revue critique de jurisprudence belge</i>
<i>R.D.S.</i>	<i>Revue de droit social</i>
<i>R.G.A.R.</i>	<i>Revue générale des assurances et responsabilités</i>
<i>R.G.D.C.</i>	<i>Revue générale de droit civil belge</i>
<i>R.I.D.C.</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>R.I.E.J.</i>	<i>Revue interdisciplinaire d'études juridiques</i>
<i>R.P.D.B.</i>	<i>Répertoire pratique de droit belge (Bruxelles, Bruylant)</i>
<i>R.R.D.</i>	<i>Revue régionale de droit</i>
<i>R.R.J.</i>	<i>Revue de la recherche juridique – Droit prospectif</i>
<i>R.U.D.H.</i>	<i>Revue universelle des droits de l'homme</i>
<i>R. W.</i>	<i>Rechtskundig Weekblad</i>
rapp.	rapport
rappr.	rapprochez
<i>Rec. gén. enr. not.</i>	<i>Recueil général de l'enregistrement et du notariat</i>
rédi.	rédaction du (date loi modificative)
réf.	référé
Règl.	Règlement

<i>Rép. Defrénois</i>	<i>Répertoire du notariat Defrénois</i>
<i>Rép. not.</i>	<i>Répertoire notarial. Encyclopédie juridique permanente</i> (G. de LEVAL, M. RENARD-DECLAIRFAYT et J.-F. TAYMANS dir.), Bruxelles, Larcier
<i>Rev. b. dr. intern.</i>	<i>Revue belge de droit international</i>
<i>Rev. dr. étr.</i>	<i>Revue du droit des étrangers</i>
<i>Rev. dr. pén.</i>	<i>Revue de droit pénal et de criminologie</i>
<i>Rev. dr. rur.</i>	<i>Revue de droit rural</i>
<i>Rev. dr. sanit. soc.</i>	<i>Revue de droit sanitaire et social</i>
<i>Rev. dr. santé</i>	<i>Revue de droit de la santé</i>
<i>Rev. dr. U.L.B.</i>	<i>Revue de droit de l'U.L.B.</i>
<i>Rev. Dr. ULg</i>	<i>Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège</i>
<i>Rev. eur. dr. privé</i>	<i>Revue européenne de droit privé</i>
<i>Rev. méd. Liège</i>	<i>Revue médicale de Liège</i>
<i>Rev. not. belge</i>	<i>Revue du notariat belge</i>
<i>Rev. prat. not.</i>	<i>Revue pratique du notariat</i>
<i>Rev. sc. crim.</i>	<i>Revue de science criminelle et de droit pénal comparé</i>
<i>Rev. trim. D. H.</i>	<i>Revue trimestrielle des droits de l'homme</i>
<i>Rev. trim. dr. civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>Rev. trim. dr. europ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
<i>Rev. trim. dr. fam.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit familial</i>
S.E.	session extraordinaire
sais.	saisies
Sén.	Sénat
sess.	session ordinaire
somm.	sommaire
spéc.	spécialement
<i>T. Fam.</i>	<i>Tijdschrift voor familierecht</i>
<i>T. Not.</i>	<i>Tijdschrift voor Notarissen</i>
<i>T. Strafr.</i>	<i>Tijdschrift voor Strafrecht</i>

t.	tome
T.A.	Tribunal administratif
<i>T.F.R.</i>	<i>Tijdschrift voor fiscaal recht</i>
T.G.I.	Tribunal de grande instance
<i>T.G.R.</i>	<i>Tijdschrift voor Gentse rechtspraak</i>
<i>T.J.K.</i>	<i>Tijdschrift voor jeugdrecht en kinderrechten</i>
<i>T.O.R.B.</i>	<i>Tijdschrift voor onderwijsrecht en onderwijsbeleid</i>
T.P.I.C.E.	Tribunal de première instance des Communautés européennes
<i>T.P.R.</i>	<i>Tijdschrift voor Privaatrecht</i>
<i>T.W.V.R.</i>	<i>Tijdschrift voor West-Vlaams rechtspraak</i>
Trib. arr.	Tribunal d'arrondissement
Trib. inst.	Tribunal d'instance
Trib. trav.	Tribunal du travail
<i>Turnh. Rechtsl.</i>	<i>Turnhouts Rechtsleven</i>
<i>Vl. T. Gez.</i>	<i>Vlaams tijdschrift voor Gezondheidsrecht</i>
voy.	voyez
W.P.N.R.	<i>Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie</i>



# INTRODUCTION

*O ihr, der Eide heilige Hüter !  
Lenkt euren Blick auf mein blühendes Leid :  
erschaut eure ewige Schuld !*

Brünnhilde, in Richard Wagner, *Götterdämmerung*, III, 3<sup>(1)</sup>

**1. Droit des personnes et des familles.** Le droit des personnes et des familles regroupe les normes de droit interne, de droit européen et de droit international relatives au statut juridique des individus, à la protection de la personnalité et aux rapports de droit privé dans les réseaux familiaux. Avant de l'aborder sous son angle technique, nous devons cerner son objet et exposer notre doctrine, un acte de foi dans l'égalité juridique entre les personnes et l'accompagnement des familles par le droit.

## § I. Un objet actualisé

**2. Toutes les personnes.** Le droit des personnes a pour objet le statut juridique des individus, leur identification, la protection de leur personnalité et l'insertion juridique des personnes vulnérables en raison de leur âge ou de leur état de santé.

La personne est reconnue comme sujet de droit, distinguée de ses semblables, protégée dans sa sphère intime et aidée quand elle ne peut participer de manière autonome à l'activité socio-économique. Ainsi pourra-t-elle s'épanouir dans un espace juridique protecteur. Le droit ne garantit pas le bonheur, car telle n'est pas sa finalité. Il n'aide pas non plus à construire les personnalités ; les autres, ou soi et l'autre, s'en chargent. Tout au plus le droit peut-il affranchir la personne des emprises de tiers ou de l'autorité dans la vie privée et dans la vie de famille. On peut croire ou espérer que des personnes libres et égales face aux règles de vie en société soient *a priori* avantagées sur la voie de l'accomplissement personnel.

Le droit des personnes doit sa spécificité par rapport au droit des familles à l'émergence des droits de la personnalité (maîtrise du corps, vie privée, image, honneur, *etc.*), eux-mêmes en prise directe avec les droits

---

(1) « Vous, saints protecteurs des serments ! Tournez votre regard sur ma vive souffrance : c'est vous les coupables éternels ! ».

de l'homme. Enracinés dans les plus anciennes proclamations (pré-) constitutionnelles des libertés publiques, les droits de la personnalité sont actuellement le moteur principal des innovations en droit des personnes (droit biomédical, incapacités, vie privée, *etc.*). Ils prémunissent l'individu contre les ingérences indues et contribuent à lisser les inégalités juridiques entre les personnes.

La protection de l'autonomie (via le droit des incapacités) et de l'autodétermination (via le droit biomédical) concentre une bonne part des efforts des législateurs modernes. Les jeunes en quête d'autonomie, les adultes vulnérables et ceux dont la vie s'allonge ou qui se fragilisent ont besoin de mécanismes et de procédures conciliant la protection de leur liberté avec les droits des tiers. Là aussi les droits fondamentaux définissent des standards à respecter par le droit interne.

**3. Toutes les familles.** Le droit des familles a pour objet les rapports juridiques entre les personnes unies par un lien affectif ou biologique, les couples et les parentés. Il lui appartient d'organiser la formation des unions affectives réglementées (mariage, cohabitation légale) et leur rupture (divorce, séparation). Il doit également, pour prévenir l'émergence de situations inévitables, par emprise d'un individu sur un autre, encadrer la création et le dénouement de couples *a priori* hostiles ou indifférents à la protection juridique (union libre). Il lui revient surtout de normer la parenté pour que soit respecté l'intérêt de l'enfant, une personne encore plus digne de l'attention du droit en raison de sa vulnérabilité dans les premières années et de sa dépendance des adultes qui en sont responsables (devoirs parentaux, obligations alimentaires).

De nombreuses convergences existent entre le droit des personnes et le droit des familles. L'état civil enregistre l'évolution des rapports de famille, le nom est transmis par la filiation, la protection des incapables est encore principalement familiale. Au-delà de la technique, on remarque de fortes ressemblances méthodologiques : droit des personnes et droit des familles procèdent par voie normative générale (loi, traité) et encadrent l'autonomie de la volonté.

Nous ne nous hasardons pas à définir la notion de famille sur le plan juridique, et moins encore au regard des disciplines qui ne sont pas les nôtres. L'ancien droit s'est surtout soucié des fonctions économiques et politiques de la famille, il l'a considérée comme une cellule de survie essentielle à la société des législateurs originels (devoirs parentaux, pouvoirs au sein du couple, *favor matrimonialis*) et un miroir de la macrostructure non démocratique, avec un maître et des obéissants. Ces temps sont révolus. Notre société s'efforce de faire accéder chaque individu à l'autonomie économique et au développement personnel. Le

droit apparaît dès lors mal équipé et surtout sans légitimité pour saisir le rôle crucial de la famille dans la construction des individualités. Il ne peut plus construire les psychismes, fort heureusement. Et ce constat touche à l'essentiel. La valeur d'intimité de la famille, écrit M. RIGAUX, la plus éloignée de toute fonction précise de type instrumental, ce qu'on pourrait appeler sa gratuité, est aussi la grâce qu'elle offre à l'homme et à la femme<sup>(2)</sup>.

En approchant de manière aussi abstraite l'objet du droit des familles, nous entendons nous distancier des définitions traditionnelles évoquant mariage et filiation. Bien plus que le maintien des statuts, c'est l'ancrage des familles dans les faits et les sentiments qui *doit guider* les mutations du droit. Les familles sont plurales à l'image des individus qui les constituent, et ceux-ci *méritent tous un égal respect* de leurs droits fondamentaux. Ainsi, une famille recomposée ou multicomposée constitue-t-elle un nouveau réseau familial qui fédère une partie des membres d'une ou plusieurs famille(s) antérieure(s). Ces dernières ne sont pas nécessairement dévitalisées et il n'y a *a priori* aucune raison de ne pas accorder à toutes une reconnaissance juridique, donc des droits à leurs membres. D'où le *leitmotiv* du présent ouvrage : le droit des personnes et des familles doit prioritairement accompagner les besoins des individus et non principalement prétendre structurer les comportements dans la sphère privée et affective (*infra*, n° 7).

**4. Voisins.** Liés au droit des personnes et des familles, le *droit des régimes matrimoniaux*, le *droit des libéralités* et le *droit des successions* constituent ensemble le « droit patrimonial de la famille ». L'on pourrait toutefois revoir cet arrangement. Le droit patrimonial des couples<sup>(3)</sup> a d'autres préoccupations que la transmission intergénérationnelle des biens. Proche de toute forme de couple, il doit, selon nous, pallier les iniquités liées à la communauté de vie – désinvestissements professionnels, surinvestissements domestiques – et diffuser sur tous les couples le meilleur du droit des régimes matrimoniaux, devenu bien trop exclusif depuis la désaffectation pour le mariage<sup>(4)</sup>. Quant au droit des libéralités et des successions, il connaît un regain d'intérêt et affronte les défis de la démographie et de la transformation des patrimoines<sup>(5)</sup>. À son ordre du jour figure la rénovation de règles et d'instruments de transmission des biens conçus pour d'autres temps et d'autres mœurs. À cela s'ajoute que la plupart des secteurs du droit des personnes et des familles au sens strict ont une dimension patrimoniale, souvent le principal enjeu des litiges.

(2) F. RIGAUX, *Les personnes*, t. I, *Les relations familiales*, Bruxelles, Larcier, 1971, p. 45, n° 140.

(3) Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015.

(4) A. VERBEKE, « Naar een billijk relatievermogensrecht », *T.P.R.*, 2001, pp. 396 et s.

(5) P. CATALA, *Famille et patrimoine*, Paris, P.U.F., 2000, p. 10.

Le *droit judiciaire* donne au droit des personnes et des familles les moyens d'une mise en œuvre adaptée à son objet humain. La procédure en matière familiale est constamment modernisée. Elle doit, à notre avis, conjuguer humanité pour ne pas attiser les conflits, accessibilité pour soulager les charges, rapidité pour éviter la sentence du temps, unicité de for pour sécuriser la jurisprudence, et sensibilité pour pondérer finement les intérêts en présence. À cet égard, le législateur a récemment exaucé les souhaits des praticiens, par l'adoption d'une réforme promise de longue date<sup>(6)</sup>, solutionnant le précédent éclatement de compétences entre juge de paix, tribunal de première instance, son président et le tribunal de la jeunesse. La création du Tribunal de la famille et de la jeunesse fait à présent d'un « juge de la famille » la (seule) juridiction apte à rencontrer les exigences précitées et même à propager des modes alternatifs de règlement des conflits familiaux.

Le *droit public* et le *droit international* sont omniprésents dans la pratique et la création du droit des personnes et des familles. La Constitution fonde le contrôle d'égalité assumé par la Cour constitutionnelle. La Convention européenne des droits de l'homme oblige les États membres du Conseil de l'Europe à intégrer toutes ses garanties. D'autres instruments internationaux, analysés au fil des développements, déterminent le fonctionnement de nombreuses institutions de la présente matière, chacun selon son applicabilité et sa force obligatoire. Même le droit matériel de l'Union européenne intervient dans les relations personnelles ou familiales, par exemple lorsqu'un particularisme national freine le développement d'une liberté garantie par le Traité<sup>(7)</sup>, et par le développement attendu de la notion de citoyenneté européenne. Pour autant, et même au vu des nombreuses recherches en ce sens<sup>(8)</sup>, il paraît vain d'espérer l'unification du droit des personnes et des familles en Europe<sup>(9)</sup>,

(6) Loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse.

(7) M. FALLON, « Droit familial et droit des communautés européennes », *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 361.

(8) Voy. not. M. ANTOKOLSKAÏA (éd.), *Convergence an Divergence of Family Law in Europe*, Anvers, Intersentia, 2007. Adde la collection *European Family Law in Action* (K. BOELE-WOELKI e.a. éd.) contenant les rapports nationaux établis sur base de questionnaires par la *Commission on European Family Law*, et à ce jour : I. *Grounds for divorce*, Anvers, Intersentia, 2003 ; II. *maintenance between former Spouses*, Anvers, Intersentia, 2003 ; III. *Parental responsibilities*, Anvers, Intersentia, 2004. Sur cette base, la Commission propose des principes communs : *Principles of European Family Law regarding Divorce and maintenance between Spouses*, Anvers, Intersentia, 2004 ; *Principles of European Family Law regarding Parental Responsibilities*, Anvers, Intersentia, 2007.

(9) D. MARTINY, « Is unification of family law feasible or even desirable ? », in *Towards a European Civil Code* (A. HARTKAMP e.a. éd.), 3<sup>e</sup> éd., Nijmegen, Ars Libri Aequi, 2004, pp. 327-328 et les nombreuses réf. cit. pp. 328-332. Il est symptomatique et regrettable de constater que le dernier État européen a avoir réformé sa législation en matière de divorce, à savoir la Belgique, ne s'est pas référé aux principes communs établis en matière de divorce (voy. note précédente) lors des travaux préparatoires de la loi du 27 avril 2007.

du moins à brève échéance en raison de son ancrage socioculturel<sup>(10)</sup>. Nous fondons plus d'espoir dans la convergence spontanée des droits nationaux vers un cœur de principes fédérés par l'idéal humaniste<sup>(11)</sup>, déjà palpable et dont nous rendrons compte dans les rubriques « droits fondamentaux » des divisions du présent ouvrage. Dans l'attente, le *droit international privé*, également réceptif aux droits fondamentaux, résout la plupart des difficultés transfrontalières<sup>(12)</sup>.

Le *droit fiscal* et le *droit de la sécurité sociale* déterminent des conduites individuelles, favorisent ou freinent l'émergence de situations de fait non (immédiatement) inscrites dans les cadres de la loi. On le constate à propos de l'union libre, les obligations alimentaires et les rapports parentaux personnels et patrimoniaux. Ces matières juridiques ont moins d'inertie que le droit civil et semblent plus ouvertes au principe d'égalité. Leur adaptabilité facilite la conduite de « politiques familiales » ciblées, pragmatiques et révisables au gré des conjonctures.

Le *droit pénal* de la famille est actuellement revitalisé et internationalisé. Contrairement à certaines idées reçues, il est suffisamment réactif et efficace à l'encontre de comportements incriminés soit pour renforcer le droit privé des familles (ex. : abandon de famille, enlèvement d'enfant), soit parce que la vie en famille est criminogène (ex. : violences intrafamiliales, délits sexuels). À la lisière du droit pénal, le *droit de la protection de la jeunesse* est en constante évolution et en phase avec les droits fondamentaux des enfants. Il accompagne le droit civil de l'autorité parentale et confirme l'interventionnisme croissant de l'État dans les rapports parentaux<sup>(13)</sup>.

**5. Sciences périphériques. Droit positif et interactions.** Nos maîtres avaient compris l'intérêt des autres sciences portant sur les personnes ou les familles. Histoire, sociologie, démographie, économie, politologie, anthropologie, biologie, médecine, psychologie et pédagogie sont indispensables à la compréhension de l'objet de la présente matière juridique. Elles aident à comprendre les mutations du droit par l'analyse de celles des

(10) Rappr. et comp. : M. ANTOKOLSKAÏA, « Family Law and national Culture. Arguing against the cultural Constraints Argument », in *Debates in Family Law around the Globe at the Dawn of the 21st Century* (K. BOELE-WOELKI éd.), Anvers, Intersentia, 2009, pp. 37 et s.

(11) D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, Anvers/Groningen/Oxford, Intersentia, 2003. Dans le même sens : M.-A. GLENDON, « Introduction : Family Law in a Time of Turbulence », in *International Encyclopaedia of Comparative Law*, IV, *Persons and Family* (M.-A. GLENDON éd.), Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 7.

(12) Pour une analyse du développement constaté et attendu du droit international privé familial en rapport avec celui des flux migratoires : P. WAUTELET, « Le droit familial international au défi du 21ème siècle », in *L'avenir de la recherche. Réflexions à l'occasion des leçons inaugurales 2010*, Liège, Faculté de Droit de l'ULg, 2010, p. 102.

(13) F. TULKENS et Th. MOREAU, *Droit de la jeunesse. Aide, assistance, protection*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 12.

femmes et des hommes et de la société. Certaines suscitent, d'autres facilitent l'amélioration des normes. Ces sciences n'entretiennent cependant aucun rapport nécessaire avec le droit – proscrivons surtout l'ancienne expression « sciences auxiliaires » – mais des relations de bon voisinage, harmonieuses si chaque scientifique œuvre dans son laboratoire avec ses instruments, et participe à la mise en commun des résultats dans un débat pluridisciplinaire. En droit des personnes et des familles, l'emprunt de concepts issus des recherches d'autres sciences doit être pratiqué avec prudence et en tenant compte de leur degré de validation scientifique, sachant que celle-ci est toujours relative<sup>(14)</sup>.

En effet, au droit seul revient la prescription ou l'interdiction des conduites individuelles, et au juriste la pratique ou la théorisation de sa matière avec ses propres méthodes. Nous demeurons attentifs à ne pas sortir des cadres de la doctrine juridique. Aussi le présent ouvrage se présente principalement sous un jour positiviste dans le sens où il décrit et explique les normes applicables, et argumente en droit les positions personnelles prises dans les controverses. En plus de cet examen technique, sont livrées des tentatives d'explication des tendances du droit contemporain, des critiques et des propositions d'améliorations. Notamment la vérification de l'hypothèse qui traverse le présent ouvrage suit une méthodologie juridique : les besoins émergents auxquels nous pensons que le droit doit répondre sont ceux que révèlent la jurisprudence, les demandes de légiférer et les constats de contournements des normes existantes.

*L'histoire*, la *sociologie* et *l'économie* apparaissent en première ligne des sciences utiles au droit des personnes et des familles, comme dans la plupart des matières juridiques. L'histoire dévoile le passé tantôt pour rendre le juriste attentif aux trop fortes discontinuités des réformes, tantôt pour contextualiser un changement normatif. La sociologie éclaire l'enracinement sociétal de l'objet à réglementer, soit pour évaluer l'efficacité des règles en vigueur, soit pour anticiper celle de règles en projet. L'économie aide à cerner la faisabilité ou les conséquences de normes. À condition de percevoir les courants de pensées traversant ces disciplines, il peut ressortir du partage de leur recherches un éclairage utile au législateur ou à la doctrine, moins au juge, qui ne peut qu'appliquer la règle de droit.

Les rapports entre *l'anthropologie*, la *psychologie* ou la *psychanalyse* et le droit se resserrent en droit des personnes et des familles, non sans risques. Dans les échanges doctrinaux apparaissent souvent des emprunts à ces sciences sans éclairage suffisant de leur contenu et de

(14) Pour d'intéressantes réflexions sur le degré requis de validation scientifique des emprunts par le droit à d'autres sciences : A.-L. SIBONY, « La porosité du droit : à propos des relations du droit avec d'autres disciplines », *Rev. Dr. ULg*, 2010, pp. 137 et s., spéc. pp. 143-144.

leur valeur scientifique<sup>(15)</sup>. Cela ne facilite pas la prise de décision, par le juge ou par le législateur, et rend la contradiction doctrinale difficile, comme on le montrera ci-après (*infra*, n° 6). Les débats en matière de parentalité (ex. : hébergement égalitaire, procréation médicalement assistée) ont révélé l'utilité des théories psychologiques au développement de notre matière, mais aussi leur relativité (ex. : aliénation parentale). Le législateur appelé à répondre à une demande qui prête à controverse en anthropologie ou en psychologie ne pourrait faire prévaloir une théorie sur une autre sous peine de lui donner une portée normative. Il peut intégrer la donnée anthropologique ou psychologique dans des normes à portée générale si celle-ci recueille un consensus suffisant quant à sa validation (ex. : transsexualisme). Cependant, on peut penser que ce type de décision gagne à être éclairé et précédé par une phase de prise de connaissance rigoureuse des acquis scientifiques. Le droit excelle à inventer des procédures. La contradiction est par excellence la technique juridique par laquelle émergent les énoncés auxquels le droit accorde valeur de vérité. Rien n'empêche par conséquent de soumettre les énoncés scientifiques à l'épreuve d'une contradiction organisée avant que le législateur ne s'en saisisse. Le législateur peut également mettre en place des procédures d'interaction entre le droit et ces sciences au niveau des autorités chargées des arbitrages individuels, par exemple le juge. Tel a été son choix lorsqu'il a rencontré la demande des couples de même sexe de pouvoir adopter : la nocivité de l'ouverture pour tout projet d'adoption n'était pas suffisamment établie. Nous croyons donc que le lieu d'une entente mutuellement enrichissante entre l'anthropologie ou la psychologie et le droit dans la présente matière est moins le Parlement que le prétoire ou son antichambre. Parce que chaque personne est unique, le législateur doit s'attacher à édicter les règles ou procédures suivant lesquelles le juge (ex. adoption) ou l'autorité administrative (ex. transsexualisme) ou encore l'équipe médicale (ex. recherches sur embryons) bénéficiera de l'éclairage de l'anthropologie ou de la psychologie par le recueil d'un avis d'expert dans cette discipline.

La *médecine* doit être observée par le législateur comme activateur de réformes dans les domaines de la maîtrise du corps et de la vie, des incapacités et de la filiation. Les progrès des sciences biomédicales, contrairement à une idée véhiculée, n'ont pas comme seule conséquence de produire ou d'encourager de nouveaux comportements individuels. Ces sciences répondent plutôt à des besoins ressentis par les individus, qui les expriment (ex. : procréations assistées). Elles étendent les

(15) Pour un (contre-)exemple d'« essai d'explication sociologique » : A.-M. LE POURHIET, « Droit à la vie, droit à la mort : réflexions sur certaines contradictions postmodernes », in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2007, p. 769.

possibilités de satisfaire ces demandes. Inévitablement, ces progrès suscitent des attentes nouvelles, notamment celle de la naissance d'un enfant en bonne santé ou celle d'un maintien de la qualité d'une vie de plus en plus longue. Elles entraînent des responsabilités corrélatives en cas d'échec éventuel des techniques mises en œuvre (ex. : diagnostic prénatal et *wrongful life*). Avec la médecine, progresse aussi la déontologie médicale, un mécanisme de limitation essentiel en droit biomédical, reconnu dans ses mérites par le législateur qui intègre l'autorégulation comme mécanisme de contrôle dans des législations récentes (ex. : procréations médicalement assistées). Il faut toutefois garder présent à l'esprit que normer l'activité médicale en rapport avec la vie, ses débuts et sa fin, est non seulement difficile à détacher de l'éthique et des idéologies, mais doit également composer avec d'autres impératifs sociaux : la performance et la liberté de la recherche, ainsi que la prévention des contournements de normes prohibitives. L'exemple le plus récent de la conciliation de ces intérêts globalement convergents est la réglementation des recherches sur les embryons humains et de la procréation médicalisée. En contraste avec les lois restrictives de certains droits voisins (ex. : France, Allemagne), le droit belge est ouvert à toutes les demandes individuelles, sauf à celles qui franchissent des limites ralliant le plus large consensus (ex. : âge maximal, clonage reproductif...)<sup>(16)</sup>. Une telle méthodologie normative sert l'intérêt des individus, sans nuisance sociale avérée jusqu'à présent.

*Éthique, morale et religion* côtoient le droit des personnes et des familles parce qu'elles marquent la vie des individus et participent aux mêmes objectifs d'épanouissement et d'harmonie. Elles ont, au contraire des sciences, une vocation normative dans leur sphère, mais ne peuvent être prescriptives dans une société pluraliste et égalitaire<sup>(17)</sup>. La religion imprègne plus directement notre matière parce qu'elle a participé dans une certaine mesure à son élaboration avant la laïcisation de l'État. L'éthique semble prendre le relais, formalisée notamment par les travaux du Comité consultatif national belge de bioéthique. Les lois de droit biomédical en ont tiré un bon parti, notamment parce que le Comité ne rend pas d'avis monolithiques, mais juxtapose ceux qui percolent de ses débats (ex. : euthanasie – 4 tendances)<sup>(18)</sup>.

(16) Ces barrières éthiques sont d'autant plus efficaces et respectées qu'elles ne sont ni abusives ni trop fermes (G. GENICOT, *Le droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 586).

(17) Pour plus de détails sur les distinctions entre norme et ordre juridique, et sur les relations et l'étalement des ordres juridiques : L. FRANÇOIS, *Le problème de la définition du droit*, Liège, Collection scientifique de la Faculté de droit, 1978, pp. 155 et s.

(18) Pour un exemple d'avis particulièrement nuancé, illustrant l'existence et la pertinence de limites éthiques imparties à des techniques de P.M.A. non interdites par la loi du 6 juillet 2007, et donc à mettre en œuvre par les centres de procréation sous leur responsabilité : Avis n° 49 du 20 avril 2009 relatif à l'utilisation du diagnostic génétique préimplantatoire (DPI) pour détecter les porteurs sains

## § 2. Une méthode révisée

**6. Structurer les individus, les familles et la société par la norme de droit familial ?** Nos réflexions sur la fonction actuellement remplie par le droit des personnes et des familles et sur la méthode de création de ses normes par le législateur et par le juge, compositeur et orchestrateur d'un droit bien dans son siècle, sont précisées dix ans après leur ébauche et deux développements intermédiaires<sup>(19)</sup>.

On ne s'interrogeait ni sur cette fonction ni sur cette méthode à une époque où la stabilité des institutions était la clé de cette matière, comme de la société. Pourquoi, en effet, modifier des formules imaginées vers 1800 pour assurer le maintien des privilèges d'une certaine frange de la société, à savoir un *mariage* conçu comme une association économique dirigée par le mari, un régime de *filiation* organisé pour désigner – grâce au mariage – les enfants dont le mari de leur mère assumerait l'éducation, avec les pleins pouvoirs, jusqu'à influencer le choix du conjoint et le régime matrimonial, afin de boucler de cette manière un cycle auto-protecteur ? Le mariage avait été voulu comme centre névralgique du droit de *la* famille, et comme structure unique d'une famille hiérarchisée, à l'image de la macrostructure sociale dont elle constituait la mise en abyme. L'objectif n'était pas principalement moral et encore moins religieux, mais de servir les desseins d'un pouvoir non démocratique qui craignait les récentes foudres du droit familial post-révolutionnaire<sup>(20)</sup>. L'exacerbation de la magistrature domestique était à l'image de celle qui caractérisait la plupart des relations personnelles<sup>(21)</sup>, et au-delà de celle de la société dans son ensemble. Nul ne s'appartenait, chacun était dominé par un autre, ce dernier même sans majuscule.

En droit, la défense du mariage était agressive, imprécise, phallosocrate, touchant les enfants ou brimant les femmes, rarement les décideurs. Elle n'a pas résisté aux mutations sociologiques, économiques, scientifiques, médicales et politiques, surtout après les guerres mondiales, dates charnières en droit des personnes et des familles.

---

d'une mutation causant une affection héréditaire grave qui peut entraîner un risque élevé pour les descendants.

(19) Y.-H. LELEU, « Pour une révision des objectifs et de la méthode de création des normes en droit des personnes et des familles », in *Liber amicorum M. Coene*, Malines, Kluwer, 2006, p. 273 et « Het nieuwe echtscheidingsrecht : volzaam en toch vooruitstrevend », in *Echtscheiding. XXXVste Post-Universitaire Cyclus W. Delva* (G. VERSCHELDEN éd.), Malines, Kluwer, 2010. L'auteur remercie ses collègues Anne-Lise Sibony et Nicolas Thirion pour les échanges ayant nourri le présent développement.

(20) « Les codificateurs ont toujours (tenu) en ligne de mire la dimension politique du droit privé, qu'il s'agit de rendre conforme au droit public napoléonien » (J.-F. NIORT, « Droit, idéologie et politique dans le Code civil français de 1804 », *R.I.E.J.*, 1992, p. 85).

(21) Pour plus de détails : A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed : theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, 3<sup>e</sup> éd., Gand, Mys & Breesch, 2001, pp. 165-168, n<sup>os</sup> 397-404.

C'est qu'à partir de cette époque, le développement des droits de l'homme<sup>(22)</sup>, la laïcisation et l'internationalisation des sociétés européennes ont bouleversé tant les normes juridiques que leur mode de conception. Plus récemment en Belgique, une première majorité politique non confessionnelle depuis 1958 (1999-2007) a décidé d'ouvrir le Parlement aux débats éthiques<sup>(23)</sup> et produit plusieurs lois accroissant l'autodétermination<sup>(24)</sup>. Enfin la biculturalité du pays n'a pas été sans importance pour à la fois relativiser les opinions individuelles et s'ouvrir au droit comparé.

Les réformes législatives récentes et celles intervenues depuis les premières éditions seront répertoriées au fil du texte, avec à divers endroits des propos sur leur adéquation à la méthodologie proposée ou, au contraire, leur distance par rapport à elle. Seule cette méthodologie nous retient ici : le droit civil peut-il encore produire des normes à visée structurante des individus et de la société selon des modèles prédéfinis, ou doit-il observer les mutations et y adapter ses institutions ?

Notre hypothèse est que le droit des personnes et des familles n'a pas pour fonction de guider les comportements individuels et d'orienter les réseaux familiaux vers des modèles en nombre restreint, surtout en mode sanctionnateur comme jadis, par un déni de droit à toutes les « modalités imparfaites de la vie familiale »<sup>(25)</sup>.

Ces dernières décennies ont été marquées par la désinstitutionalisation de la vie familiale, sa plus grande privatisation, son ouverture à l'autodétermination et la promotion des droits fondamentaux. Le droit des personnes et des familles s'est démocratisé<sup>(26)</sup>. Des sujets jadis inabordable, jusqu'à l'inceste, sont entrés dans le champ de la délibération politique<sup>(27)</sup>.

La *personne*, tout d'abord, occupe le centre des débats. Elle est considérée avant tout dans son individualité, ensuite seulement dans sa

(22) Que certains considèrent comme culturels et contingents (M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », in *La personne, la famille et le droit*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 404 et 406) et d'autres comme un concept douteux ou une religion (F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil. La personne. La famille. Les incapacités*, Paris, Dalloz, 2005, p. 3, n° 4 et p. 45, n° 41).

(23) Le président du parti démocrate chrétien flamand (CVP), Marc Van Peel, a eu l'audace de déclarer *es qualité* ces sujets « *onbespreekbaar* » (non discutables), muselant les autres partis du gouvernement et empiétant sur les prérogatives du législateur, qui se sont inclinés devant l'*ukaze*. Cela notamment explique pourquoi la nouvelle coalition a légiféré autant et si rapidement dans les domaines éthiques.

(24) Cela explique, à notre avis, la relative urgence dans laquelle la loi du 27 avril 2007 réformant le divorce a dû être conçue et promulguée. Le retour annoncé en coalition des partis démocrates-chrétiens, opposés à certains aspects clés de la réforme, aurait pu faire perdre à ce dernier projet sa cohérence avec les autres lois de la législature. Cette nécessaire précipitation est la principale raison des imperfections techniques de la loi, en cours de réparation.

(25) G. CORNU, *Droit civil. La famille*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1996, p. 14, n° 7 ; *contra* : Y. LEQUETTE, « Code civil, les défis d'un nouveau siècle », *Rép. Defrénois*, 2004, p. 1058.

(26) D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., pp. 178-179.

(27) P. MARTENS, *Théorie du droit et pensée juridique contemporaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 268.

dimension sociale. Elle est plus autonome dans une société moins hétéronome. Elle est devenue *a priori* libre de ses choix de vie dans une société plus tolérante et exigeant de ses membres moins de concessions ou de renoncements au nom de valeurs ou de projets politiques. Elle revendique toujours plus d'autonomie. Elle demande à satisfaire un souhait grandissant de maîtrise de son corps<sup>(28)</sup> et de sa vie, encouragée peut-être par les progrès de la science (biomédicale) et de la tolérance sociale des différences.

Les *familles*, ensuite, par le cadre privilégié qu'elles offrent à la maturation affective de l'individu, sont devenues des lieux d'épanouissement personnel et moins collectif. Le modèle traditionnel – le couple marié et fécond –, voulu unique pour les raisons indiquées, fait à présent place à une multitude de configurations, toujours plus complexes, qui souvent à leur émergence ont dû se développer en mode « réactif », en marge du droit, ce qui a laissé des (générations d')individus sans protection juridique, notamment des enfants. De plus en plus de familles nouvelles ont reçu la protection juridique qui leur revenait (ex. : couples de même sexe). D'autres sont en attente (ex. : famille horizontale multi-composée). D'autres pourraient émerger.

Nous croyons que le besoin de réglementation en ces matières doit être rencontré parce que le droit, s'il n'assure pas le bonheur individuel, peut y contribuer par l'ouverture ou la création de statuts ou d'institutions à la demande de ceux qui n'en sont pas encore dotés et qui, à tort ou à raison, sont convaincus d'atteindre grâce à cela un meilleur épanouissement dans le cadre qu'ils ont choisi, choix qui doit être respecté tant qu'il n'empiète pas sur les droits d'autrui. La jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme révèle qu'un besoin de normes existe quand le vide juridique heurte les droits fondamentaux de l'individu, et encore plus lorsque ceux-ci ont été reconnus par des autorités habilitées à cet effet, bref lorsque l'État manque à ses obligations (positives) en termes de création d'institutions ajustées tant aux besoins individuels qu'aux besoins collectifs<sup>(29)</sup>.

Aussi, dans un contexte social volatil, qui ne nous apparaît pas imputable aux mutations du droit, le droit des personnes et des familles ne peut-il plus principalement s'investir d'un rôle « structurant » des individus et des familles. Il s'arrogerait une mission autre que la sienne, ramenée à sa fonction de base : l'édiction de normes obligatoires à portée générale issues d'un choix politique exprimé démocratiquement. Le droit des personnes et des familles n'a pas la légitimité et les moyens

(28) Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « La maîtrise de son corps par la personne », *J.T.*, 1999, p. 589.

(29) F. TULKENS, « Le droit au respect de la vie familiale. Égalité et non-discrimination », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 635 et *passim*.

de structurer les psychismes<sup>(30)</sup> ni de préserver un ordre symbolique dit intangible<sup>(31)</sup> ou des distinctions anthropologiques dites fondatrices<sup>(32)</sup>. Il peut par contre, et devrait exclusivement, exercer sa fonction normative en mode opératoire et réactif, remplir une *fonction* « *accompagnatrice* », *consistant à mettre en place les moyens de satisfaire des besoins de normes ou de statut engendrés par le vécu des personnes et des familles, même si ces besoins ne concernent qu'un nombre limité de cas, pourvu qu'ils mettent en jeu leurs droits fondamentaux.*

Nous avons au moins deux raisons de le croire : l'échec de la fonction de structuration individuelle et sociale par l'ancien droit des personnes et de la famille, et un doute sur le bien-fondé de celle-ci au regard de sa justification au fond et en la forme.

L'échec du droit structurant est patent. Ni la société de Balzac ni celle de Mauriac n'ont réussi à imposer le modèle matrimonial et éviter divorces, infidélités, procréations adultères. La désaffection spontanée pour le modèle familial unique et l'émergence des partenariats, vus comme expression du libre choix affectif, déjugent le modèle. Les femmes et les enfants ne s'y sont pas trompés en réagissant par une demande de droit qui a été entendue. S'en prendre à d'autres que ceux qui s'écartaient de la voie à suivre<sup>(33)</sup> était la dérive d'un droit discriminatoire. Elle a été justement sanctionnée notamment par les arrêts *Marckx* et *Mazurek* de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>(34)</sup>. Le Code civil inégalitaire n'a donc pas eu d'autre choix que de s'effacer devant les revendications d'autres familles dont les enfants n'étaient pas moins respectables et aimables. Un exemple plus récent d'échec de structuration psychique par la norme de droit civil est celui du découragement

(30) En ce sens quant à la fonction du mariage : F. SWENNEN, « *O tempora, o mores ! The evolving marriage concept and the impediments to marriage* », in *Convergence and Divergence of Family Law in Europe* (M. ANTOKOLSKAIA éd.), Anvers, Intersentia, 2007, p. 142. En sens contraire : P. LEGENDRE, « Revisiter les fondations du droit civil », *Rev. trim. dr. civ.*, 1991, p. 641 (vocation de certaines institutions de droit familial à faire naître une seconde fois l'individu) ; J.-L. RENCHON, « Mariage et homosexualité », *J.T.*, 2002, pp. 513-514, n<sup>os</sup> 40-41 et « Parenté sociale et adoption homosexuelle. Quel choix politique ? », *J.T.*, 2005, p. 131, n<sup>o</sup> 31 (fonction de certaines institutions de droit familial de nommer et faire accepter les différences pour instaurer et réaliser un travail psychique d'élaboration mentale du manque).

(31) Voy. not. : P. LEGENDRE, *L'inestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, Paris, Fayard, 1988, p. 136 ; I. THÉRY, « Le contrat d'union sociale en question », *Esprit*, 1997, n<sup>o</sup> 10, pp. 159 et s. ; E. ZUCKER-ROUVILLOIS, *Au-delà du P.A.C.S. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris, P.U.F., 1999, p. 123. *Contra* : M. IACUB, *Le crime était presque sexuel*, Paris, EPEL, 2002, pp. 212 et s. Pour d'intéressantes considérations sur les raisons de l'attrance de la doctrine juridique pour les thèses de P. Legendre : D. de BÉCHILLON, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales », *Rev. trim. dr. civ.*, 2002, pp. 62-64.

(32) Pour une critique : D. de BÉCHILLON, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales », *o.c.*, p. 47.

(33) F. OST, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, pp. 300-301.

(34) Y.-H. LELEU, « Erfrechtelijke discriminatie van buitenhuwelijkse kinderen. *Quousque tandem Gallia abutere patientia nostra* », *T.P.R.*, 2001, p. 1353.

(timide car non pénal) des relations incestueuses par des prohibitions non fondées sur la prévention de l'endogamie biologique, mais sur des considérations exclusivement morales et sociales. Or les recompositions familiales créent de nouvelles familles et de nouvelles fonctions parentales ; elles regroupent des personnes non biologiquement apparentées entre lesquelles des relations affectives peuvent se nouer et être fécondes. Sous la contrainte des cours supérieures<sup>(35)</sup>, le législateur a renoncé en 2007 à sa logique de réprobation inefficace, pour accorder une protection juridique au couple apparenté par simple alliance, et surtout à ses enfants. La Cour constitutionnelle a poursuivi cette entreprise en ouvrant le droit à la double filiation à un enfant issu d'une famille incestueuse par le sang<sup>(36)</sup>.

Dans les domaines touchant à l'autodétermination corporelle, l'échec de la contrainte par la norme civile, et même pénale, est avéré. L'observation des pratiques sur fond de droits restrictifs révèle que l'individu, maître de son corps, contourne l'interdit au risque de commettre des infractions graves, mû par les puissants moteurs de son psychisme et de sa physiologie, apparemment bien plus « structurants » que le droit (ex. : P.M.A., I.V.G., maternité de substitution, euthanasie, fin de vie des mineurs, ...)<sup>(37)</sup>. Même l'autorité publique s'incline, informellement, ce qui est gênant. Elle hésitait chez nous jadis, et actuellement encore ailleurs, à poursuivre sérieusement des infractions lourdement incriminées, peut-être consciente des souffrances qu'elle infligerait à des individus (et à des enfants) au nom de valeurs abstraites ou de jugements de valeur. Le droit belge a abandonné cette attitude ambiguë et accueille favorablement les demandes de disposer de son corps et de sa vie, non sans limites, comme on le verra. Le système en tire les conséquences lorsque l'état civil d'un enfant est en jeu, comme en témoigne la loi du 5 mai 2014 relative à la filiation de la coparente, celle qui consent à un projet de P.M.A. avec la mère.

La seconde raison de contester le pouvoir structurant du droit familial moderne tient à son argumentaire. En droit et en d'autres domaines, la fonction de l'argumentation est de convaincre. Or certains des arguments des auteurs acquis à la fonction structurante du droit des personnes et de la famille ne convainquent pas.

(35) C.E.D.H., *B. et L. C. Royaume-Uni*, arrêt du 13 septembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 807, note M. DEMARET ; C.A., 17 décembre 2003, n° 169/2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 349, note E. LANGENAKEN, *NjW*, 2004, p. 409, note GV.

(36) C. const., 9 août 2012, n° 103/2012, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 150, note A.-Ch. VAN GYSEL, *J.D.J.*, 2012, liv. 319, p. 35, note G. MATHIEU et A. RASSON, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1281, note P. MARTENS, *Juristenkrant*, 2012, liv. 253, p. 4, refl. M. VERHOEVEN, *T. Fam.*, 2012, p. 219, note T. WUYTS ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 204, note Y.-H. LELEU et L. SAUVEUR.

(37) Sur le tourisme procréatif : G. VERSCHULDEN, « Nood aan een familierechtelijk statuut voor draagmoederschap in België, met aandacht voor grensoverschrijdend aspecten », *T. Fam.*, 2010, p. 70.

De manière générale, l'argumentaire souvent développé consiste moins à préciser le bénéfice attendu de la fonction structurante et proposer les normes juridiques aptes à la réaliser, qu'à énoncer les conséquences probables d'une disparition éventuelle des institutions ou normes qui servent prétendument cette fonction structurante.

En particulier, l'analyse juridique est régulièrement accompagnée de considérations non juridiques, prédictives, formulées dans un style parfois « catastrophiste ». L'histoire du droit des personnes et des familles est émaillée de messages de crainte que la levée, même partielle, de certains interdits ou obligations ne viole ledit « ordre symbolique », ne mène la société à la « dérive », ne la prive de ses « repères », ce dernier terme étant rarement précisé par son émetteur<sup>(38)</sup> et lu par certains comme un euphémisme pour « dogme »<sup>(39)</sup>. Des notions issues de sciences autres que le droit, ou juridiques mais sans pertinence technique, sont entrées dans le débat : les « repères symboliques fondamentaux » lors de l'institution de la cohabitation légale<sup>(40)</sup>, les « invariants anthropologiques », l'« irréversible différence » et la « fièvre homosexuelle du temps présent » dans les débats autour de l'ouverture du mariage et de l'adoption aux personnes de même sexe<sup>(41)</sup>, la « répudiation » contre la réforme du divorce par la loi du 27 avril 2007<sup>(42)</sup>, l'« eugénisme » avant la dépenalisation de l'avortement, la réglementation de l'euthanasie et les lois relatives aux procréations médicalement assistées et aux recherches sur les embryons humains<sup>(43)</sup>, et au gré d'autres lois nouvelles : l'« individualisme exacerbé », le « néolibéralisme radical », l'« hypertrophie du Moi », le « déclin de la société », la « perte de structures », le « retournement des idées », la « pensée de l'individu contre la société », le « refus de l'altérité ». Ont surgi enfin de très crispants rapprochements entre les

(38) Not. : M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Internalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination », in *La personne, la famille et le droit*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 520 ; J.-L. RENCHON, « Parenté sociale et adoption homosexuelle. Quel choix politique ? », *J.T.*, 2005, p. 132, n° 31 (« responsabilité (du législateur) de continuer à 'repérer' »).

(39) P. MARTENS, « Égalité et transcendance. Quand la broyeuse égalitaire se heurte au rempart du sacré », note sous C.E.D.H., 26 février 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 785. L'auteur s'exprime dans le même sens sur les « nouveaux magistrètes qui prétendent dicter autoritairement au droit ce que la religion ne lui suggère désormais que discrètement » : P. MARTENS, « La conclusion d'un juriste », in *Citoyenneté, discrimination et préférence sexuelle* (V. MARTENS éd.), Bruxelles, F.U.S.L., 2004, p. 128.

(40) J.-L. RENCHON, « Mariage, cohabitation légale et union libre », in *Liber Amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 562.

(41) Not. : J.-L. RENCHON, note sous C.A., 8 octobre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 201 ; F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil. La personne. La famille. Les incapacités, o.c.*, p. 52, n° 48.

(42) A.-Ch. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, Limal, Anthemis, 2013, p. 224.

(43) Pour une réfutation quant aux P.M.A., avec la précision de ce concept non juridique et de ses nuances : A. LAUDE, B. MATHIEU et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, Paris, P.U.F., 2009, pp. 624-627.

évolutions récentes du droit belge et celles qu'auraient pu produire des régimes abhorrés<sup>(44)</sup>.

Une argumentation globalement identique dans des problématiques et à des époques différentes perd en précision. Une argumentation récuramment prédictive perd sa force si la prédiction ne se réalise pas ou n'est pas suffisamment sensible. La vérification de ces prédictions est ardue, du moins pour le juriste, si elles ne portent pas sur un fait mais sur un état de société ou un diagnostic psychique. La plupart des auteurs qui tiennent ces propos ne nous convainquent donc pas de leur bien-fondé, et encore moins de leur rapport de cause à effet avec les normes dont la critique est étayée par ce discours. D'un point de vue épistémologique, comme on l'a montré plus haut, il est évidemment compréhensible que la doctrine juridique ne fasse pas la démonstration du bien-fondé des notions extrajuridiques, même à un degré suffisant de recevabilité scientifique<sup>(45)</sup>. Il est par contre moins admissible que manque souvent le renvoi à l'état actuel des recherches sur les phénomènes étudiés dans les disciplines compétentes pour les préciser. S'il n'y prennent garde, le juriste et, plus gravement, le législateur peuvent partager la crainte des périls annoncés, sans savoir précisément ce qu'ils recouvrent ni quand ils surviendront. Le risque est qu'ils adoptent une attitude peu critique ou attentiste, et refusent par précaution de poursuivre le débat ou de prendre la décision de rénover ou d'innover. D'où il nous apparaît que le recours au champ lexical a-juridique et extrême soit plus instrumentalisant que convainquant, et qu'il ne sert pas la thèse au fond. L'on a d'ailleurs observé, dans le débat autour de l'arrêt *Perruche*, que l'invocation de semblables arguments non juridiques pouvait aboutir, pas nécessairement délibérément, à positionner leur émetteur en détenteur d'une préscience qui rend la contradiction ardue, tout en le dispensant de s'en justifier<sup>(46)</sup>.

Notre analyse et notre argumentation se veulent plus empiriques, fondées sur des constats de faits du passé et du présent, avec précautions dans l'usage du langage et de la science des autres. Le prévisionnel n'est

(44) Pour plus de détails : Y.-H. LELEU, « Het nieuwe echtscheidingsrecht : volgzzaam en toch vooruitstrevend », *o.c.*, n° 10. Sur l'effet de la *reductio ad hitlerum* dans un débat d'idées : L. STRAUSS, *Droit naturel et histoire*, Paris, Flammarion, 1986, p. 51.

(45) Comp. : J.-L. RENCHON, « Mariage et homosexualité », *o.c.*, p. 507, n° 10 et p. 508, n° 13.

(46) D. de BÉCHILLON, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales », *o.c.*, p. 60. Dans ce débat, le législateur français s'est laissé convaincre par les maux faits aux valeurs, et a privé au nom de celles-ci (et d'autres intérêts moins nobles) des individus en demande de compensations financières ; il a subi ensuite une censure au nom du respect des droits fondamentaux... (pour plus de détails : Y.-H. LELEU et M. PÂQUES, « Exonérations légales de responsabilité civile et droit fondamental au respect des biens », *J.T.*, 2006, p. 277). Pour une autre tentative de démythification (*mutatis mutandis*) de la rhétorique catastrophiste opposée dans le débat sur le réchauffement climatique aux climatologues par des intellectuels non praticiens de cette discipline : O. GODARD, « De l'imposture au sophisme, la science du climat vue par Claude Allègre, François Ewald et quelques autres », *Esprit*, 2010/5, pp. 26 et s.

toutefois pas absent de nos propos, mais en forme de souhaits personnels, dissociés de l'analyse technique. Nous tenterons aussi de vérifier les précédentes hypothèses par l'observation des réactions du système juridique, dans notre pays et dans des pays voisins. Nous constatons, par exemple, que rien n'indique que les sociétés belge et néerlandaise soient exclues de la communauté des États démocratiques *en raison* de la promulgation des lois dépénalisant l'euthanasie. De même, aucune démonstration ne nous semble à ce jour réalisée ni même entreprise du fait que l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe a modifié la perception qu'ont les couples hétérosexuels mariés de la portée juridique de leur engagement. La vérification que ces deux réformes ont causé un tort à la société, et de quel il s'agit, peut-elle être faite *überhaupt* ? En revanche, il peut être constaté en droit – telle est notre seule ambition – que ces deux réformes ont répondu par la création de normes efficaces à une demande clairement formulée par des individus en situation de déni de protection juridique. Nous pensons pouvoir constater des avancées objectives en termes d'égalité juridique formelle, d'autonomie décisionnelle et de protection de la sphère privée et familiale contre les ingérences juridiques. Et nous croyons pouvoir en déduire – plus subjectivement – que femmes, hommes et enfants ont accru leur capital de droits individuels en rapport avec leur personne et leur famille, et qu'ils exercent ces droits pour vivre plus librement que jadis, fût-ce pour mourir en souffrant moins.

**7. Accompagner des besoins juridiques nouveaux.** Positivement, nous soutenons le développement de la fonction accompagnatrice, opératoire, réactive du droit des personnes et des familles. Nous tenterons de montrer que les réformes récentes et celles postérieures aux éditions antérieures du présent manuel ont confirmé ce développement. Nous proposons une recherche de cohérence utile à son développement futur. Nous formulerons des suggestions pour les chantiers qui nous semblent ouverts à réforme, en souhaitant qu'elles s'opèrent dans le même esprit que celles qui précèdent.

Le langage de l'entreprise exprimerait que la méthodologie proposée de création des normes en droit des personnes et des familles est de type « *bottom up* » – des besoins humains naissent le besoin de droit, et ces besoins sont constatés notamment par l'analyse de la jurisprudence<sup>(47)</sup>.

Ainsi, dans les problématiques de la maîtrise du corps ou de la reproduction, de la fin de vie ou de l'homoparentalité, il a fallu se

(47) Ces besoins juridiques sont tangibles parce qu'ils se sont heurtés à des refus, dans des procédures judiciaires, dont certaines, par exemple devant la Cour constitutionnelle ou devant la Cour européenne des droits de l'homme, se sont conclues par un constat de contrariété à des droits fondamentaux ou un rejet d'un tel recours.

préoccuper d'abord des personnes – l'individu, le couple et l'enfant – et ensuite de la société et ses valeurs, sans négliger celles-ci. Telle a été la méthodologie de la création du droit biomédical belge, parmi les plus progressistes au monde, mais bien encadré pour éviter que soient franchis des interdits objectivables.

Quand on évoque l'enfant sur fond de droit réactif, c'est de chaque enfant concrètement impliqué dans une configuration familiale qu'il doit s'agir, et non de « l'enfant » comme être abstrait dont l'intérêt serait défini de manière générale ou dogmatique. Tel a été le résultat de l'ouverture de l'adoption aux personnes de même sexe : permettre sans juger, contrôler sans discriminer.

Un droit des personnes et des familles accompagnateur pourra bien sûr *proposer* des vecteurs ou des renforts de cohésion sociale (ex. : couple réglementé, double filiation, hébergement égalitaire, reconnaissance de structures familiales horizontales)<sup>(48)</sup>, mais il devra surtout procéder à des conciliations non hiérarchisantes d'intérêts individuels. Cette méthode est éprouvée sur le plan particulier par la Cour européenne des droits de l'homme. Proposée sur le plan général au législateur invité à créer des normes, elle devrait l'inciter à préférer, dans la mesure du possible, aux règles emportant des obligations ou des interdictions abstraites, des règles donnant aux autorités saisies des cas individuels – principalement les juges – les structures et les moyens de pondérer les intérêts individuels en présence. Les obligations et interdictions légales demeureront possibles, mais à la marge, celle de l'incontestablement prescrit ou prohibé. La définition de celui-ci appartient au seul législateur démocratique. Quant à l'insécurité juridique prédite à un droit des familles plus judiciaire (ex. : intervention du juge dans les patrimoines des couples non communautaires), elle ne résiste pas à l'objection que la diversité des familles et des choix individuels justifie une certaine plasticité des normes.

Le refus de régler certaines situations familiales constituées ou empêchées de l'être, au nom de l'intérêt général ou de l'intérêt de *tous* les enfants, poursuivrait principalement un objectif de préservation de valeurs et présupposerait la supériorité de celles-ci par rapport aux droits (fondamentaux) individuels. Cela ne nous paraît plus légitime en démocratie s'il n'est pas indiqué quel bien la préservation de ces valeurs protège, et de quel mal elle préserve. Le législateur devrait plutôt se préoccuper des besoins, tous différents, des personnes impliquées, et principalement de ceux des enfants, les plus vulnérables. Pour ce faire, il convient d'ouvrir le droit des familles à toute communauté affective en demande

(48) Sur le « ménage stable », modèle humain et non juridique : I. THÉRY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*, Paris, Odile Jacob, 1998, p. 47.

de protection et d'améliorer la capacité des autorités saisies des cas individuels à apprécier l'intérêt de tous les protagonistes. Sur fond de tolérance, les droits personnels seront revalorisés et la fonction structurante des institutions renvoyée dans la sphère non juridique<sup>(49)</sup>. C'est ce que nous lisons, en l'approuvant, dans l'évolution récente du droit de la filiation, sous l'influence de la Cour de constitutionnelle, en direction d'un droit plus judiciaire, axé sur la pondération de tous les intérêts en présence<sup>(50)</sup>. Le droit de la filiation s'agrément par ailleurs d'une toute nouvelle filiation, répondant aux besoins des couples de femmes obligées de recourir à la P.M.A., et fondée sur les intentions des parents (loi du 5 mai 2014 relative à la comaternité).

Le droit des personnes et des familles aura ainsi trouvé une efficacité qu'il n'avait pas jadis ou que l'on freine en le chargeant de missions anthropologiques ou psychanalytiques. Il n'en perd pas pour autant son souffle et demeure crucial dans l'organisation juridique de la société. Même la fonction d'exemple – mais non de symbole – des normes et des institutions demeure importante. Le droit des personnes et des familles ne doit donc pas cesser de *proposer* des modèles éprouvés comme vecteurs de cohésion sociale et d'épanouissement individuel (ex. : maîtrise non vénale du corps, couple stable et réglementé, double filiation...). La famille unie et féconde demeure un idéal, mais il faut penser à ceux qui ne peuvent ou ne veulent l'atteindre.

Personnes déstructurées, société à la dérive ? Ce n'est pas l'avenir qui nous est promis ni le présent qui nous saisit, du moins pas à cause du droit que nous exposerons ci-après<sup>(51)</sup>. Subsistent dans notre société des vecteurs de structuration individuelle et de cohésion familiale bien plus puissants que le Code civil et que n'importe quelle loi, à savoir les cultures, les morales et éthiques collectives et individuelles, ainsi que la rencontre des diversités des modes de vie. Ils ouvrent de nouveaux champs de recherches, juridiques, notamment sur la concurrence entre ordres normatifs et sur le respect du principe d'égalité dans les normes non démocratiques<sup>(52)</sup>.

Certains auteurs font d'autres constats, estimant que le droit des familles est entré dans une phase de latence centrée sur les situations de

(49) À propos du mariage : D. STERCKX, « Le mariage », *J.T.*, 2004, p. 259.

(50) Y.-H. LELEU, « À l'orée d'un droit judiciaire des familles. Propos introductifs », in *Actualités de droit des personnes et des familles* (Y.-H. LELEU et D. PIRE éd.), Limal, Anthemis, 2013, p. 1.

(51) Rappr. en ce sens, sur le plan sociologique : G. EID, « Entre intimité et parentalité : la famille post-moderne », in *L'évolution du concept de famille en Europe, depuis trente ans. Étude pluridisciplinaire* (P. BOUCAUD éd.), Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 1.

(52) Déjà pour J. Carbonnier (*Essais sur les lois*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1995, p. 119), la religion, l'éthique et les mœurs sont autant de systèmes normatifs qui relaient le droit dans la structuration sociale.

fait, après avoir renié la fonction structurante qui lui a jadis été assignée, et avant de remplir une fonction structurante nouvelle, non des identités personnelles, mais des rapports interindividuels et intrafamiliaux, et sur d'autres axes et configurations, nécessairement plus ouverts à la diversité<sup>(53)</sup>.

D'autres ne partagent pas notre optimisme quant à la redéfinition des fonctions du droit contemporain des personnes et des familles et/ou n'approuvent pas l'orientation prise par certaines réformes récentes. On déplore la perte de qualité technique d'un droit familial jugé suiviste, à la traîne des évolutions socio-familiales toujours plus rapides, voire qui provoquerait celles-ci ; on considère que le droit des personnes et des familles encouragerait l'individualisme et dégraderait la relation sociale ; on pense voir apparaître un droit « hédoniste »<sup>(54)</sup> ou « libéral »<sup>(55)</sup>. Ces critiques enrichissent le débat et ont notamment justifié les présents développements. Nous y ajoutons, au besoin, le constat fait de notre proximité de pensée avec le courant multiculturaliste en théorie du droit, dont les nuances sont précisées ailleurs et par d'autres<sup>(56)</sup>.

L'objectif pour les prochaines années est de demeurer attentif aux nouvelles mutations familiales pour analyser la manière dont le droit les accompagne, et à l'écoute des éventuelles recherches sur les torts prédits d'un droit réactif. Pour l'heure, nous continuons de penser que le droit belge des personnes et des familles ne verse pas dans l'incohérence et porte un projet : l'édification d'une société humaniste où le respect des droits fondamentaux de chaque individu est une composante d'un nouveau ciment social.

(53) Sur la légitimité du droit à véhiculer des idéologies pour influencer sur le comportement des gens (F. SWENNEN, *Het huwelijk afschaffen ?*, Anvers, Intersentia, 2004, p. 4). L'auteur considère que la tendance aux recompositions familiales laisse supposer que le droit de la famille « verticale » se restructurera autour de la mère, et dans une moindre mesure autour de ses enfants, et que l'octroi de droits décisionnels en ce qui les concerne au partenaire de la mère, qui ne sera pas nécessairement leur géniteur, structurera un nouveau type de famille « horizontale » (F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., Anvers, Intersentia, 2015, p. 30, n° 61 et p. 31, n° 63).

(54) A.-Ch. VAN GYSEL, in *Précis de droit de la famille* (A.-Ch. VAN GYSEL dir.), 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 6.

(55) Ce terme étant pris dans un sens négatif. En ce sens : J. FIERENS, « Photo de famille. L'image de la famille à travers les mutations récentes du droit civil belge », *J.D.J.*, 2008, n° 278, p. 31.

(56) Pour plus de détails : P. MARTENS, *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, o.c., pp. 288 et s. ; A. SEMPRINI, *Le multiculturalisme*, Paris, P.U.F., 1997 ; Ch. TAYLOR, *Multiculturalisme, différence et démocratie*, Paris, Flammarion, 1994 ; rapp. M. ANTOKOLSKAÏA, « Family Law and national Culture. Arguing against the cultural Constraints Argument », o.c., pp. 37 et s. En synthèse, selon ce courant, l'individu plus que l'humanité est le point focal. Les comportements propres aux individus, mais aussi aux groupes de personnes, doivent retenir l'attention plus que la société dans son ensemble. Les choix individuels et les phénomènes émergents méritent écoute et respect. La régulation est permise, utile, voire nécessaire, lorsque les choix individuels et les phénomènes émergents ou bien ne permettent pas de réaliser l'objectif individuel ou collectif poursuivi, ou bien présentent des effets indésirables pour l'individu, le groupe ou la société. Au sein des groupes familiaux, les enfants, parce qu'ils sont plus vulnérables, doivent bénéficier d'une attention particulière.

### § 3. Une prétention modérée

**8. Situation. Conventions.** Le présent ouvrage s'inscrit dans la tradition des manuels de droit des personnes et de la famille sur le fond et en la forme. Pour brosser un portrait complet de dimensions raisonnables, deux choix réducteurs se sont imposés : d'une part, les controverses ne sont pas entièrement discutées mais en quasi-totalité évoquées et au minimum tranchées par référence à un auteur ou une décision fournissant le surplus d'information ; d'autre part, la jurisprudence antérieure aux années '80 n'est citée que pour ses décisions fondamentales, les autres ayant été traitées par nos prédécesseurs.

Nous croyons indispensable de rechercher l'équilibre entre les sources francophones et néerlandophones et d'essayer de n'omettre aucune référence à une décision jurisprudentielle multi-publiée. Le large écho donné à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et aux jurisprudence et doctrine du nord du pays, connues pour leur grande réceptivité au pouvoir reconfiguratif des droits fondamentaux, est d'abord dicté par la compétence encore fédérale dans la présente matière, et ensuite voulu pour illustrer les implications d'une attention soutenue pour les dimensions individuelle et humaniste du droit des personnes et des familles.

Précisons encore, en le regrettant, que le droit comparé est limité aux domaines où le contraste éclaire, valorise ou déprécie le droit belge.

Par convention, nous citons les articles du Code civil sans mention de cette provenance, et les lois particulières par leur date sans mention de leur intitulé ni référence au *Moniteur belge*. Les références à la doctrine sont citées *in extenso* à leur première occurrence dans chaque division munie d'une bibliographie, ensuite par le nom de l'auteur et le titre de sa contribution sans nouvelle mention de la source. Les références complètes des manuels et ouvrages généraux ainsi que des examens de jurisprudence sont reprises ci-dessous et à leur première citation dans chaque division munie d'une bibliographie.

**9. Division.** Trois pluriels – les personnes, les couples, les enfants – ont remplacé des binômes ou trilogies singuliers. La personne interagit dans une société plus respectueuse de toutes les personnalités (Titre 1<sup>er</sup>). La famille n'est plus unique, large, stable et sereine, oscille entre verticalité, horizontalité et parfois l'oblique. Les difficultés juridiques liées au couple (Titre 2) sont promises à une résolution déliée du mariage et nécessairement plus uniforme. Celles concernant les enfants (Titre 3) sont déjà émancipées du mariage et certaines doivent se détacher de la filiation pour intégrer l'intimité.

## 10. Bibliographie des ouvrages et articles généraux

### I. TRAITÉS ET MANUELS

H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, Gand, Mys & Breesch, 1991 ; R. DEKKERS et A. WYLLEMAN, *Handboek Burgelijk Recht, I, Personenrecht. Familierecht*, 3<sup>e</sup> éd., Anvers, Intersentia, 2009 ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1990 ; J. GERLO et G. VERSCHULDEN, *Handboek voor familierecht*, Bruges, die Keure, 2008 ; A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed : theorieën over personen en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, 3<sup>e</sup> éd., Gand, Mys & Breesch, 2001 ; J. GERLO, A. HEYVAERT et P. SENAËVE (ed.), *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Anvers, Kluwer, feuillets mobiles (abr. : *Comm. Pers.*) ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 14<sup>e</sup> éd., Louvain, Acco, 2013 ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., Anvers, Intersentia, 2015 ; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, Anvers/Groningen/Oxford, Intersentia, 2003 ; A.-Ch. VAN GYSEL (éd.), *Précis de droit de la famille*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2009 ; A.-Ch. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, Limal, Anthemis, 2013.

### 2. EXAMENS DE JURISPRUDENCE

*Revue critique de jurisprudence belge* : Cl. RENARD, « Examen de jurisprudence (1939-1948) – Personnes et biens », *R.C.J.B.*, 1950, p. 229 ; Cl. RENARD, « Examen de jurisprudence (1949-1951) – Personnes et biens », *R.C.J.B.*, 1953, p. 213 ; Cl. RENARD, « Examen de jurisprudence (1952-1955) – Personnes et biens », *R.C.J.B.*, 1957, p. 133 ; Cl. RENARD et E. VIEUJEAN, « Examen de jurisprudence (1956-1960) – Personnes et biens », *R.C.J.B.*, 1962, p. 77 ; E. VIEUJEAN, « Examen de jurisprudence (1965-1969) – Personnes », *R.C.J.B.*, 1971, p. 261 ; e. VIEUJEAN, « Examen de jurisprudence (1970-1975) – Personnes », *R.C.J.B.*, 1977, p. 281 ; J.-P. MASSON, « Les personnes. Examen de jurisprudence (1984-1990) », *R.C.J.B.*, 1993, p. 343 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « Les personnes. Examen de jurisprudence (1991-1996) », *R.C.J.B.*, 1998, p. 43 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « Examen de jurisprudence (1991-2002) – Les personnes (suite) », *R.C.J.B.*, 2003, p. 373 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « Examen de jurisprudence (1990-2007) – Les personnes. Les obligations alimentaires », *R.C.J.B.*, 2009, p. 611 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « Examen de jurisprudence (2003-2011) – Les personnes. La filiation », *R.C.J.B.*, 2011, p. 409.

*Journal des tribunaux et Dossiers du Journal des Tribunaux* : J.-P. MASSON, « Chronique de jurisprudence – Les personnes (1967-1969) », *J.T.*, 1970, p. 233 ; J.-P. MASSON, « Chronique de jurisprudence – Les personnes (1970-1972) », *J.T.*, 1973, p. 301 ; J.-P. MASSON, « Chronique de jurisprudence – Les personnes (1963-1975) », *J.T.*, 1976, p. 197 ; J.-P. MASSON, « Chronique de jurisprudence – Les personnes (1976-1978) », *J.T.*, 1979, p. 601 ; J.-P. MASSON, « Chronique de jurisprudence – Les personnes (1979-1981) », *J.T.*, 1982, p. 453 ; N. GALLUS, « Les personnes. Chronique de jurisprudence (1982-1984) », *J.T.*, 1986, p. 185 ; J.-P. MASSON et N. MASSAGER, *Droit des personnes. Chronique de jurisprudence (1994-1998)*, Bruxelles, Larcier, 2000 ; J.-P. MASSON, G. HIERNAUX, N. GALLUS, N. MASSAGER, J.-C. BROUWERS et S. DEGRAEVE, *Droit des personnes. Chronique de jurisprudence*

(1999-2004), Bruxelles, Larcier, 2006 ; D. CARRÉ e.a., *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 2005-2010*, Bruxelles, Larcier, 2011.

*Tijdschrift voor privaatrecht* : G. BAETEMAN, W. DELVA et M. BAX, « Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1964-1974) », *T.P.R.*, 1976, p. 329 ; G. BAETEMAN et J. GERLO, « Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1975-1980) », *T.P.R.*, 1981, p. 749 ; G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, W. DE MULDER et R. DE WIT, « Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1981-1987) », *T.P.R.*, 1988, p. 415 ; G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHULDEN et S. BROUWERS, « Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1995-2000) », *T.P.R.*, 2001, p. 1551 ; G. VERSCHULDEN, S. BROUWERS, K. BOONE, I. MARTENS et K. VERSTRAETE, « Overzicht van rechtspraak. Familierecht (2001-2006) », *T.P.R.*, 2007, p. 141 ; E. GULDIX, A. WYLLEMAN, C. DECLERCK, M. MASSCHELEIN, P. DE HERT, K. SWERTS, F. DE BOCK et R. SAELENS, « Overzicht van rechtspraak. Personenrecht (2001-2008) », *T.P.R.*, 2009, p. 769 ; G. VERSCHULDEN, S. BROUWERS, K. BOONE, L. PLUYM, W. SEGERS, B. VINCK, « Overzicht van rechtspraak. Familierecht (2007-2011) », *T.P.R.*, 2012, p. 1507.

*Actualités du droit familial* : F. OMRANI, « L'expatriation dans la famille désunie : quel est le sort de l'enfant ? Chronique de jurisprudence (2007-2013) », *Act. dr. fam.*, 2014, p. 106.

*Revue trimestrielle du droit familial* : G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2005-2008) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 447.

*Revue trimestrielle de droit civil* (droit français) : J. HAUSER, « Chroniques. Personne et droits de la famille », *R.T.D.C.*, 2011, p. 97 et « Chroniques. Personne et droits de la famille », *R.T.D.C.*, 2014, p. 330.



# TITRE I



## LES PERSONNES

*Bin ich nun frei ? Wirklich frei ?  
So grüß' euch denn meiner Freiheit erster Gruß !  
Wie durch Fluch er mir geriet, verflucht sei diese Ring !<sup>(1)</sup>*

Alberich, in Richard Wagner, Das Rheingold, 4

**11. Personnes et choses.** Dans le langage courant, le terme « personne » désigne l'être humain, l'individu. Au sens juridique, la personne est le *sujet de droit*, apte à être titulaire de droits et d'obligations<sup>(2)</sup>.

La personne est le support de tout phénomène juridique. Toutes les personnes sont sujet de droits ; l'esclavage et la mort civile sont abolis en Belgique (art. 18 Const.). L'aptitude à être titulaire de droits, la *capacité de jouissance*<sup>(3)</sup>, ne peut être restreinte de manière discriminatoire. L'essor des droits fondamentaux a permis de concrétiser cette évidence dans les domaines les plus variés<sup>(4)</sup>.

On oppose aux personnes *physiques* les personnes *morales*, qui ne sont pas étudiées ici, et les *choses*, dont certaines, proches des personnes, retiendront l'attention<sup>(5)</sup>.

(1) Traduction : « Suis-je donc libre ? Vraiment libre ? Alors voici le premier hommage de ma liberté ! Comme j'ai maudit pour l'obtenir, maudit soit cet anneau ! ».

(2) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 7, n° 1.

(3) Sur cette notion : Y.-H. LELEU, « La capacité juridique. Notions générales », *Rép. not.*, t. I, l. V/1, Bruxelles, Larcier, 2004, n° 3.

(4) D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering, o.c.*, pp. 56 et s., n<sup>os</sup> 80 et s.

(5) Voy. not. : J. CARBONNIER, « Sur les traces du non-sujet de droit », *Arch. phil. dr.*, 1989, vol. 34, p. 197 ; I. MOINE, *Les choses hors commerce. Une approche de la personne humaine juridique*, Paris, L.G.D.J., 1997.



**12. Ni personnes ni choses ? Embryons, dépouilles mortelles et animaux.** Les *embryons* sont des entités dignes de protection, à l'instar d'autres éléments du corps humain. Ce sujet est sensible et la qualification qui précède controversée, certains défendant la personnalité juridique de l'embryon dès la conception<sup>(6)</sup>.

L'enjeu principal de la détermination de la condition juridique de l'embryon concerne les *procréations médicalement assistées*, en particulier le sort des embryons surnuméraires. Une qualification de « personne » serait de nature à empêcher toute destruction, remise à un autre couple ou utilisation à des fins de recherche. La loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro*, complétée par celle du 6 juillet 2007, ne sont pas empreintes d'une conception personnaliste de l'embryon, mais pourvoient de manière pragmatique à sa protection, laissant place pour le surplus à l'autonomie de la volonté du ou des auteurs d'un projet parental et à la déontologie médicale (*infra*, n<sup>os</sup> 118-119). Au-delà de cette problématique particulière, la condition juridique de l'embryon est liée à la réglementation de l'*interruption volontaire de grossesse* (*infra*, n<sup>o</sup> 121).

Dans le registre pénal des *atteintes à l'intégrité du fœtus*, sur la question de savoir si une atteinte à la vie d'un enfant à naître doit être incriminée comme homicide, la Cour européenne des droits de l'homme estime, à juste titre selon nous, que l'absence de personnalité juridique du fœtus n'entraîne pas une violation de l'article 2 de la C.E.D.H. Elle considère que le point de départ de la vie relève de l'appréciation des États et souligne l'absence de consensus européen sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie<sup>(7)</sup>. Dès lors que le droit national ne prive pas l'enfant à naître de toute protection, elle ne juge pas nécessaire l'existence d'un recours de nature pénale. La Cour européenne confirme ainsi la

(6) En sens divers, voy. not. : B. FEUILLET-LE MINTIER (dir.), *L'embryon humain – Approche multidisciplinaire*, Paris, Economica, 1996 ; Y. ENGLERT et A. VAN ORSHOVEN (éd.), *L'embryon humain in vitro*, Bruxelles, De Boeck, 2000 ; G. GENICOT, *Le droit médical et biomédical*, o.c., pp. 583 et s. ; M. HERZOG-EVANS, « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *Rev. trim. dr. civ.*, 2000, p. 65 ; B. MATHIEU, « De la difficulté d'appréhender l'emploi des embryons humains en termes de droits fondamentaux », *Rev. trim. D. H.*, 2003, p. 387 ; Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, « Quel statut pour l'embryon et le fœtus dans le champ juridique belge ? », *J.T.*, 2002, p. 657 ; C. LABRUSSE-RIOU et F. BELLIVIER, « Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé », *R.I.D.C.*, 2002, p. 579 ; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Bruxelles, Bruylant, 1997 ; G. MEMETEAU, « La situation juridique de l'enfant conçu – De la rigueur classique à l'exaltation baroque », *Rev. trim. dr. civ.*, 1990, p. 611 ; C. NEIRINCK, « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable ? », *D.*, 2003, chr., p. 841.

(7) C.E.D.H., *Vo c. France*, arrêt du 8 juillet 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 368, note M.D., R.W., 2005-2006, p. 1157, obs. N. VAN LEUVEN, *N.J.B. (Pays-Bas)*, 2004, p. 2100, obs., *J.C.P.*, 2004, II, p. 10158, note M. LEVINET, *D.*, 2004, p. 2456, note J. PRADEL, *A.J.D.A.*, 2004, p. 1811, obs. J.-F. FLAUS, *Rev. trim. dr. civ.*, 2004, p. 714, obs. J. HAUSER, et p. 799, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, « Quel statut pour l'embryon et le fœtus dans le champ juridique belge ? », o.c., p. 660, n<sup>o</sup> 14 ; D. VAN GRUNDEBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., p. 61, n<sup>o</sup> 90 et p. 63, n<sup>o</sup> 94.

jurisprudence de la Cour de cassation de France qui écarte l'incrimination d'homicide involontaire à propos d'un enfant à naître, même viable<sup>(8)</sup>. En Belgique, le basculement vers la qualification d'homicide s'opère dès le début du « travail » préalable à l'accouchement<sup>(9)</sup>.

La personne disparaît au décès et laisse une *dépouille mortelle* que l'on ne peut éthiquement pas qualifier de chose juridique<sup>(10)</sup>. De multiples normes en assurent la protection, non seulement par égard moral, mais aussi pour des raisons de santé et d'ordre publics<sup>(11)</sup>. Dans ce cadre s'inscrivent les réglementations légales des funérailles et sépultures (*infra*, n° 128) et des transplantations d'organes (*infra*, n° 129), mais aussi les développements jurisprudentiels en matière de droits de la personnalité (*infra*, n° 103) et de prélèvements sur une dépouille mortelle à des fins de preuve (*infra*, n° 623).

Les *animaux* sont incontestablement des choses, mobilières ou immobilières par destination (économique)<sup>(12)</sup>, mais dignes de respect

(8) Cass. fr. (crim.), 4 mai 2004, *D.*, 2004, I.R., p. 1935, *D.*, 2004 (somm.), p. 2754, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; Cass. fr. (crim.), 25 juin 2002, *J.C.P.*, 2002, II, p. 10155, note M.-L. RASSAT, *J.C.P.*, 2003, I, p. 132, note Chr. BYK, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.625, *D.*, 2003, p. 243 (somm.), obs. S. MIRABAIL, et p. 660, obs. F. PLANCKEEL. Dans l'affaire déferée à la Cour européenne des droits de l'homme (arrêt *Vo c. France*, précité) : Cass. fr. (crim.), 30 juin 1999, *Gaz. Pal.*, 29-30 octobre 1999, p. 19, note J. BONNEAU, *Petites Aff.*, 17 novembre 1999, n° 229, p. 15, note F. DEBOVE, *D.*, 1999, p. 710, note D. VIGNEAU, *J.C.P.*, 2000, II, p. 10231, note G. FAURÉ ; *D.*, 2000, p. 169, obs. Ch. DESNOYER et L. DUMAINE, Lyon, 13 mars 1997, *D.*, 1997, p. 557, note E. SERVERIN, *Rép. Defrénois*, 1997, art. 36578, note Ph. MALAURIE, *J.C.P.*, 1997, II, p. 22955, note G. FAURÉ, *Dr. fam.*, 1997, n° 8, comm. P. MURAT. Voy. : G. AVOCAT, « Un fœtus ne peut être victime d'un homicide involontaire », *D.*, 2001, p. 2523 ; P. MURAT, « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », *Rev. dr. sanit. soc.*, 1995, p. 451 ; G. ROUJOU DE BOUBÉE et B. DE LAMY, « Contribution supplémentaire à l'étude de la protection pénale du fœtus (à propos de l'arrêt de la Chambre criminelle du 30 juin 1999) », *D.*, 2000, p. 181.

(9) Cass., 11 février 1987, *J.T.*, 1987, p. 738, note F. KÉFER, *J.L.M.B.*, 1987, p. 630, obs. M. PREUMONT, *Rev. dr. pén.*, 1987, p. 812, concl. JANSSENS de BISTHOVEN, note Ch. HENNAU-HUBLET. Dans le même sens : Gand, 26 mars 1997, *A.J.T.*, 1997-1998, p. 463, note Ch. COUDRON ; Corr. Anvers, 24 novembre 2000, *R.W.*, 2000-2001, p. 1423, note C. DESMET, note H. NYS. Comp. : Mons, 24 avril 2003, *R.G.A.R.*, 2004, n° 13.870 (indemnisation par référence à une « norme » applicable à la perte d'un enfant ; pour une critique : G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 559, note 77).

(10) Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « La maîtrise de son corps par la personne », *o.c.*, pp. 593-594, nos 16-17. *Adde* en France : B. BEIGNIER, « Respect et protection du corps humain. Le mort », *Juris-Cl. Civil*, art. 16 à 16-12, fasc. 72 ; P. BELHASSEN, *La crémation : le cadavre et la loi*, Paris, L.G.D.J., 1997 ; X. LABBÉE, *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Lille, Presses universitaires, 1990.

(11) Ex. : réglementation de l'inhumation et de la crémation (*infra*, n° 128) et des transplantations d'organes *ex mortuo* (*infra*, n° 129).

(12) J. HANSENNE, *Les biens*, t. I, Liège, Éd. Collection scientifique de la Faculté de droit, 1996, pp. 94-95, n° 81. La Cour de justice des Communautés européennes considère que les animaux sont des « biens corporels » au sens de la législation communautaire sur la T.V.A. (arrêt du 21 juin 1988, aff. C-10/87). Elle a confirmé cette solution en retenant la qualification de « biens d'occasion » à propos de chevaux achetés auprès de particuliers et dressés en vue de leur revente (arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2004, aff. C-320/02).

au nom de la vie qui les anime<sup>(13)</sup>. Ils sont protégés par de multiples normes soucieuses de leur bien-être ou d'intérêts économiques<sup>(14)</sup>. Une jurisprudence émerge en droit familial au sujet des mesures urgentes et provisoires concernant les animaux de compagnie du couple<sup>(15)</sup>.

**13. Personne et personnalité. Division.** La personne sera étudiée en temps que telle et au travers de sa « personnalité », définie comme la situation qui la caractérise sur le plan juridique<sup>(16)</sup>. Après avoir décrit le statut civil de la personne physique, qui comprend les règles relatives à l'acquisition et à la perte de la personnalité ainsi qu'à l'état des personnes, nous analyserons les droits inhérents à la personnalité et expliquerons, au titre de la capacité juridique, que personnalité et exercice des droits sont dissociables.

---

(13) F. OST, « Entre sujet et objet, l'équivoque condition de l'animal, ce vivant qui nous ressemble », in *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, La Découverte, 1995, pp. 205-236.

(14) Ex. : L. du 14 août 1986 relative à la protection et au bien-être des animaux. Voy. : G. VAN HOORICK, « La législation européenne sur la protection des animaux », *T.B.P.*, 1995, p. 12 et « De europese en nationale wetgeving op het welzijn van de landbouwhuisdieren », *Rev. dr. rur.*, 1995, p. 1. Adde en France : R. NERSON, « La condition de l'animal au regard du droit », *D.*, 1963, p. 1 ; F. PASQUALINI, « L'animal et la famille », *D.*, 1997, p. 257 ; A.-M. SOHM-BOURGEOIS, « La personification de l'animal : une tentation à repousser », *D.*, 1990, p. 33.

(15) Bruxelles (réf.), 28 décembre 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 315, note J.-P. MASSON.

(16) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes, o.c.*, p. 7, n° 1.

# CHAPITRE I

## LE STATUT CIVIL DES PERSONNES PHYSIQUES

**14. Division.** La personne est analysée au travers des trois dimensions de son existence et de son statut civil. Une mise en situation temporelle est d'abord nécessaire. L'état de la personne, les caractéristiques qui en déterminent la position dans la Cité, est analysé ensuite. Il est véhiculé par les facteurs d'identification de la personne (nom, sexe, domicile<sup>(1)</sup>).

### SECTION I

#### L'acquisition et la perte de la personnalité

##### § I. Acquisition de la personnalité

**15. Bibliographie.** V. BALESTRIERO, « La situation de l'enfant mort-né », *D.*, 1999, p. 81 ; M. BEAGUE, « Quelle reconnaissance juridique du deuil périnatal ? État des lieux en matière d'acte de déclaration d'enfant sans vie' en droit français et en droit belge », *J.T.*, 2008, p. 416 ; K. BOELE-WOELKI, « De registratie van perinatale sterfte in de ICBS-lidstaten », *F.J.R.*, 2000, p. 69 ; Chr. BYK, « L'embryon jurisprudentiel », *Gaz. Pal.*, 24-25 octobre 1997, p. 46, C. CASTELEIN, « De naam van het périnatal overleden kind », *NjW*, 2002, p. 408 ; C. CASTELEIN et T. WUYTS, « What's in a name ? De moeilijke verhouding tussen juridische persoonlijkheid, akten van de burgerlijke stand, afstammingsrecht en naamrecht inzake perinataal overleden kinderen », *T.P.R.*, 2006, p. 771 ; A. DE WOLF, « De rechtspositie van het doodgeboren kind en zijn ouder(s) », *R.W.*, 1998-1999, p. 209 ; B. FOHN, « Lorsque l'enfant ne paraît pas... L'accompagnement des parents et des soignants lors des décès périnataux », *Rev. méd. Liège*, 1999, p. 468 ; C. LABRUSSE-RIOU et F. BELLIVIER, « Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé », *R.I.D.C.*, 2002, p. 579 ; M.-F. LAMPE, « À propos du deuil périnatal. La norme à l'écoute de son modèle. Du droit des personnes au droit de la famille », *Rev. trim. dr. fam.*, 1990, p. 199 ; Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, « Quel statut pour l'embryon et le fœtus dans le champ juridique belge ? », *J.T.*, 2002, p. 657 ; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Bruxelles, Bruylant, 1997 ; G. MÉMETEAU, « La situation juridique de l'enfant conçu. De la rigueur classique à l'exaltation baroque », *Rev. trim. dr. civ.*, 1990, p. 611 ; P. MURAT, « Viabilité et enregistrement à l'état civil des enfants morts-nés (note sous une réponse du garde des sceaux à une question parlementaire) », *Dr. fam.*, juillet-août 1999, p. 15 ; P. MURAT,

(1) Sur les raisons de l'absence de traitement, dans le présent ouvrage, du droit de la *nationalité*, voy. *infra*, n° 30.

« Réflexions sur la distinction être humain / personne juridique (à propos d'un arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 13 mars 1997) », *Dr. fam.*, sept. 1997, chron. n° 9 ; P. MURAT, « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », *Rev. dr. sanit. soc.*, 1995, p. 451 ; C. PHILIPPE, « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *D.*, 1996, p. 29.

## I. La naissance

**16. Naissance et viabilité.** La personnalité civile<sup>(2)</sup> débute à la *naissance*. L'enfant à naître n'a pas la qualité de personne en droit civil.

Le seul fait de la naissance ne suffit pas à conférer la qualité de personne, du moins selon un enseignement traditionnel : la personnalité civile n'est octroyée qu'à l'enfant né vivant et viable.

La condition de *viabilité*, déduite des articles 331*bis*, 725 et 906 du Code civil, s'ajoute à celle de la naissance bien qu'elle concerne un état postnatal<sup>(3)</sup>. Elle agit à la manière d'une condition résolutoire pour anéantir *ab initio* la personnalité juridique<sup>(4)</sup>.

Cette condition prête le flanc à la critique<sup>(5)</sup>. En effet, définie comme une « capacité physiologique à survivre »<sup>(6)</sup>, la viabilité relève de la médecine<sup>(7)</sup>, marquée dans ce domaine par ses progrès : aujourd'hui, un enfant peut être viable à l'issue d'une grossesse inférieure à 180 jours, si bien que le critère perd sa pertinence. En outre, l'essor du diagnostic prénatal réduit l'occurrence des naissances d'enfants non viables (traitement des affections ou interruption thérapeutique de grossesse). Notons par

(2) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 10, n° 4. À ce titre, le fœtus n'est pas titulaire du droit à la vie (art. 2 C.E.D.H.) ; un État peut ne pas reconnaître à l'embryon la qualité de sujet de droit autorisé à se prévaloir de l'article 2 : C.E.D.H. (gr. ch.), *Vo c. France*, arrêt du 8 juillet 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 368, note M.D., R. W., 2005-2006, p. 1157, obs. N. VAN LEUVEN ; pour plus de détails : N. GALLUS, in *Précis de droit de la famille* (A.-Ch. VAN GYSEL dir.), 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 48-49 ; A.-Ch. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, Limal, Anthemis, 2013, p. 24.

(3) Le meurtre d'un enfant né vivant mais non viable est qualifié *infanticide* (art. 396 C. pén.). Il n'y a par contre pas d'homicide sur un fœtus avant qu'il puisse être qualifié de personne, au sens pénal (*supra*, n° 12).

(4) En ce qui concerne les *enfants siamois*, certains auteurs proposent de n'accorder qu'une personnalité commune en cas de vie et de viabilité à l'état non séparé, et deux personnalités indépendantes dès séparation réussie (P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 14<sup>e</sup> éd., Louvain, Acco, 2014, n° 39). Nous ne partageons pas ce point de vue, le point d'ancrage des droits de la personne n'étant pas le corps mais l'individu.

(5) C. PHILIPPE, « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *D.*, 1996, chron., pp. 31-32 ; N. MASSAGER, in *Précis de droit de la famille*, o.c., p. 35.

(6) Pour une définition : S. KERNBAUM (éd.), *Dictionnaire de médecine*, Paris, Flammarion, 1998. N'est pas viable, d'une part, l'enfant qui ne dispose pas de la *maturité physiologique suffisante* (critère quantitatif : un organe indispensable à la vie fait défaut, des organes sont insuffisamment développés) et, d'autre part, l'enfant qu'une *cause physiologique empêche absolument d'exister* (critère qualitatif : imperfection dans la constitution physiologique rigoureusement incompatible avec la vie). Pour plus de détails : C. PHILIPPE, *loc. cit.*

(7) Les rédacteurs du Code civil avaient envisagé de déclarer viable tout enfant ayant survécu 10 jours à sa naissance, ce qui était restrictif du point de vue de l'acquisition de la personnalité.

ailleurs que le constat de non-viabilité peut être posé après la naissance et l'échec de tentatives d'assurer la survie de l'enfant. En conséquence, selon nous, la portée du critère de viabilité doit être limitée à la résolution des problèmes ponctuels traités par diverses dispositions légales (ex. : art. 331*bis*) ; ce critère doit être abandonné comme facteur d'acquisition de la personnalité civile. Telle semble être la pratique médicale en matière de déclaration de naissance (*infra*, n° 46).

**17. Enfant mort-né.** La condition que l'enfant naisse vivant dénie toute personnalité juridique à l'enfant *mort-né*, c'est-à-dire à l'enfant né mort ou décédé dans les instants qui suivent sa naissance et avant la rédaction par le médecin du formulaire de déclaration de naissance. Cette logique du droit civil n'est pas aussi sujette à critique que celle qui préside à la condition de viabilité, mais accroît néanmoins la douleur des parents en deuil<sup>(8)</sup>.

Pour y remédier, une loi du 27 avril 1999 a instauré l'*acte de déclaration d'enfant sans vie* (art. 80*bis*), qui mentionne, sur demande des parents, le(s) *prénom(s)* de l'enfant et l'identité de la mère, du père ou de la coparente, sans établir de filiation<sup>(9)</sup> (*infra*, n° 48).

## 2. La conception

**18. Fiction *infans conceptus*.** Lorsque l'enfant né vivant y trouve un intérêt, est susceptible d'acquies des droits, on peut le considérer comme ayant acquis la personnalité civile *dès sa conception*<sup>(10)</sup>. La personnalité prénatale est ainsi affectée d'une condition suspensive de naissance en vie<sup>(11)</sup>. Cette fiction s'enracine dans le droit romain (*infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*) et s'induit des articles 328, alinéa 2, 725 et 906 du Code civil.

(8) Voy. not. : C. CASTELEIN en T. WUYTS, « What's in a name ? De moeilijke verhouding tussen juridische persoonlijkheid, akten van de burgerlijke stand, afstammingsrecht en naamrecht van perinataal overleden kinderen », *T.P.R.*, 2006, p. 790 ; M. BEAGUE, « Quelle reconnaissance juridique du deuil périnatal ? État des lieux en matière d'acte de déclaration d'enfant sans vie » en droit français et en droit belge », *J.T.*, 2008, p. 416.

(9) C.E.D.H., *Znamenskaya c. Russie*, arrêt du 2 juin 2005, *Rev. trim. dr. civ.*, 2005, p. 737, obs. J.-P. M. ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 867, note M. DEMARET (violation de l'art. 8 pour refus d'accorder la modification du nom et du prénom de l'enfant mort-né, de manière à traduire l'existence du lien biologique qui le rattachait à son père biologique défunt, en présence d'une présomption légale attribuant la paternité à l'ex-mari de la mère).

(10) Voy. : N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître, o.c.*, pp. 30-33, n°s 20-21 ; G. MÉMETEAU, « La situation juridique de l'enfant conçu », *Rev. trim. dr. civ.*, 1990, p. 611 ; P. MURAT, « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », *Rev. dr. sanit. soc.*, 1995, p. 451.

(11) *Contra* : N. MASSAGER, *l.c.* Cet auteur conclut à l'existence d'un mécanisme d'anticipation de la personnalité dès la conception, assorti d'une condition résolutoire. Cette thèse ne nous paraît pas pouvoir être suivie pour des motifs d'ordre pratique (ex. : succession dévolue au fœtus qui lui-même décède avant terme) et de principe, tenant à la condition juridique de l'embryon et du fœtus.

Nombreuses sont les applications possibles de cette règle :

- un mari qui décède pendant la grossesse de son épouse possède un héritier (supplémentaire) du premier ordre, qui exclut les autres et réduit la vocation du conjoint survivant<sup>(12)</sup> ;
- l'enfant peut prétendre à une indemnisation si son père décède pendant la grossesse par la faute d'un tiers<sup>(13)</sup> ;
- l'enfant peut, selon nous, prétendre à indemnisation personnelle s'il subit un dommage par la faute d'un tiers en cours de grossesse (*wrongful life* – comp. toutefois *infra*, n° 121) ;
- l'article 906 du Code civil rend l'enfant conçu apte à recevoir une libéralité ;
- l'article 328 permet la reconnaissance prénatale de l'enfant (*infra*, n° 634).

**19. Détermination du moment de la conception.** La faculté d'acquiescer des droits dès la conception suppose une détermination précise de l'instant de celle-ci pour prouver son antériorité à la naissance du droit recherché. Or cela est pratiquement impossible s'agissant d'un secret d'alcôve ou d'une réelle inconnue.

La loi fournit deux présomptions<sup>(14)</sup>, l'une pour la période de conception, l'autre pour son instant précis (art. 326) :

1. Un enfant est présumé conçu entre le 300<sup>e</sup> et le 180<sup>e</sup> jour précédant la naissance. Cet intervalle renvoie à la durée moyenne d'une grossesse. Il n'est plus conforme à la réalité médicale en raison de l'amélioration de la viabilité des grands prématurés (*supra*, n° 16). La preuve contraire est heureusement admissible.
2. Un enfant est présumé avoir été conçu au moment qui lui est *le plus favorable*, compte tenu de l'objet de sa demande ou du moyen de défense proposé par lui (présomption dite *omni meliore momento*). En d'autres termes, il choisit la date précise de sa conception en fonction de son intérêt et pourra, par exemple, la fixer la veille de l'ouverture d'une succession à laquelle il peut prétendre si ce jour est compris dans la période légale de conception. Cette présomption est également réfragable.

(12) L'enfant conçu ne jouit pas d'une protection en tant que personne en devenir (comp. : l'institution du « curateur au ventre » : art. 393 ancien).

(13) Gand, 25 mars 1980, *Bull. Ass.*, 1980, p. 483.

(14) Situées dans la matière de la filiation, mais de portée générale.

## § 2. Perte de la personnalité

**20. Bibliographie.** V. BALESTRIERO, « La situation de l'enfant mort-né », *D.*, 1999, chron., p. 81 ; B. BEIGNIER, « Respect et protection du corps humain. La mort », *Juris-Cl. Civil*, art. 16 à 16-12, fasc. 70 ; B. BEIGNIER, « *Quasi fur*. Mort brutale et expertise génétique », *D.*, 2000, p. 620 ; P. BELHASSEN, *La crémation : le cadavre et la loi*, Paris, L.G.D.J., 1997 ; B. CALAIS, « La mort et le droit », *D.*, 1985, p. 73 ; M.-F. CALLU, « Autour de la mort : variations sur 'Madame se meurt, Madame est morte' », *Rev. trim. dr. civ.*, 1999, p. 313 ; J. CARBONNIER, « Sur les traces du non-sujet de droit », *Arch. phil. dr.*, 1989, vol. 34, p. 197 ; H. CORRAL TALCIANI et M.-S. RODRIGUEZ PINTO, « Disparition de personnes et présomption de décès. Observations de droit comparé », *R.I.D.C.*, 2000, p. 553 ; P. DE GOUSTINE, « La détermination de la mort en droit positif », *Rev. dr. sanit. soc.*, 1990, p. 595 ; S. DEVOS, « L'absence et la déclaration judiciaire de décès », in *La rédaction d'actes notariés. Droit des personnes et droit patrimonial de la famille* (C. DE WULF éd.), Waterloo, Kluwer, 2013, pp. 3 et 18 ; P.-Ph. DRUET, « Éthique ou fin de vie : pour que la mort fasse sens », *Journ. proc.*, 1995, n° 276, p. 11 ; D. DUTRIEUX, « L'achat d'une concession funéraire », *Rép. Defrénois*, 2000, p. 360 ; B. GOSSELIN, « L'autopsie médico-scientifique », in *Les lois « bioéthique » à l'épreuve des faits. Réalités et perspectives* (B. FEUILLET-LE MINTIER éd.), Paris, P.U.F., 1999, p. 45 ; J.-P. GRIDEL, « L'individu juridiquement mort », *D.*, 2000, p. 266-6 ; A. GUILLOTIN, « La dignité du mourant », in *Éthique, droit et dignité de la personne. Mélanges Christian Bolze*, Paris, Economica, 1999, p. 317 ; A. KOHL, « L'absence », *Rép. not.*, t. I, I, I, Bruxelles, Larcier, 1988 ; Y. LELEU et Y.-H. LELEU, « Réflexions au sujet d'une proposition de loi relative à l'absence et à la déclaration judiciaire de décès », *Rev. not. belge*, 1993, p. 486 ; C. LOMBOIS, « De l'autre côté de la vie », in *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, P.U.F., 1993, p. 285 ; J. MOREAU-DAVID, « Approche historique du droit de la mort », *D.*, 2000, p. 266-1 ; B. PORTNOI, « Quoi de neuf du côté des morts ? », *Gaz. Pal.*, 2-3 juillet 1997, doct., p. 2 ; B. PORTNOI, « À propos de la définition légale de la mort », *Gaz. Pal.*, 1988, doct., p. 300 ; E. PUTMAN, « Après la mort », *D.*, 1991, p. 241 ; Th. REVET, « Décret n° 96-1041 du 2 décembre 1996 relatif au constat de la mort préalable, au prélèvement d'organes, de tissus et de cellules à des fins thérapeutiques ou scientifiques et modifiant le Code de la santé publique », *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 231 ; L.-M. RAYMONDIS, « Problèmes juridiques d'une définition de la mort », *Rev. trim. dr. civ.*, 1969, p. 29 ; D. VAN GRUNDERBEECK, « Afwezigen (art. 112-143 B.W.) », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, feuillets mobiles.

### I. Le décès

**21. Effet du décès.** La personnalité juridique des personnes physiques prend fin par le décès à l'exclusion de toute autre cause, la mort civile étant abolie. *Les défunts* ne sont *plus titulaires* de droits ni d'obligations<sup>(15)</sup>. Outre la protection accordée par le droit à la dépouille mortelle (*infra*, n<sup>os</sup> 125 et s.), subsistent certains effets d'une volonté exprimée par

(15) Voy. : Cl. LOMBOIS, « De l'autre côté de la vie », in *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, P.U.F., 1993, p. 285. À titre exceptionnel, l'état de la personne défunte peut être modifié après son décès dans l'intérêt de tiers (ex. : reconnaissance posthume d'enfant sans descendance – art. 328, al. 2 ; pour un relevé complet : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 14<sup>e</sup> éd., o.c., n° 47).

la personne de son vivant<sup>(16)</sup>, même *in extremis*<sup>(17)</sup>, ou certaines conséquences de ses droits de la personnalité<sup>(18)</sup>.

La cause de la mort n'est pas indifférente quant à ses conséquences juridiques : les décès survenus dans des circonstances suspectes justifient l'intervention de l'autorité et, éventuellement, une autopsie (*infra*, n° 127) ; le suicide (mais non l'euthanasie) peut compromettre l'exécution de prestations d'assurance-vie.

**22. Définition de la mort.** Disposer d'une définition juridique de la mort est crucial sur le plan métaphysique et d'un enjeu pratique considérable<sup>(19)</sup>. Un critère précis offrirait par exemple l'avantage, en matière successorale, de déterminer le moment de la mort dans les situations complexes (comourants, enfant conçu, *etc.*) et, en matière de transplantation d'organes, de réguler l'offre d'organes disponibles sur les personnes dites « cliniquement mortes » (L. du 13 juin 1986 ; *infra*, n° 117). Mais pas plus qu'il ne décrit la vie, le droit ne définit la mort ni même désigne la méthode pour la constater en toute hypothèse. Tout au plus intervient-il en présence d'intérêts antagonistes<sup>(20)</sup> et doit-il plus qu'auparavant tenir compte de la volonté de l'individu (euthanasie, directives anticipées d'arrêt de traitement médical ; *infra*, n°s 109 et 113).

Définir la mort est au demeurant une mission impossible pour le législateur : ou bien il s'enferme dans un raisonnement circulaire (la mort est l'arrêt de toutes les fonctions vitales) ou bien il s'en remet à d'autres (la mort est constatée selon l'état actuel de la science)<sup>(21)</sup>. À s'en tenir au

(16) Le *testament* ne produit ses effets qu'au décès de son rédacteur, mais il véhicule une volonté exprimée par une personne vivante. Sur le mandat *post mortem* : J.-P. DOUCET, « Les effets de la mort sur le mandat », *Gaz. Pal.*, 1963, p. 27 ; Ph. DE PAGE, « Le mandat *ante mortem* », *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 147.

(17) Sur le mariage *in articulo mortis*, voy. *infra*, n° 319. Sur les actes patrimoniaux de planification patrimoniale *in extremis* : C. DECKERS, J. DE HERDT en N. GEELHAND, « (Fiscale) successieplanning « in extremis » in Vlaanderen. Naar een nieuwe concept inzake fiscale successieplanning », *T.E.P.*, 2008, p. 7.

(18) Les droits de la personnalité sont intransmissibles, mais les proches des défunts exercent des droits propres visant à protéger la personnalité (honneur, image, vie privée) de leur disparu (*infra*, n° 103).

(19) Voy. : B. PORTNOI, « À propos de la définition légale de la mort », *Gaz. Pal.*, 1988, doct., p. 300 ; B. PORTNOI, « Quoi de neuf du côté des morts ? », *Gaz. Pal.*, 3 juillet 1997, doct., p. 892 ; Th. REVET, « Décret n° 96-1041 du 2 décembre 1996 relatif au constat de la mort préalable au prélèvement d'organes, de tissus et de cellules à des fins thérapeutiques ou scientifiques et modifiant le Code de la santé publique », *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 231.

(20) Dans le cadre des prélèvements d'organes, le décès du donneur doit être constaté par *trois médecins* qui se prononcent en fonction de *l'état le plus récent de la science* (art. 11, L. 13 juin 1986).

(21) Et celui-ci évolue, tant en médecine qu'en éthique. Des recherches récentes questionnent la notion d'*état végétatif chronique*, qui n'est certainement pas assimilable en droit à la mort cérébrale (S. LAUREYS et G. TONONI (éd.), *The neurology of consciousness*, London, Academic Press Elsevier, 2008). D'un point de vue inverse, et critiquable à notre avis, certains bioéthiciens préfèrent le critère de la perte des fonctions cognitives au critère neurologique, ce qui autoriserait dès celle-ci le prélèvement d'organe (pour une critique : N. GALLUS, in *Précis de droit de la famille, o.c.*, p. 60). *Adde* : L.M. RAYMONDIS, « Problèmes juridiques d'une définition de la mort », *Rev. trim. dr. civ.*, 1969, p. 29.

sens usuel de la notion de mort, qui invite à s'assurer que *toute vie* a quitté la personne<sup>(22)</sup>, on confère une égale valeur aux fonctions cérébrales et aux fonctions organiques alors qu'elles n'ont pas la même autonomie.

La tendance actuelle est de retenir comme critère la mort *cérébrale*, c'est-à-dire la cessation irréversible du fonctionnement du cerveau (*brain death*), constatée par une succession d'électro-encéphalogrammes plats<sup>(23)</sup>. Certains auteurs se demandent si la mort du cerveau entraîne bien celle de l'individu et si ce critère n'est pas asservi aux nécessités de la transplantation d'organes « vivants »<sup>(24)</sup>. Outre que cet intérêt est digne de protection, nous ne partageons pas cette opinion, car la personnalité civile nous paraît liée à (l'aptitude à) la conscience, consubstantielle à la vie humaine, et non à la corporéité fonctionnelle.

## 2. La disparition

**23. Traitement légal des incertitudes quant au décès.** L'incertitude quant à la mort n'est pas seulement scientifique, elle est matérielle lorsqu'une personne ne laisse à ses proches qu'un souvenir sans traces<sup>(25)</sup>. Catastrophe naturelle ou aérienne, volonté de s'éloigner de son entourage, voilà autant de circonstances problématiques pour le droit civil caractérisées par une absence de dépouille mortelle (identifiable) qui maintient la personnalité civile en état de survie juridique. Que la mort soit certaine (*disparition*) ou incertaine (*absence*), le risque de figer de nombreuses situations juridiques au détriment des proches (ex. : mariage, autorité parentale, droits sociaux, *etc.*) était important jusqu'à la réforme opérée par les lois des 9 et 10 mai 2007.

**24. Disparition. Déclaration judiciaire de décès.** Le *disparu* est celui dont on a perdu la trace dans des circonstances telles que sa mort est certaine, bien qu'on n'en ait pas la preuve, faute d'avoir retrouvé ou

(22) Pol. Hasselt, 30 juin 1986, *J.J.P.*, 1988, p. 253. Dans le même sens : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 48.

(23) N. GALLUS, in *Précis de droit de la famille*, o.c., p. 60. En ce sens : Décr. fr. du 2 décembre 1996 relatif au constat de la mort préalable au prélèvement d'organes, de tissus et de cellules à des fins thérapeutiques ou scientifiques et modifiant le Code de la santé publique (commenté par Th. REVET, « Décret n° 96-1041 du 2 décembre 1996 relatif au constat de la mort préalable au prélèvement d'organes, de tissus et de cellules à des fins thérapeutiques ou scientifiques et modifiant le Code de la santé publique », p. 231). Comp. : A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed : theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, 3<sup>e</sup> éd., o.c., p. 30, n° 60 (la détermination du moment de la mort est une donnée culturelle, et qui s'en remet au constat médical).

(24) En ce sens : B. PORTNOI, « Quoi de neuf du côté des morts ? », o.c., p. 892.

(25) Voy. : D. VEAUX, « Absents et disparus », *D.*, 1947, p. 169 ; M. VIVANT, « Le régime juridique de la non-présence », *Rev. trim. dr. civ.*, 1982, p. 1.

identifié sa dépouille mortelle (ex. : incendie, attentat... sans restes corporels identifiables<sup>(26)</sup>).

La difficulté soulevée par la disparition résultait de l'organisation juridique de l'état civil qui commande à l'officier de l'état civil de ne dresser des actes qu'à propos de faits constatés et dans des délais de rigueur. Dès lors, si la preuve du décès de la personne disparue était rapportée longtemps après celui-ci, la seule possibilité d'adapter en ce sens les registres de l'état civil consistait à requérir un *jugement déclaratif de décès*<sup>(27)</sup>, une pratique prétorienne se recommandant de *lois spéciales* ayant autorisé la constatation judiciaire de décès survenus dans des situations d'exception<sup>(28)</sup>.

La loi du 9 mai 2007 a consacré cette pratique prétorienne. Une déclaration judiciaire de décès peut être établie pour toute personne disparue dans des circonstances de nature à mettre sa vie en danger lorsque son corps n'a pu être retrouvé ou n'a pu être identifié, et que son décès peut être considéré comme certain eu égard aux circonstances (art. 126, § 1<sup>er</sup>)<sup>(29)</sup>.

À cet effet, le tribunal de la famille doit être saisi par toute personne intéressée ou par le procureur du Roi. Le jugement détermine la date du décès et tient lieu d'acte d'état civil (art. 131 et 133). Le dispositif de la décision définitive est transcrit dans les registres de l'état civil (art. 132), la publication de la *demande au Moniteur belge* étant laissée à l'appréciation du tribunal (art. 129).

Les effets du jugement déclaratif de décès sont identiques à ceux de la déclaration d'absence, parmi lesquels la dissolution du mariage et

(26) L'identification par l'A.D.N. des restes corporels permet le constat du décès comme en présence de la dépouille mortelle.

(27) Arg. tiré de l'art. 77. Applications : Bruxelles, 14 septembre 1993, *R. W.*, 1994-1995, p. 640, note Y.-H. LELEU ; Civ. Tongres, 17 mars 1993, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 740 ; *R. W.*, 1994-1995, p. 647.

(28) Ex. : A.R. des 28 avril 1884 et 2 avril 1935 (après des accidents miniers) ; A. Rég. du 14 février 1946, L. 20 août 1948 (après la seconde guerre mondiale). Voy. : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., pp. 369-370, n° 387. *Adde* : Conv. relative à la constatation judiciaire de certains décès, élaborée dans le cadre de la Commission internationale de l'état civil à Athènes le 14 septembre 1966, non signée par la Belgique.

(29) Voy. not. : Ch. AUGHET, in *Précis de droit de la famille* (A.-Ch. VAN GYSEL dir.), 1<sup>re</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 90 et s. ; C. AERTS, « Afwezigheid en gerechtelijke verklaring van overlijden. Commentaar op de Wetten van 9 en 10 mei 2007 », *T. Fam.*, 2008, p. 65 ; A. CULOT, « Loi du 9 mai 2007 modifiant diverses dispositions relatives à l'absence et à la déclaration judiciaire de décès », *Rec. gén. enr. not.*, 2009, p. 33 ; V. DEHALLEUX, « Absence et déclaration judiciaire de décès (lois des 9 et 10 mai 2007) », in *Chroniques notariales* (Y.-H. LELEU coord.), vol. 46, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 371 ; P. DELNOY, « Décès et absence », *Rev. Dr. ULg*, 2008, p. 129 ; S. DEVOS, « L'absence et la déclaration judiciaire de décès », in *La rédaction d'actes notariés. Droit des personnes et droit patrimonial de la famille* (C. DE WULF éd.), Waterloo, Kluwer, 2013, p. 18 ; K. VERSTRAETE, « Vereenvoudiging van de afwezigheidsprocedure en codificatie van de gerechtelijke verklaring van overlijden », *T.V.W.*, 2007, p. 421. Comp. : en France, le jugement *déclaratif d'absence* (art. 122-132 C. civ.) emportant tous les effets que le décès établi de l'absent aurait eus (art. 128, al. 1<sup>er</sup>).

du régime matrimonial, et l'ouverture de la succession de la personne disparue (*infra*, n° 28).

### 3. L'absence

**25. Incertitude de la mort et de la vie.** Autant le phénomène de la disparition demeure actuel malgré le perfectionnement des techniques de recherches et d'identification des dépouilles mortelles, autant l'absence au sens strict est rare. L'absent est celui dont les proches n'ont plus reçu de nouvelles et dont ils ignorent s'il est vivant ou mort parce que rien ne permet de présumer son décès<sup>(30)</sup>.

Le régime de l'absence (art. 112 et s.) avait été élaboré avec soin par le Code civil<sup>(31)</sup>, non seulement en raison de l'importance de la problématique à l'époque de sa rédaction, mais surtout parce que la caractéristique principale de cette situation est l'incertitude tant sur la vie que sur la mort<sup>(32)</sup>. Le droit devait s'interdire de considérer la personne morte, espérer indéfiniment son retour, sans trop désespérer ses proches et la collectivité<sup>(33)</sup>. Mais un respect excessif de la présomption de vie (civile) de l'absent a conduit le Code civil à méconnaître les intérêts des présents, et la pratique à développer des palliatifs<sup>(34)</sup>. Il y avait là une disharmonie entre la législation et les missions incombant au droit des personnes et familles. Les lois des 9 et 10 mai 2007<sup>(35)</sup> ont simplifié la procédure de constatation de l'absence et équilibré les droits des absents et ceux de leurs proches. La loi distingue deux périodes au contenu différent quant à la présomption de vie : la présomption et la déclaration d'absence.

(30) J. CARBONNIER, « L'absence », in *Essai sur les lois*, Paris, Éd. Deffrénois, 1979, p. 158 : « Où sont-ils ? Sont-ils rois dans quelque île ? Nous ont-ils délaissés pour un bord plus fertile ? ». On distingue l'absent du *non-présent*, dont on est sûr qu'il vit, du *taisant* (à un acte), qui est présent mais n'exprime aucune volonté ; S. DEVOS, « L'absence et la déclaration judiciaire de décès », in *La rédaction d'actes notariés. Droit des personnes et droit patrimonial de la famille* (C. DE WULF éd.), Waterloo, Kluwer, 2013, p. 3.

(31) Sur l'ancien droit : Ch. AUGHET, in *Précis de droit de la famille* (A.-Ch. VAN GYSEL dir.), 1<sup>re</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 46 et s. ; A. KOHL, « L'absence », *Rép. not.*, t. I, l. I, Bruxelles, Larcier, 1988 ; Y. LELEU et Y.-H. LELEU, « Réflexions au sujet d'une proposition de loi relative à l'absence et à la déclaration judiciaire de décès », *Rev. not. belge*, 1993, p. 486 ; D. VAN GRUNDERBEECK, « Afwezig (art. 112-143 B.W.) », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, feuillets mobiles.

(32) Voy. : D. VAN GRUNDERBEECK, « Art. 112 B.W. », *o.c.*, n<sup>os</sup> 7-10.

(33) Ex. : droits de succession, pension de survie (Cass., 28 novembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 1019, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1476, obs. – le jugement de déclaration d'absence vaut décès). Voy. : A. KOHL, « L'absence, deux cents ans après le Code civil », *J.T.*, 2004, p. 256.

(34) J. DEMBLON, « De la nomination d'un administrateur provisoire ou d'un gérant judiciaire », *Rev. not. belge*, 1983, p. 510.

(35) Voy. not. Ch. AUGHET, in *Précis de droit de la famille*, *o.c.*, pp. 64 et s. ; A. CULOT, « Loi du 9 mai 2007 modifiant diverses dispositions relatives à l'absence et à la déclaration judiciaire de décès », *o.c.*, p. 33 ; V. DEHALLEUX, « Absence et déclaration judiciaire de décès (lois des 9 et 10 mai 2007) », *o.c.*, p. 359 ; P. DELNOY, « Décès et absence », *o.c.*, pp. 135 et s. ; K. VERSTRAETE, « Vereenvoudiging van de afwezigheidsprocedure in codificatie van de gerechtelijke verklaring van overlijden », *T.V.W.*, 2007, p. 421.

**25-1. Présomption d'absence. Procédure.** La présomption d'absence peut être constatée par le juge de paix<sup>(36)</sup> à la demande de toute personne intéressée ou du ministère public si une personne a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence pendant au moins 3 mois sans que l'on ait eu de ses nouvelles pendant cette période, et qu'il en résulte une incertitude quant à sa vie ou à sa mort (art. 112, § 1<sup>er</sup>).

La phase intermédiaire d'envoi en possession provisoire des biens est supprimée, et avec elle l'anachronisme et la surprotection des intérêts de l'absent dont elle était la cause sous l'ancien droit<sup>(37)</sup>.

**26. (suite) Droits personnels du présumé absent.** La présomption de vie qui ne cesse d'animer l'absence durant la première phase judiciaire de celle-ci fige les droits personnels de l'absent, d'abord pour une raison de principe, ensuite parce que la plupart de ces droits sont insusceptibles d'administration par autrui<sup>(38)</sup>. Ainsi le mariage et le régime matrimonial subsistent<sup>(39)</sup>, avec les droits et obligations qui leur sont attachés.

De même, la *tutelle* ne s'ouvre pas par l'absence d'un seul parent ; le parent présent exerce seul les prérogatives de l'autorité parentale (art. 375, al. 1<sup>er</sup> ; *infra*, n° 268). Enfin, la *présomption de paternité* du mari n'est pas applicable si l'enfant naît plus de 300 jours après la date de « disparition » renseignée dans la décision constatant la présomption d'absence (art. 316 ; *infra*, n° 610-1)<sup>(40)</sup>.

**27. (suite) Droits patrimoniaux du présumé absent.** Lorsque la présomption d'absence a été constatée par le juge de paix, et pour autant que la personne présumée absente n'ait pas donné procuration à un mandataire général pour gérer ses biens<sup>(41)</sup>, le juge de paix désigne un *administrateur judiciaire* aux fins de pourvoir à la gestion du patrimoine de l'absent, tenant compte de la nature et de la composition des biens à gérer (art. 113, § 1<sup>er</sup>).

(36) Compétent parce que l'insitution, protectrice de l'absent dans cette première phase, installe une administration de son patrimoine.

(37) Sur le droit transitoire, et notamment les possibilités d'adaptation d'anciennes décisions aux nouvelles dispositions relatives à l'administration des biens de l'absent : C. AERTS, « Wijziging van het overgangsrecht inzake afwezigheid », *T. Fam.*, 2008, p. 175 et p. 65 ; Ch. AUGHET, in *Précis de droit de la famille*, o.c., pp. 90-92.

(38) Y.-H. LELEU, « La capacité juridique. Notions générales », o.c., n° 18.

(39) La présomption d'absence ne fait pas obstacle à la possibilité pour le cohabitant légal de l'absent de mettre fin unilatéralement à la cohabitation (art. 1476, § 2, al. 2, C. civ.).

(40) Si le mari réapparaît ou s'il est prouvé qu'il était en vie durant la période légale de conception, la présomption de paternité n'est pas appliquée à l'enfant de manière rétroactive, mais seulement pour le futur (G. VERSCHELDEN, « Afstamming », in *A.P.R.*, Malines, Kluwer, 2004, p. 176, n° 275).

(41) Si la personne disparue est *mariée*, le régime matrimonial primaire permet une prise en charge beaucoup plus efficace de ses intérêts par une substitution de pouvoirs en faveur du conjoint présent (art. 220, § 2, et 1420). Ces mesures subsistent et les pouvoirs du conjoint priment ceux de l'administrateur judiciaire (art. 115, § 3, al. 1<sup>er</sup> ; comp. en matière d'administration provisoire, *infra*, n° 179).

La loi ne renvoie pas à l'administration réformée par la loi du 17 mars 2013 et élabore encore un régime complet inspiré de l'ancienne administration provisoire, ce qui est regrettable d'un point de vue légistique.

Une fois en charge, l'administrateur judiciaire dresse dans le mois un état de la situation patrimoniale de l'absent présumé et le transmet au juge de paix, auquel il rendra compte annuellement de sa gestion (art. 114, § 1<sup>er</sup>).

Sauf mention spéciale dans l'ordonnance<sup>(42)</sup> ou investiture du conjoint de l'absent de pouvoirs de représentation en vertu du régime matrimonial, l'administrateur judiciaire représente le présumé absent dans tous les actes juridiques et procédures.

Une autorisation spéciale du juge de paix est nécessaire pour l'accomplissement des actes listés dans l'article 115, § 3, alinéa 2, du Code civil. L'examen de ces actes sera fait pour l'administration (art. 499/7, *infra*, n<sup>os</sup> 184 et s.), sachant que les deux listes ne sont pas parfaitement identiques.

En raison de l'abrogation des articles 136 et 137 du Code civil, l'absent présumé est désormais *apte à hériter*. Le législateur n'opère plus de distinction entre les biens de l'absent existant au jour de sa disparition et les droits qui lui échoient après par succession. Si le présumé absent est appelé à une succession, il y sera représenté par son administrateur judiciaire (art. 116, al. 1<sup>er</sup>), ou par un mandataire qu'il aurait désigné, ou, à défaut des deux, par un notaire désigné par le juge de paix (art. 116, al. 2). Les biens dont il hérite font partie de son patrimoine et sont gérés en principe par son administrateur judiciaire<sup>(43)</sup> : le fait que l'absent succède et que sa part de succession soit administrée protège mieux qu'auparavant les intérêts de l'absent successible, mais pourrait alourdir la liquidation de la succession<sup>(44)</sup>. Cette modification est pourtant cohérente avec l'esprit de la réforme, et de nature à encourager les familles à diligenter la procédure de déclaration d'absence.

(42) Rappr., sous l'ancien droit : Civ. Liège, 4 mars 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 893 (mainlevée d'une inscription hypothécaire). Ses pouvoirs sont définis par le jugement : A. KOHL, « L'absence », n<sup>o</sup> 17 ; D. VAN GRUNDBERBECK, « Art. 112 B.W. », *o.c.*, n<sup>o</sup> 24.

(43) Cette solution est controversée et critiquée en opportunité. En ce sens : V. DEHALLEUX, « Absence et déclaration judiciaire de décès (lois des 9 et 10 mai 2007) », *o.c.*, p. 336, n<sup>o</sup> 7 ; J.-F. TAYMANS, « Le règlement d'une succession à laquelle est appelé un 'absent' (ou : de certains effets regrettables de la loi du 9 mai 2007) », *Rev. not. belge*, 2007, pp. 659 et s., n<sup>os</sup> 11 et s. ; *contra* : M. GRÉGOIRE, « Contre vue », *Notamus*, 2008, pp. 43-45. Il est également soutenu, à tort selon nous, que l'aptitude du présumé absent à succéder ne serait effective que moyennant une adaptation en ce sens de l'article 725 du Code civil (Ch. AUGHET, in *Précis de droit de la famille*, *o.c.*, p. 84) ; or le présumé absent « existe » au sens de cet article.

(44) V. DEHALLEUX, « Absence et déclaration judiciaire de décès (lois des 9 et 10 mai 2007) », *o.c.*, p. 366 ; J.-F. TAYMANS, « Le règlement d'une succession à laquelle est appelé un 'absent' (ou : de certains effets regrettables de la loi du 9 mai 2007) », *o.c.*, pp. 659 et s., n<sup>os</sup> 13 et s.

**28. La déclaration d'absence. Effets personnels et patrimoniaux.** Au terme d'une période de 5 ans à dater du jugement qui a constaté l'absence ou de 7 ans à dater des dernières nouvelles de l'absent, l'absence pourra être déclarée par le tribunal de la famille<sup>(45)</sup>, à la demande de toute personne intéressée (art. 118, § 1<sup>er</sup>), publiée au *Moniteur belge* et dans deux journaux quotidiens (art. 119).

La décision déclarative d'absence ne peut intervenir qu'un an après la dernière de ces publications (art. 120, al. 1<sup>er</sup>). Elle tient lieu d'acte de l'état civil, reçoit la même publicité que la demande (art. 120, al. 2) et produit tous les effets du décès dès sa transcription (art. 121), à savoir notamment l'ouverture de la succession, la dissolution du mariage<sup>(46)</sup> et du régime matrimonial.

Une succession échue à la personne déclarée absente est dévolue comme si elle n'existait pas au jour de son ouverture. La représentation successorale du déclaré absent est possible, la personne étant présumé morte (art. 744).

Si l'absent reparaît, il lui est loisible de former tierce opposition au jugement déclaratif d'absence (art. 122, al. 1<sup>er</sup>), ce qui entraînera rectification des actes d'état civil modifiés<sup>(47)</sup>. Le jugement de rectification est publié au *Moniteur belge* et dans des journaux quotidiens (art. 123)<sup>(48)</sup>. L'absent retrouvera ses biens dans l'état où ils se trouvent et le prix de ceux qui auraient été aliénés. Son mariage et son régime matrimonial restent dissous. Il est toutefois mis fin aux mesures ayant pu être prises à l'égard de ses enfants mineurs (art. 124)<sup>(49)</sup>.

## SECTION 2

### L'état des personnes

**29. Notion. Division.** L'état des personnes est l'ensemble des qualités, dotées d'effets juridiques, déterminant la situation d'une personne sur trois plans : individuel, familial et citoyen. Les qualités personnelles aident notamment à identifier (nom, sexe, domicile) ou à déterminer la capacité juridique de l'individu (âge, état mental) ; les qualités relationnelles

(45) Compétent parce que l'institution, protectrice des tiers et des héritiers de l'absent dans cette seconde phase, est proche d'une présomption de décès.

(46) L'article 139 du Code civil, qui prescrivait le contraire et que seul l'absent pouvait reprocher une bigamie à son conjoint qui aurait réussi à se remarier, a été abrogé (*supra*, n° 26).

(47) La preuve de l'existence de l'absent après la décision définitive de déclaration d'absence permet les mêmes rectifications (art. 122, al. 2).

(48) Voy. sous l'ancien droit : Civ. Liège, 18 février 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1052, obs. A. KOHL.

(49) Sur les solutions données aux autres droits échus à l'absent (ex. : paiement d'arrérages de rente viagère (art. 13983), exercice du droit de retour conventionnel), voy. : D. VAN GRUNDERBEECK, « Art. 135 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n<sup>os</sup> 8-17.

situent celui-ci dans son entourage (état d'époux, de parent, d'allié) ; enfin, les qualités citoyennes déterminent ses droits et devoirs envers la communauté (domicile, nationalité).

Comme ces effets juridiques sont primordiaux pour l'agencement des rapports sociaux, le législateur a généré un corps de règles communes à toutes les composantes de l'état des personnes au sens strict. Ces règles sont inapplicables comme telles à d'autres facteurs de différenciation (ex. : profession, patrimoine)<sup>(50)</sup>, sachant que certains d'entre eux sont bannis de la sphère juridique par respect des droits fondamentaux de la personne (art. 14 C.E.D.H. *a contrario*) (ex. : convictions philosophiques, ethnie, appartenance politique, orientation sexuelle)<sup>(51)</sup>. Dans la conception de ces règles, le législateur doit composer avec deux données antagonistes : les qualités déterminantes de l'état de la personne changent au cours de sa vie ; la fonction sociale de l'état des personnes exige stabilité et traçabilité. Notamment pour ces raisons<sup>(52)</sup>, le législateur a élevé l'état des personnes au rang de statut d'ordre public<sup>(53)</sup> et inscrit ses variations dans un système d'actions réglementées.

La présente section est consacrée à l'examen des règles communes à toutes les composantes de l'état des personnes et aux règles de preuve de l'état par les actes de l'état civil.

**30. Nationalité et état (des personnes).** Certains auteurs justifient la nécessité de ne pas extraire le droit de la nationalité du droit des personnes en accentuant les liens de cette matière avec le droit civil<sup>(54)</sup>. La nationalité fut un temps réglementée dans le Code civil, mais elle fait actuellement l'objet d'une loi du 28 juin 1984, un Code de la nationalité belge modifié régulièrement pour des motifs (géo)politiques en rapport avec l'intégration des personnes de nationalité étrangère en Belgique. Sans rompre avec la tradition d'inclure la nationalité (acquise) dans les composantes de l'état des personnes<sup>(55)</sup>, mais seulement avec celle de la traiter

(50) Voy. : A. POUSSON, « L'identité professionnelle », in *L'identité de la personne humaine* (J. POUSSON-PETIT éd.), Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 565.

(51) Voy. : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., pp. 81-82, n° 114.

(52) Sur d'autres motivations, politiques, de nature à conforter le pouvoir en place, et confirmant la nature hétéronomiste de la société de cette époque (*supra*, n° 6) : J.-L. RENCHON, « Le droit de la personne et de la famille : de l'indisponibilité à l'autodétermination ? », in *Un héritage Napoléonien. Bicentenaire du Code civil en Belgique* (D. HEIRBAUT et G. MARTYN éd.), Malines, Kluwer, 2005, p. 99.

(53) M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public », in *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, P.U.F., 1993, p. 317 et in *La personne, la famille et le droit. 1968-1998. Trois décennies de mutations en occident*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1999, p. 135 ; A.-Ch. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, o.c., p. 35.

(54) Voy. not. : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 198, n° 18.

(55) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *l.c.* ; M. EKELMANS, in *Précis de de la famille*, o.c., p. 165 ; A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed : theorieën over personen- en gezinsrecht rond*

dans ce cadre, nous pensons que les *normes* qui la régissent relèvent plus du droit public interne et international<sup>(56)</sup>, du droit des étrangers et du droit international privé<sup>(57)</sup>. Le fait qu'elle soit transmise en droit belge principalement *jure sanguinis*, c'est-à-dire par la filiation, n'est pas un argument décisif en sens contraire : le *jus soli* est omniprésent dans les critères de transmission et, de surcroît, mieux adapté que le premier à la fonction régulatrice de la nationalité en matière d'accueil des étrangers. Le lien entre la nationalité et le droit des personnes doit donc être ramené à de justes proportions – peut-être uniquement à celui des droits fondamentaux<sup>(58)</sup> – autant pour ces raisons de principe que par aveu d'humilité face à une discipline de moins en moins proche du droit civil<sup>(59)</sup>.

*een syllabus van de Belgische techniek*, 3<sup>e</sup> éd., o.c., p. 52, n° 122 ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., pp. 99 et s. Sur la preuve de la nationalité par les actes de l'état civil et la substitution possible d'un acte de notoriété à un acte de naissance manquant dans une procédure d'acquisition de nationalité : *infra*, n° 59.

(56) Une nouvelle notion émerge dans le cadre de l'Union européenne – la *citoyenneté européenne* – non destinée à se substituer aux nationalités étatiques, mais à s'y ajouter pour, au stade actuel, accroître le sentiment d'intégration européenne. La Cour de justice des Communautés européennes y a fait allusion dans une affaire relative au changement administratif de nom dans ses rapports avec la liberté d'établissement (C.J.C.E., 2 octobre 2003, *Garcia Avello c. Belgique*, A.J.D.A., 2004, p. 320, obs. C. LAMBERT, J. BELORGEY et S. GERVASONI ; *CML Rev.*, 2007, p. 141, note T. ACKERMANN, *J.D.I.*, 2004, p. 1219, note S. POILLOT-PERUZZETTO, *D.*, 2004, p. 1476, note M. AUDIT, *J.L.M.B.*, 2004, p. 380, note C. STAUDI, *J.T.D.E.*, 2004, p. 48, *R.C.D.I.P.*, 2004, p. 185, note P. LAGARDE, *Rev. dr. étr.*, 2004, p. 71, *Rec. C.J.C.E.*, 2003, I, p. 11613, concl. F. JACOBS, *Rev. not. belge*, 2005, p. 251, *Rev. trim. dr. europ.*, 2004, p. 559, note A. ILIOPOULOU, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 299, *R.W.*, 2004-2005, p. 638, obs. J. MEEUSEN, *T.B.P.*, 2004, p. 500, obs. P. FOUBERT, *T. Vreemd.*, 2004, p. 4. Voy. en doctrine, not. : M. BENLOLO CARABOT, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007 ; A. ILIOPOULOU, « What's in a name ? Citoyenneté, égalité et droit au nom. À propos de l'arrêt *Garcia Avello* », *Rev. trim. dr. europ.*, 2004, p. 565.

(57) Voy. not. : F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, t. II, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2005, n<sup>os</sup> 5.32 et s.

(58) Le droit à une nationalité est un droit fondamental, principalement dirigé contre l'apatridie, non explicitement protégé par la Convention européenne des droits de l'homme, mais bien par la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 15), par la Convention européenne sur la nationalité du 6 décembre 1997 (art. 4(a)), par la Convention de New York sur les droits de l'enfant (art. 7). Voy. : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van het personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., pp. 146-153.

(59) Voy. : C. AERTS, « Nationaliteit », in *Comm. Pers.*, Malines, Kluwer, feuillets mobiles ; Ch.-L. CLOSSET et B. RENAULD, *Traité de la nationalité en droit belge*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2004 ; M. EKELMANS, in *Précis de droit de la famille*, o.c., pp. 165 et s. ; J. ERAUW, K. JANSEGGERS, H. VAN HOUTTE, C. CLIJMANS, K. ROOX, J. VERHELLEN, V. DE RUYCK, M. TRAESE et P. WAUTELET, « Internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht. Overzicht van rechtspraak (1998-2006) », *T.P.R.*, 2006, p. 1365 ; G.-R. DE GROOT et M. VINK, *Meervoudige nationaliteit in Europees perspectief*, Den Haag, ACVZ, 2008 ; G.-R. DE GROOT, « Conditions for acquisition of nationality by operation of law or by lodging a declaration of option », in *Migration, Integration and Citizenship* (H. SCHNEIDER éd.), Forum, Maastricht, 2005, p. 187 ; G.-R. DE GROOT, « Towards a European Nationality Law – Vers un droit européen de la nationalité (leçon inaugurale) », in *Migration, Integration and Citizenship* (H. SCHNEIDER éd.), Forum, Maastricht, 2005, p. 13 ; A. HEYVAERT, « Wetboek van de Belgische nationaliteit », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, feuillets mobiles ; M. LIÉNARD-LIGNY, « Nationalité belge et statut personnel depuis la loi du 28 juin 1984 », *Ann. dr. Liège*, 1985, p. 195 ; M. LIÉNARD-LIGNY, « Nationalité belge et bipatridie, une nouvelle étape », *Act. dr.*, 1992, p. 769 ; B. RENAULD, « Les nouvelles conditions d'accès à la nationalité », *Rev. b. dr. const.*, 2007, pp. 19-37, « Le code de la nationalité version 2007 », *Rev. dr. étr.*, 2007, p. 3 et « La déchéance de la nationalité pour manquements graves aux devoirs de citoyen belge », *Rev. dr. étr.*, 2009, pp. 18-19.

## § I. Caractères généraux

### I. L'état des personnes relève de l'ordre public

**31. Indisponibilité.** L'état de la personne est soustrait à sa volonté autonome<sup>(60)</sup> et lui est imposé par la loi, mais il n'est pas immuable, car les qualités qui le fondent peuvent changer. L'indisponibilité de l'état implique, d'une part, l'interdiction d'en disposer par convention et, d'autre part, l'obligation de recourir aux *procédures légales de constatation ou de changement d'état*.

Les conventions portant sur un élément de l'état des personnes (ex. : clause de viduité, limitation du droit de rupture de la communauté de vie, filiation) sont nulles (art. 1128), sauf si la loi ouvre un espace à l'autonomie de la volonté (ex. : reconnaissance paternelle, convention de gestation pour autrui limitée au domaine de la maîtrise de son corps par la mère de substitution), volonté que la loi encadre généralement par une intervention judiciaire (ex. : divorce par consentement mutuel, adoption) ou administrative avec recours judiciaire (ex. mariage, modification de la mention du sexe d'une personne transsexuelle).

Seuls l'état au sens strict et ses attributs directs<sup>(61)</sup> sont indisponibles, et non les droits qui en dérivent (ex. : droits successoraux dans une succession ouverte) ni les actions qui les sanctionnent (*infra*, n° 35), pas plus que certaines données factuelles ou corporelles qui l'ont déterminé (ex. : séparation de fait, prénom d'usage, filiation biologique incestueuse, conversion sexuelle chirurgicale ...).

Aussi, en raison de la variabilité des critères de l'état de la personne, il peut arriver que celui-ci soit en contradiction avec les faits jusqu'à l'issue favorable d'une procédure réglementée de changement ou de constat : le transsexuel doit subir juridiquement son ancien sexe jusqu'à la modification administrative de celui-ci (art. 62*bis* et 62*ter*) ; le mari de la mère doit assumer sa paternité jusqu'à la contestation de celle-ci (art. 318) ou jusqu'à la reconnaissance par le père biologique (art. 320).

**32. Imprescriptibilité.** L'état ne s'acquiert ni se perd par le seul écoulement du temps. Son imprescriptibilité est un corollaire de son caractère

(60) Dans le même sens : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 86, n° 75, A ; J.-L. RENCHON, « Le droit de la personne et de la famille : de l'indisponibilité à l'autodétermination », p. 99 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n°s 56-57. Comp. : A.-Ch. VAN GYSEL et N. MASSAGER, « Les limites de l'autonomie de la volonté en droit des personnes », in *L'ordre public, concept et applications* (J.-F. ROMAIN, M. GRÉGOIRE et V. SIMONART éd.), Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 191.

(61) Ex. : prérogatives de l'autorité parentale, obligation alimentaire (H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 87, n° 76).

hors commerce (art. 2226)<sup>(62)</sup>. Le temps consacré à « posséder un état » n'est pris en considération qu'à titre de fait dans le cadre de certaines actions d'état (ex. : désunion irrémédiable établie par une séparation de fait – art. 229, §§ 2 et 3 ; cohabitation de longue durée et adoption – art. 343, § 1<sup>er</sup>, b). La « possession d'état » n'est pas constitutive de droits en matière de filiation, mais surtout probatoire, et de moins en moins confirmative (*infra*, n<sup>os</sup> 620-621).

L'imprescriptibilité ne vise que l'état au sens strict, non les actions d'état, le plus souvent assorties de délais de prescription (*infra*, n<sup>o</sup> 36).

**33. Indivisibilité.** Toute personne a un seul état ; elle ne peut présenter que *successivement* des caractéristiques antinomiques de l'état des personnes (ex. : mariée puis divorcée, mineure puis majeure)<sup>(63)</sup>.

## 2. Caractères des actions d'état

**34. Notion. Compétence exclusive du tribunal de la famille.** Une action d'état a pour objet le constat, la modification ou la destruction d'un élément de l'état. Dans la logique d'ordonnancement social qui préside à l'état des personnes, les actions d'état visent à la fois à le protéger et à l'adapter aux circonstances changeantes. Ces actions obéissent donc à des règles communes, semblables à celles qui gouvernent l'état des personnes, mais adaptées à la diversité de leur objet et au fait qu'elles soient mues par une volonté.

Nous n'entrons pas dans la controverse, théorique, sur le sens large et le sens strict (uniquement les actions en matière de filiation) à conférer à la notion d'action d'état<sup>(64)</sup>. Plus pertinente en pratique est la distinction entre, d'une part, les actions en *constatation* – positive ou négative – d'un état (préexistant), notamment dotées d'un effet rétroactif (ex. : recherche ou contestation de paternité, annulation de mariage) et, d'autre part, les actions en *changement* d'état, qui ne valent que pour l'avenir (ex. : mariage, divorce, interdiction). Enfin, il convient de distinguer action d'état et action en rectification d'un acte de l'état civil (*infra*, n<sup>o</sup> 64)<sup>(65)</sup>.

(62) L'imprescriptibilité est la règle à l'égard des choses hors commerce (art. 2226), par dérogation à la règle de principe figurant à l'art. 2262.

(63) Cass., 20 juin 1996, *Pas.*, 1996, p. 667, *R.W.*, 1997-1998, p. 234 ; A.-Ch. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, o.c., p. 39.

(64) Pour plus de détails : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 95, n<sup>o</sup> 83.

(65) Liège, 16 octobre 2007, *J.T.*, 2008, p. 531, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1358 (procédures distinctes).

Le tribunal de la famille est seul compétent pour connaître des actions relatives à l'état des personnes (art. 569, 1° et 572*bis*, 1°, C. jud.)<sup>(66)</sup>. Cette règle connaît peu d'exceptions<sup>(67)</sup>.

**35. Indisponibilité. Acquiescement et désistement.** On estime traditionnellement que si les parties sont libres d'intenter une action d'état, celle-ci, une fois introduite, suit son cours indépendamment de leur volonté parce que le changement d'état résulte de la loi. Serait dès lors prohibé tout accord de droit privé entre parties (ex. : transaction), tout acquiescement ou désistement.

On nuance ce principe en précisant que ces actes ne sont interdits que s'ils ont pour effet de *modifier* l'état de la personne concernée en dehors de l'intervention du juge (ex. : désistement d'appel d'une décision prononçant le divorce), mais non s'ils contribuent au *maintien* de l'état existant (ex. : défaut de comparution dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel, désistement d'appel d'une décision rejetant le divorce)<sup>(68)</sup>.

Cette conception traditionnelle a été révisée en matière de *divorce* par la jurisprudence avant la dernière réforme législative (2007) pour d'évidents motifs d'économie de procédure : le désistement d'appel contre un jugement prononçant le divorce est admis s'il n'est pas collusoire (*infra*, n° 455).

En matière de *filiation*, l'article 331*quater* du Code civil interdit la renonciation à l'action<sup>(69)</sup>, mais l'article 331*quinquies* accrédite la possibilité d'un désistement (*infra*, n° 613)<sup>(70)</sup>. Cette précision légale n'est pas surabondante : l'indisponibilité est appréciée plus sévèrement en cette matière, impliquant un enfant, et concerne également l'action visant à conforter un état préexistant. C'est qu'il ne peut se concevoir qu'une filiation, de préférence conforme à la vérité biologique.

(66) Cette règle est rappelée par l'art. 331 en matière de filiation (art. 331, § 2). Voy. : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., pp. 102-103, n° 89, *litt. A*.

(67) Ex : la compétence relative aux demandes en constat de présomption d'absence est désormais déferée au juge de paix (art. 591, 16°/2, C. jud., réd. L. du 8 mai 2014). Comp. en matière de transsexualisme, où l'officier de l'état civil est compétent en première ligne (art. 62*bis*) : *infra*, n° 91.

(68) Cass., 10 novembre 1977, *Pas.*, 1978, I, p. 289 ; Cass., 26 septembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 94 ; H. BOULARBAH, « Le désistement d'appel et l'acquiescement sont-ils (encore) prohibés en matière de divorce ? », *Div. Act.*, 2000, p. 147 ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 98, n° 87, *litt. A*. Voy. aussi : G. HORMANS et J. van COMPERNOLLE, « L'acquiescement et le désistement en matière de divorce et de séparation de corps », *J.T.*, 1967, p. 457.

(69) Pour une extension à l'action alimentaire non déclarative de filiation (art. 336) : Cass., 7 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 346, R.W., 1994-1995, p. 444.

(70) Comp. : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 106, n° 91. Selon ces auteurs, l'article 331*quinquies* se borne à déclarer le désistement opposable aux héritiers, sans se prononcer sur sa validité.

**36. Prescriptibilité.** Toute action en justice est soumise à un délai de prescription (art. 2262 et s.). Malgré leur objet hors commerce, les actions d'état n'y font pas exception : la possibilité de prescrire est la règle. Soit la loi fixe des délais, le cas échéant dérogoires au droit commun<sup>(71)</sup>, soit elle ne se prononce pas, auquel cas la possibilité de prescrire doit être admise<sup>(72)</sup>. Par ailleurs, quelques actions d'état ne se conçoivent qu'en fonction d'une situation qui peut disparaître après un certain temps (ex. : état mental). Le principe de prescriptibilité des actions d'état est mis à mal en droit de la filiation, sous l'influence de la Cour constitutionnelle, en raison de son abstraction pouvant contrarier les intérêts des individus en présence (*infra*, n° 645).

**37. Caractère personnel.** En raison de l'objet de la plupart des actions d'état et en dépit de leurs répercussions patrimoniales parfois conséquentes, elles ne peuvent être exercées par toute personne intéressée au sens des articles 17 et 18 du Code judiciaire<sup>(73)</sup>. Cette particularité prive les *créanciers* de la personne du droit d'agir par voie oblique (art. 1166 *in fine*), les *héritiers* d'initier le procès et un *représentant* d'agir ou de défendre au nom de la personne, le tout sauf exceptions légales<sup>(74)</sup>.

Plusieurs actions d'état sont attribuées par la loi à un nombre défini de titulaires, au rang desquels figurent la personne concernée, ses proches<sup>(75)</sup> et parfois le ministère public<sup>(76)</sup>. Si ce dernier n'agit pas en vertu d'un droit propre<sup>(77)</sup>, il peut diligenter l'action en défense de l'ordre public sur la base de l'article 138, alinéa 2, du Code judiciaire<sup>(78)</sup>. Toute action d'état mettant en cause un mineur ou un incapable lui est communiquée (art. 764, 1°, C. jud.).

**38. Autorité absolue de la chose jugée.** Par dérogation au droit commun (art. 23, C. jud.), l'autorité de la chose jugée des décisions rendues en matière d'état des personnes est absolue parce que l'état est indivisible et intéresse l'ordre public<sup>(79)</sup>. Même si toutes les personnes concernées n'ont

(71) Ex. : filiation – art. 331*ter* ; nullité de mariage – art. 185.

(72) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes, o.c.*, p. 99, n° 87, *litt. C.*

(73) Comp. sous l'ancien droit, la contestation de reconnaissance ouverte à toute personne intéressée ; actuellement, elle est réservée (*infra*, n°s 642-643).

(74) Notamment en matière de filiation (*infra*, n°s 613 et 667).

(75) Ex. : annulation de mariage (art. 180 et s.), contestation de paternité et de maternité (art. 318, § 1<sup>er</sup> et 312, § 2).

(76) Qui consulte annuellement les registres de l'état civil (art. 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, A.R. du 10 juillet 1847).

(77) Ex. : nullité absolue de mariage (art. 184, 190 et 191), révocation d'adoption (art. 354-1), mise sous statut de minorité prolongée (art. 487*ter*).

(78) En matière de filiation : G. MAHIEU et D. PIRE, « La filiation », *Rép. not.*, t. I, l. XII, Bruxelles, Larcier, 1999, n° 164.

(79) Pour plus de détails et des réserves quant à la notion même d'autorité « absolue » de chose jugée : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes, o.c.*, pp. 108 et s., spéc. p. 111, n° 98.

pas été parties à l'instance, elles sont tenues de respecter la décision pour des raisons de sécurité juridique et de stabilité des rapports sociaux. Cette règle est énoncée par la loi en matière de filiation (art. 331*decies*)<sup>(80)</sup> et admise dans les autres domaines de l'état des personnes.

## § 2. La preuve de l'état des personnes par les actes de l'état civil

**39. Bibliographie.** J. DE BURLET et F. RIGAUX (éd.), *Traité de l'état civil*, t. I, *Les relations internes*, Bruxelles, Larcier, 1978 ; E. DEBUSSCHER, « De afschaffing van de parafering en de merking van de registers van de burgerlijke stand door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg », *N.N.K.*, 2010, p. 36 ; J.-F. FLAUSS, « État civil et droit communautaire », in *Mélanges Fritz Sturm* (J.-F. GERKENS e.a. éd.), Liège, Éditions juridiques de l'Université de Liège, 1999, vol. II, p. 1469 ; F. GRANET, « L'application en matière d'état civil des principes posés par la Convention européenne des droits de l'homme dans les États membres de la Commission internationale de l'état civil », *Rev. trim. dr. europ.*, 1997, p. 653 ; H. LAPERE, « Problèmes juridiques relatifs à l'état civil de la personne et à la fonction de l'officier de l'état civil et du personnel de son service », *J.T.*, 1996, p. 258 ; J. LAPERE, *Loketboek Burgerlijke Stand. Akten en registers van de burgerlijke stand*, Bruges, Vanden Broele, 2013 ; C. LEPINOIS et A.-Ch. VAN GYSEL, « L'état des personnes, les officiers d'état civil et le droit administratif », *Act. dr. fam.*, 2009, p. 1 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « Les difficultés relatives à la preuve de l'État civil des étrangers en Belgique : perspectives de solutions », *Rev. dr. étr.*, 2009, p. 333 ; K. VERSTRAETE, « Vereenvoudiging van procedure tot verbetering van de akten van de burgerlijke stand bij materiële misslagen », *T.V.W.*, 2007, p. 434.

**40. Notions. Division.** L'état des personnes relevant de l'ordre public en raison de l'importance de sa fonction sociale, la preuve de ses éléments fait l'objet de normes précises assurant la fiabilité et la pérennité des modes de preuve, et conciliant les impératifs de publicité et de respect de la vie privée. L'état civil bénéficie d'ailleurs d'une protection constitutionnelle (art. 164 Const.). La dimension internationale de l'état civil croît avec la mobilité<sup>(81)</sup> et son impact sur la liberté de circulation des

(80) Les tiers peuvent former tierce opposition (art. 331*decies*, al. 1<sup>er</sup> *in fine*), mais ce risque de remise en cause de la décision est réduit par la faculté reconnue au juge de convoquer les intéressés et opposants potentiels pour les rendre parties au procès (art. 331*decies*, al. 2). Pour plus de détails : A.-Ch. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, o.c., p. 49.

(81) La Commission Internationale de l'État Civil prend des initiatives en matière d'harmonisation de l'état civil et encourage la coopération dans ce domaine (voy. : J.-M. BISCHOFF, « La Commission Internationale de l'État Civil (C.I.E.C.) », in *Le droit de la famille en Europe. Son évolution depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours* (R. GANGHOFFER éd.), Strasbourg, Presses universitaires, 1992, p. 85 ; K. UYTTERHOEVEN, « Het CIEC-verdrag nr. 29 van 12 september 2000 betreffende de erkenning van beslissingen die een geslachtsverandering vaststellen », *F.J.R.*, 2002, p. 168). Il s'agit notamment d'éviter les fraudes (I. GUYON-RENNARD, « La fraude en matière d'état civil dans les États membres de la CIEC », *R.C.D.I.P.*, 1996, p. 541).

citoyens est pris en considération au niveau de l'Union européenne<sup>(82)</sup>. Dans la mesure où il rassemble des informations personnelles, l'état civil entre dans la sphère de protection de la vie privée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>(83)</sup>.

Les actes de l'état civil sont des actes authentiques destinés à fournir une preuve certaine de l'état d'une personne en constatant les faits de nature à influencer celui-ci<sup>(84)</sup>. Dressés par des fonctionnaires publics et inscrits dans des registres publics, ils constituent – sauf exception légale – la preuve exclusive de l'état des personnes. Pour autant, ils ne permettent pas d'en prouver toutes les composantes : des lacunes subsistent sur le plan de la capacité et de la nationalité<sup>(85)</sup>.

Nous décrivons d'abord l'organisation de l'état civil, ensuite divers actes et leur force probante, pour terminer par un commentaire des actions en rectification des actes de l'état civil.

## I. Organisation de l'état civil

### 1° Les officiers de l'état civil

**41. Niveau communal.** La Constitution confie la gestion de l'état civil aux autorités communales (art. 164 Const.), le législateur civil ayant élaboré l'état civil au départ d'une laïcisation des registres paroissiaux du clergé catholique<sup>(86)</sup>. On compte un officier d'état civil par commune ou par district de commune importante, ce qui est souvent insuffisant

(82) C.J.C.E., 2 décembre 1997, *Dafeki*, R.C.D.I.P., 1998, p. 239, note G. DROZ, *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 247, *J.T.T.*, 1998, p. 245, *Rev. dr. étr.*, 1999, p. 83, note S. FRANCO ; C.J.C.E., 30 mars 1993, *Konstantinidis*, T. Not., 1993, p. 413, *Rev. not. belge*, 1994, p. 567, *E.R.P.L.*, 1995, p. 483, *Rev. trim. D. H.*, 1994, p. 445, note J.-F. FLAUSS ; rappr. : C.J.C.E., 2 octobre 2003, *Garcia Avello c. Belgique*, A.J.D.A., 2004, p. 320, obs. C. LAMBERT, J. BELORGEY et S. GERVASONI, *CML Rev.*, 2007, p. 141, note T. ACKERMANN, *J.D.I.*, 2004, p. 1219, note S. POILLOT-PERUZZETTO, D., 2004, p. 1476, note M. AUDIT, *J.L.M.B.*, 2004, p. 380, obs. C. STAUDT, *J.T.D.E.*, 2004, p. 48, R.C.D.I.P., 2004, p. 185, note P. LAGARDE, *Rev. dr. étr.*, 2004, p. 71, *Rec. C.J.C.E.*, 2003, I, p. 11613, concl. F. JACOBS, *Rev. not. belge*, 2005, p. 251, *Rev. trim. dr. europ.*, 2004, p. 559, note A. ILIOPOULOU, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 299, R.W., 2004-2005, p. 638, obs. J. MEEUSEN, T.B.P., 2004, p. 500, obs. P. FOUBERT, T. *Vreemd.*, 2004, p. 4 ; C.J.C.E., 14 octobre 2008, *Grunkin-Paul*, *Juristenkrant*, 2008, p. 20, obs. J. DE MEYER, T. *Vreemd.*, 2009, p. 58, obs. H. VERSCHUEREN. Voy. : M. FALLON, « Droit familial et droit des Communautés européennes », o.c., p. 379 ; J.-F. FLAUSS, « État civil et droit communautaire », in *Mélanges Fritz Sturm* (J.-Fr. GERKENS e.a. éd.), Liège, Éditions juridiques de l'Université de Liège, 1999, vol. II, p. 1469.

(83) Civ. Mons, 10 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 652 (transsexuel ; *infra*, n° 89). Voy. not. : F. GRANET, « L'application en matière d'état civil des principes posés par la Convention européenne des droits de l'homme dans les États membres de la Commission internationale de l'état civil », *Rev. trim. dr. europ.*, 1997, p. 653 ; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., pp. 153 et s.

(84) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., pp. 258-259, n° 257.

(85) *Ibid.*, pp. 267-268, n° 263 ; A.-Ch. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, o.c., p. 44.

(86) Voy. : J. CARBONNIER, « The secularization of the civil status », in *Current problems in the law of the persons in the ICCS states. Proceedings of the colloquy organized to mark the 50 years of existence*

s'agissant en principe du bourgmestre<sup>(87)</sup>. D'où résultent des délégations de compétences, quasi généralisées au profit d'un échevin et vers d'autres échelons administratifs (art. 44/1, al. 1<sup>er</sup>, réd. L. du 14 janvier 2013).

L'officier de l'état civil est compétent pour dresser les actes relatifs à des faits survenus sur le territoire de sa commune<sup>(88)</sup>. Il répond personnellement des fautes commises dans l'exercice de ses fonctions (art. 51, 52, 68)<sup>(89)</sup>, sans préjudice de sanctions disciplinaires ou pénales<sup>(90)</sup>, le tout révélant l'importance accordée par le législateur à sa mission.

**42. Situations extraterritoriales.** Sont dotés d'une compétence spéciale en matière d'état civil, les habilitant à dresser des actes relatifs à des citoyens belges hors du territoire national, les agents diplomatiques et consulaires belges en poste à l'étranger (L. du 12 juillet 1931)<sup>(91)</sup>, les capitaines de navires (art. 59 et 86) ou les commandants de bord d'avions (L. du 27 juin 1937)<sup>(92)</sup> et les autorités militaires basées hors du territoire (art. 88-98).

Un acte d'état civil relatif à un Belge dressé à l'étranger par les autorités locales compétentes fait foi s'il a été établi dans le respect des formes locales (art. 47)<sup>(93)</sup>.

## 2° Les registres et leur publicité

**43. Une réglementation obsolète.** L'organisation de l'état civil par le Code civil est obsolète, entièrement asservie à la conservation et à

*of the ICCS*, Strasbourg, Université Schuman, 1999, p. 16 ; G. SICARD, « L'identité. Historique », in *L'identité de la personne humaine* (J. POUSSON-PETIT éd.), Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 115.

(87) Anvers, 14 janvier 2003, *NjW*, 2003, p. 597, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 234 (somm.). Ce n'est pas le Code civil. (comp. : toutefois art. 45, § 2, al. 3), mais des normes administratives qui désignent les personnes compétentes en matière d'état civil (art. 125 à 127 de la « loi communale », A.R. du 24 juin 1988, ratifié par L. 26 mai 1989). Voy. : J. DE BURLET et F. RIGAUX (éd.), *Traité de l'état civil*, t. I, *Les relations internes*, Bruxelles, Larcier, 1978, pp. 19-20, n<sup>os</sup> 24-27.

(88) Sur la compétence de l'officier de l'état civil du premier district de Bruxelles en matière de divorce, par ex. (art. 1275 et 1303 C. jud.) : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes, o.c.*, p. 274, n<sup>o</sup> 268.

(89) Liège, 26 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1564, obs. Y.-H. LELEU, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 327, note C. PARIS (refus de l'officier de l'état civil de célébrer un mariage arguant de son caractère simulé ; il convient de l'assigner personnellement et non la commune) ; Civ. Liège, 15 avril 2002, *J.T.*, 2003, p. 365.

(90) *R.P.D.B.*, v<sup>o</sup> Acte de l'état civil, n<sup>os</sup> 24 et s.

(91) Voy. : J. SALMON, « La législation belge relative à la compétence des agents diplomatiques en matière notariale et d'état civil », in *Mélanges Jean Baugniet*, Bruxelles, Éd. Revue du Notariat Belge, 1976, p. 637.

(92) Autorisés seulement à constater décès et naissance, mais non à célébrer un mariage. Voy. et comp. : Mons, 19 mai 1998, *J.T.*, 1998, p. 599, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 255 (incompétence d'un capitaine de navire – *infra*, n<sup>o</sup> 341).

(93) Civ. Bruxelles, 21 juin 2001, *J.T.*, 2003, p. 630 (somm.) (acte de naissance supplétif dressé en vertu de l'art. 153 du Code de la famille congolais). Voy. : C. THOMASSET, « La recherche des actes d'état civil passés à l'étranger », *Div. Act.*, 1997, p. 59.

l'authenticité des actes en fonction des moyens de l'époque. Or la population s'est accrue, est plus mobile, les éléments d'extranéité plus fréquents, et les méthodes d'archivage ont évolué.

Les prescriptions selon lesquelles « les actes seront inscrits, de suite, sur les registres » « tenus doubles » (art. 40 et 42, réd. L. du 14 janvier 2013)<sup>(94)</sup> doivent, plutôt qu'être prises à la lettre, refléter les maîtres-mots de la preuve par l'état civil : fiabilité et pérennité. On acceptera donc qu'en pratique, les actes soient rédigés sur support informatique, puis imprimés sur feuilles volantes, lesquelles seront réunies dans le registre visé par l'autorité judiciaire<sup>(95)</sup>. Les juges veillent au respect de la *ratio legis* des dispositions précitées et sanctionnent lorsque la fiabilité de la preuve est compromise<sup>(96)</sup> ou lorsque l'écrit révèle l'usage, répandu, de la signature « en blanc »<sup>(97)</sup>.

**44. Contenu des registres.** Les registres d'état civil sont archivés dans les communes (art. 43 ; art. 125, nouvelle loi communale), qui tiennent au moins cinq registres légaux : actes de naissance, actes de décès, actes de mariage, actes de publications de mariage et actes de nationalité (art. 25, C. nat.)<sup>(98)</sup>. Elles peuvent organiser des registres « supplétoires » pour y rassembler d'autres actes d'état civil (ex. : divorce, reconnaissance d'enfant, adoption, etc.)<sup>(99)</sup>.

Les mentions des registres sont de trois types : des actes d'état civil *stricto sensu* dressés par l'officier compétent<sup>(100)</sup> ; des transcriptions de

(94) L'exigence selon laquelle le registre doit être « coté par première et dernière et paraphés sur chaque feuille » (art. 41) a été abrogée par la loi du 10 mars 2010 abrogeant l'article 41 et modifiant l'article 63 du Code civil ; voy., E. DEBUSSCHER, « De afschaffing van de parafering en de merking van de registers van de burgerlijke stand door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg », *N.N.K.*, 2010, p. 36.

(95) Plus critiques : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 278, n° 271 ; A.-Ch. VAN GYSEL, in *Précis de droit de la famille* (A.-Ch. VAN GYSEL dir.), 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 119.

(96) Civ. Liège, 18 décembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 72.

(97) Civ. Liège, 20 novembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 74.

(98) Pour une analyse complète des différents registres : J. LAPERE, *Loketboek Burgerlijke Stand. Akten en registers van de burgerlijke stand*, Bruges, Vanden Broele, 2013.

(99) Les déclarations de cohabitation légale sont reçues par l'officier de l'état civil et actées dans le registre de la population (art. 1478, § 1<sup>er</sup>, al. 3), qui n'est pas un registre d'état civil (*infra*, n° 60). L'officier d'état civil ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire relativement à une demande d'inscription d'une déclaration de cohabitation légale. Il s'agit d'un droit subjectif, pour lequel le Conseil d'État n'est pas compétent (C.E., 5 février 2010, *Act. dr. fam.*, 2010, p. 189, note Ch. LEPINOIS, *J.D.J.*, 2010, n° 294, p. 64 (somm.)).

(100) Fût-il étranger : art. 171 – transcription de l'acte de mariage célébré à l'étranger à la requête de l'un des conjoints (belge) sur le registre des actes de mariage de leur premier domicile en Belgique avec mention marginale sur ce même registre à la date de leur mariage.

décisions judiciaires<sup>(101)</sup> ou d'actes administratifs<sup>(102)</sup> relatifs à l'état des personnes ; des mentions marginales en regard des actes affectés par une modification de l'état<sup>(103)</sup> ou par la rectification d'une erreur (art. 1385 C. jud.).

**45. Extraits et copies.** La publicité des registres d'état civil<sup>(104)</sup> n'est pas totale en dépit de leur nature officielle<sup>(105)</sup>, pour des raisons pratiques et de protection de la vie privée. La conciliation de l'intérêt général avec celui des personnes concernées a engendré un système encadré et hiérarchisé de communication des données d'état civil (art. 45).

Les particuliers n'ont pas accès aux actes<sup>(106)</sup>, mais seulement le droit de s'en faire délivrer des extraits ou des copies, ces dernières bénéficiant d'une force probante authentique (art. 1334), le tout sous la protection du droit pénal (art. 264 C. pén.) :

- Un *extrait* peut être délivré à toute personne sans qu'elle doive justifier d'une qualité ou d'un intérêt particulier<sup>(107)</sup>, mais ne contient aucune mention relative à la filiation (art. 45, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>).
- Une *copie conforme*, reproduction de l'acte, peut être délivrée à toute personne si l'acte a plus de 100 ans (art. 45, § 1<sup>er</sup>, al. 2 *a contrario*) et seulement à certains proches de la personne concernée<sup>(108)</sup> ou certaines autorités<sup>(109)</sup> dans le cas contraire (art. 45, § 1<sup>er</sup>, al. 2). En outre, toute personne justifiant d'un intérêt familial, scientifique ou autre peut demander au tribunal de la famille l'autorisation de *faire* effectuer des recherches à propos d'une personne déterminée ou d'obtenir une copie d'acte quelle que soit sa date (art. 45, § 1<sup>er</sup>, al. 3 et 4, réd. L. du 12 mai 2014).

(101) Ex. : divorce ou séparation de corps (art. 1275, § 2, et 1303 C. jud.) ; adoption (art. 1231-19 C. jud.) ; absence (art. 121). Les communes peuvent décider de tenir un registre rassemblant ces jugements dont le dispositif impose une mention marginale (H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 279, n° 272).

(102) Ex. : changement de nom – art. 8 L. du 15 mai 1987 ; modification de régime matrimonial de conjoints dont le mariage n'a pas été célébré en Belgique – art. 1395, § 2, al. 2 ; nouveau sexe du transsexuel – art. 62bis, § 4, al. 2.

(103) Ex. : reconnaissance – art. 62, § 2 ; nouveau sexe du transsexuel – art. 62bis, § 5.

(104) Sur les actes d'état civil étrangers : Ch. THOMASSET, « La recherche des actes d'état civil passés à l'étranger », *Div. Act.*, 1997, p. 59.

(105) Sur l'application à l'état civil des principes constitutionnels en matière de transparence administrative (art. 32 Const.) : F. SCHRAM, « Openbaarheid van bestuur en de burgerlijke stand », *T.B.P.*, 1998, p. 391.

(106) Sur autorisation du tribunal de la famille (intérêt familial, scientifique ou légitime), l'on peut *faire* effectuer des recherches dans les registres (art. 45, § 1<sup>er</sup>, al. 3).

(107) Sauf pour obtenir la délivrance d'un extrait sur papier libre, exempté de droit de timbre (H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 282, n° 277).

(108) L'intéressé lui-même, son conjoint, son conjoint survivant, son représentant légal, ses parents en ligne directe, ses héritiers.

(109) Le notaire ou avocat de l'intéressé, les autorités publiques.

## 2. Les actes d'état civil

### 1° Actes en rapport avec la naissance

**46. Établissement.** L'acte de naissance est l'acte d'état civil fondateur qui signale l'entrée en société du sujet de droit. Il fait l'objet d'une réglementation détaillée (art. 55-62), transformée par l'apparition de situations inconcevables aux origines du Code civil (médicalisation de l'accouchement<sup>(110)</sup>, décès périnatal, *etc.*). C'est aussi l'acte dont on requiert le plus fréquemment la production d'un extrait.

La déclaration de la naissance et l'établissement de l'acte sont précédés par un *avis d'accouchement*, donné à l'officier de l'état civil au plus tard le premier jour ouvrable qui suit l'accouchement par un des intervenants (para)médicaux (art. 56, § 1<sup>er</sup>, al. 2). Ainsi informé, l'officier de l'état civil pourra contraindre l'émetteur de l'avis à déclarer la naissance si aucun des déclarants légaux ne se manifeste (art. 56, § 3).

La *naissance* doit être déclarée à l'officier de l'état civil du lieu d'accouchement dans les 15 jours suivant celle-ci (art. 55).

Les déclarants sont énumérés par la loi dans un ordre précis et successif distinguant selon que la mère a accouché *en milieu hospitalier ou ailleurs* : dans le premier cas (art. 56, § 1<sup>er</sup>), la déclaration incombe en principe aux père et/ou mère<sup>(111)</sup> et/ou à la coparente et, à défaut, à certaines personnes liées à l'établissement hospitalier<sup>(112)</sup> ; dans le second cas (art. 56, § 2), la déclaration incombe aux père et/ou mère et/ou à la coparente et, à défaut, à tout intervenant à l'accouchement<sup>(113)</sup>.

Le délai ne peut faire l'objet d'une prorogation, même en cas de force majeure<sup>(114)</sup>. Une déclaration tardive est irrecevable et les intéressés, en ce compris le ministère public<sup>(115)</sup>, devront introduire une procédure de rectification (au sens large) de l'acte de naissance (*infra*, n° 64)<sup>(116)</sup>.

(110) Le Code civil a été adapté par une loi du 30 mars 1984 à la quasi-généralisation de l'accouchement médicalisé (P. SENAËVE, « De wet van 30 maart 1984 inzake de geboorteangiften », *R.W.*, 1984-1985, col. 1537).

(111) En pratique, le père déclare la naissance ; si sa paternité n'est pas établie, la mère est tenue de le faire.

(112) Un avis de l'officier de l'état civil (art. 56, § 3) résout la difficulté qui se présente lorsque ces personnes ne sont pas informées de l'absence de déclaration parentale.

(113) On enseigne que l'obligation de déclaration de ces intervenants est concurrente (H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 309, n° 314, litt. B).

(114) *Ibid.*, p. 306, n° 313.

(115) P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 137.

(116) Civ. Gand, 1<sup>er</sup> février 1996, *T.G.R.*, 1996, p. 76, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 229 (somm.) (enfant né à l'étranger et dépourvu d'acte de naissance) ; Civ. Liège, 15 janvier 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 174 (somm.).

**47. Mentions.** Le contenu de l'acte de naissance est établi, officiellement depuis la réforme législative de 1984, en collaboration avec les intervenants médicaux. L'officier de l'état civil s'assure de la réalité de la naissance au moyen d'une *attestation* rédigée par un médecin ou par une accoucheuse (art. 56, § 4)<sup>(117)</sup> et dresse « sans tarder » l'acte de naissance (art. 56, § 5).

Outre le fait de la naissance, les mentions obligatoires<sup>(118)</sup> de l'acte sont (art. 57) : les jour, heure et lieu de naissance ; le nom<sup>(119)</sup>, les prénoms et sexe<sup>(120)</sup> de l'enfant ; l'identité et le domicile de la mère et ceux du père si sa filiation est établie ou de la coparente si la filiation à l'égard de celle-ci est établie ; l'identité et le domicile du déclarant le cas échéant.

Ainsi l'acte de naissance mentionne-t-il toujours le nom de la mère<sup>(121)</sup>. Combiné avec la règle d'établissement de la filiation maternelle par l'acte de naissance (art. 312), l'article 57 participe à la diffusion du principe *mater semper certa est*<sup>(122)</sup> que la Cour européenne des droits de l'homme encourage depuis l'arrêt *Marckx*, même si elle n'est pas parvenue à sanctionner la tolérance critiquable de l'accouchement anonyme en France et ses conséquences potentiellement négatives sur la vie privée et familiale de l'enfant (*infra*, n° 608).

**48. Décès périnatal. Acte de déclaration d'enfant sans vie.** La vie du nouveau-né est attestée par le médecin avant l'officier de l'état civil. Le décès du nouveau-né, à l'instar de sa mort *in utero*, cause de grandes souffrances aux parents, exacerbées par le formalisme de l'état civil qui ne connaît que la vie et la mort de personnes juridiques, et par la persistance d'une règle obsolète postulant l'impossibilité d'une naissance avant 180 jours de grossesse (art. 326 ; *supra*, n° 16).

La loi a pris en considération le souhait de beaucoup de parents frappés par un décès périnatal d'imprimer une trace de la naissance de leur enfant dans les registres d'état civil<sup>(123)</sup>. On distingue trois situations :

- Si l'enfant est né après une *grossesse d'une durée supérieure à 180 jours et décédé avant la constatation de la naissance* par le

(117) Sur la loi du 5 mai 2014, voy., P. SENAËVE, « Commentaar bij de wet van 14 januari 2013 inzake enkele wijzigingen in familiale procedures », *T. Fam.*, 2013, pp. 150 à 153.

(118) Si ces indications ne lui sont pas fournies, l'officier de l'état civil doit refuser de dresser l'acte.

(119) Le nom est déterminé par l'officier de l'état civil en application des règles légales de transmission (*infra*, n° 70). Le *titre de noblesse*, accessoire du nom (*infra*, n° 66), est également mentionné.

(120) Sauf en cas d'ambiguïté sexuelle : report de trois mois – art. 57, 1°, al. 2, réd. L. du 15 mai 2007 ; *infra*, n° 88).

(121) Le médecin ne peut se prévaloir du secret professionnel pour le dissimuler (H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 312, n° 317).

(122) Pour la conciliation de ce principe avec la pratique de la maternité de substitution, *infra*, n° 119.

(123) Sur la sépulture du nouveau-né mort, voy. *infra*, n° 128.

médecin ou l'accoucheuse (art. 56, § 4), il fera l'objet d'un acte de déclaration d'enfant sans vie (art. 80bis, réd. L. du 5 mai 2014)<sup>(124)</sup>, même s'il a vécu après l'accouchement. Cet acte ne constate pas la « naissance » d'une *personne* mais la « présentation » d'un *enfant* (mort) à l'officier de l'état civil ; il est donc inscrit sur le registre des *actes de décès*. Ses mentions sont différentes de celles d'un acte de naissance et comportent notamment, si les parents le souhaitent, les prénoms de l'enfant, pas son nom, l'identité de la mère ainsi que celle du père ou de la coparente en cas de mariage avec la mère ou de reconnaissance prénatale de l'enfant<sup>(125)</sup>. Tel est le progrès apporté par la loi du 27 avril 1999, d'ordre essentiellement psychologique<sup>(126)</sup>. L'article 80bis ne permet pas de conférer une filiation ni transmettre un nom à l'enfant<sup>(127)</sup>, la dernière concession du législateur étant la mention du *nom des parents*, et même celui du parent légal en cas de mariage avec la mère (art. 80bis, 2°/1, red. L. du 5 mai 2014)<sup>(128)</sup>. Cette situation apparaît encore à certains comme insuffisante, au point d'encourager une réforme visant à reculer le seuil de 180 à 140 jours, voire à rendre obligatoire l'établissement d'un acte de naissance à partir d'un certain seuil de grossesse. Nous critiquons cette tendance, qui atteint la cohérence du droit biomédical belge et la liberté d'interrompre une grossesse.

(124) Voy. : C. CASTEILEIN en T. WUYTS, « What's in a name ? De moeilijke verhouding tussen juridische persoonlijkheid, akten van de burgerlijke stand, afstammingsrecht en naamrecht van perinataal overleden kinderen », *T.P.R.*, 2006, p. 771 ; A. DE WOLF, « De rechtspositie van het doodgeboren kind en zijn ouder(s) », *R. W.*, 1998-1999, p. 209 ; G. GENICOT, *Le droit médical et biomédical, o.c.*, pp. 529-530 ; C. ROMMELAERE, « Article 80bis du Code civil, deuil périnatal en droit », *Act. dr. fam.*, 2010, p. 25. En droit français : V. BALESTRIERO, « La situation de l'enfant mort-né », *D.*, 1999, p. 81 ; P. MURAT, « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », *Rev. dr. sanit. soc.*, 1995, p. 451.

(125) Le père biologique ou la coparente qui n'a pas reconnu l'enfant peut l'être à sa demande et moyennant le consentement de la mère (art. 80bis, al. 2, 2°, réd. L. du 5 mai 2014).

(126) Déjà en ce sens : Civ. Tournai, 26 octobre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1030, obs. A. DE WOLF, *J.D.J.*, 1999, n° 187, p. 50, note A. JONCKHEERE. Rappr. : M. BEAGUE, « Quelle reconnaissance juridique du deuil périnatal ? État des lieux en matière d'acte de déclaration d'enfant sans vie' en droit français et en droit belge », *J.T.*, 2008, p. 416.

(127) La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme tend, prudemment, à promouvoir un assouplissement des règles qui président à la modification des actes d'état civil (C.E.D.H., *Mentzen c. Lettonie*, arrêt du 7 décembre 2004, *Rev. trim. dr. civ.*, 2005, p. 738, obs. J.-P. MARGUÉNAUD), ainsi qu'un droit à l'établissement de la filiation de l'enfant mort-né, *sans lui reconnaître une personnalité juridique* (C.E.D.H., *Znamenskaya c. Russie*, arrêt du 2 juin 2005, *Rev. trim. dr. civ.*, 2005, p. 737, obs. J.-P. MARGUÉNAUD, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 867, note M. DEMARET).

(128) C. CASTEILEIN, « De naam van het perinataal overleden kind », *NjW*, 2002, p. 408. Comp. en France : art. 79-1 C. civ. fr. ; Cass. fr. (1<sup>ère</sup> civ.), 6 février 2008, *J.T.*, 2008, p. 431, note M. BEAGUE, *J.C.P.*, 2008, II, 10045, note G. LOISEAU, *D.*, 2008, p. 483, *Dr. fam.*, 2008, comm. n° 34, note P. MURAT ; X. LABBÉE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Presses universitaires de Lille, 1990, p. 104.

- Si l'enfant, toujours dans l'hypothèse d'une grossesse supérieure à 180 jours, est *décédé après la constatation médicale de sa naissance*, il faudra établir un acte de naissance et un acte de décès.
- Enfin, un *fœtus décédé avant 180 jours de grossesse* (interruption de grossesse spontanée, volontaire ou thérapeutique) ne peut faire l'objet d'aucun acte d'état civil. Il convient toutefois de remarquer que, techniquement, l'article 80*bis* pourrait s'appliquer en pareille hypothèse. En dépit d'un courant d'opinion contraire, cela ne nous paraît pas souhaitable, en raison de l'absence de personnalité juridique du fœtus à ces stades de grossesse, et de l'importance de lui dénier cette personnalité pour préserver d'autres intérêts (droits des femmes, performances de la médecine reproductive ou néonatale)<sup>(129)</sup>.

On précisera encore, pour étayer le reproche d'obsolescence des raisonnements fondés sur la présomption légale de durée minimale de gestation, que tout enfant *né vivant* fera l'objet d'un acte de naissance quelle qu'ait été la durée de la grossesse. De telles naissances sont appelées à se produire plus fréquemment en raison des progrès de la néonatalogie ; elles suscitent d'autres problèmes éthiques et juridiques, notamment sur le plan de la responsabilité médicale.

**49. Enfant trouvé ou sans filiation établie.** Toute personne qui trouve un nouveau-né – c'est de moins en moins fréquent heureusement<sup>(130)</sup> – est tenue de le remettre à l'officier de l'état civil en déclarant les circonstances dans lesquelles il a été trouvé (art. 58). Un procès-verbal est dressé qui tiendra lieu d'acte de naissance, avec les mentions légales<sup>(131)</sup>.

(129) En Belgique, cette règle est traditionnelle, fondée notamment sur d'anciennes circulaires (13 décembre 1848 et 22 mars 1849) ; J.-M. VAN BOL, « Les funérailles et les sépultures », *Rép. not.*, t. XIV, l. XII, Bruxelles, Larcier, 2003, n° 8 ; *contra* : Civ. Audenarde, 25 mai 1907, *Pas.*, 1907, III, p. 245 (accouchement d'un « monstre »). Elle a des implications sur le plan de la sépulture (*infra*, n° 128 ; sur la législation applicable aux fœtus nés entre le 106<sup>ème</sup> et le 180<sup>ème</sup> jour de grossesse, *infra*, n° 53). Des demandes existent poussant à révision de cette règle, au motif affirmé des progrès de la néonatalogie, mais sous-tendue, aux dires de certains, par une volonté d'accroître la protection juridique du fœtus en général. La référence à la présomption légale de l'art. 326 est en tout cas inopportune en cette matière, cette disposition ayant d'autres finalités que l'état civil, et cette présomption étant déforcée par les progrès de la néonatalogie. Comp. en France : l'art. 79-1, al. 2 du Code civil subordonne la délivrance d'un acte d'enfant sans vie aux seules conditions d'un décès de l'enfant avant la déclaration de la naissance, et d'un défaut de certificat médical attestant, à ce moment, sa vie et sa viabilité, et non la durée de l'aménorrhée de sa mère. Application : Cass. fr. (1<sup>ère</sup> civ.), 6 février 2008, précité. Pour plus de détails : M. BEAGUE, « Quelle reconnaissance juridique du deuil périnatal ? État des lieux en matière d'acte de déclaration d'enfant sans vie' en droit français et en droit belge », *o.c.*, p. 413.

(130) Sur les « babyklappen » en Allemagne : E. WENNER, « Allemagne : le droit aux origines face à l'émergence de l'anonymat (à propos des 'casiers à bébé') », in *L'identité de la personne humaine* (J. POUSSON-PETIT éd.), Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 797.

(131) Sur le nom de l'enfant trouvé, *infra*, n° 75. Voy. Bruxelles (3<sup>e</sup> ch.), 28 mars 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 513, note (critique) J.-P. MASSON, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 391 : motifs pris des art. 7 et 8 de la Convention de New York, un acte de naissance peut être rectifié à la demande de parents adoptifs

S'il ne s'agit pas d'un nouveau-né mais, par exemple, d'un mineur étranger non accompagné (« MENA »)<sup>(132)</sup>, on procédera à la recherche de l'acte de naissance présumé établi ; en cas d'échec, il faudra requérir un jugement pour en tenir lieu<sup>(133)</sup>.

Si l'enfant n'a pas de filiation établie à l'égard d'un parent au moins, l'officier de l'état civil doit avertir le juge de paix de la résidence de l'enfant dans les 3 jours en vue d'ouvrir une tutelle (art. 50, § 1<sup>er</sup> ; *infra*, n° 268).

**50. Acte de reconnaissance d'enfant.** Une reconnaissance d'enfant s'effectue par acte notarié (art. 327) ou devant l'officier de l'état civil (art. 62)<sup>(134)</sup>. La reconnaissance a lieu soit à titre principal (acte de reconnaissance au sens strict), soit à titre incident à l'occasion d'un autre acte d'état civil, généralement l'acte de naissance ou de mariage des parents.

L'acte d'état civil mentionne l'identité de l'enfant, celle du déclarant et celle du parent à l'égard duquel la filiation est déjà établie (art. 62, § 1<sup>er</sup>). L'officier de l'état civil doit s'abstenir d'acter une reconnaissance en présence d'un refus de consentir (art. 329bis, § 2 ; *infra*, n° 637)<sup>(135)</sup>.

Il est fait mention de la reconnaissance en marge de l'acte de naissance de l'enfant (art. 62, § 2), mais non de celui de son auteur<sup>(136)</sup>. L'officier de l'état civil est tenu d'en informer le conjoint du déclarant s'il est marié (art. 62, § 3 *jo.* 319bis ; *infra*, n° 636).

## 2° Actes en rapport avec le décès

**51. Établissement.** Les conséquences juridiques du décès expliquent l'importance de l'acte d'état civil visant à le constater. La loi est cependant plus évasive qu'à propos de l'acte de naissance, peut-être parce que les effets de cet acte profitent essentiellement à d'autres personnes.

---

d'un enfant trouvé pour y inscrire des mentions à propos desquelles il n'existe nulle certitude, telles que le lieu, le jour ou l'heure de la naissance.

(132) Voy. : I. LAMMERANT, « Les mineurs étrangers non accompagnés en Belgique et la Convention relative aux droits de l'enfant », in *L'enfant et les relations familiales internationales* (J.-L. RENCHON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 201 ; I. LAMMERANT, « La tutelle des mineurs étrangers non accompagnés », *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 423.

(133) Bruxelles, 20 avril 2004, *NjW*, 2004, p. 959, note SB (soumission à un examen médical en vue de déterminer leur âge osseux).

(134) Sur la compétence territoriale (choix) : G. MAHIEU et D. PIRE, « La filiation », *Rép. not.*, t. I, l. XII, Bruxelles, Larcier, 1999, n° 79.

(135) Il doit acter une reconnaissance de complaisance (contraire à la vérité biologique), sauf en cas d'impossibilité manifeste (ex. : différence d'âge minimale avec l'enfant) (P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 738).

(136) Pour une critique (difficultés de recherche de généalogie) : G. MAHIEU et D. PIRE, « La filiation », o.c., n° 79.

L'obligation de dresser un acte de décès n'est pas imposée expressément par le Code civil, mais déduite du fait qu'aucune inhumation ne peut avoir lieu sans une autorisation délivrée par l'officier de l'état civil (art. 77)<sup>(137)</sup>.

Une loi du 14 janvier 2013 a supprimé l'obligation faite à l'officier d'état civil de constater personnellement le décès, pour consacrer la pratique selon laquelle l'officier d'état civil s'assure de la réalité du décès au moyen d'une *attestation* de décès, remise par une personne apte à communiquer les renseignements requis pour l'établissement de l'acte, en général un membre du corps médical (art. 77, réd. L. du 14 janvier 2013 ; art. 78, réd. L. du 25 avril 2014)<sup>(138)</sup>.

Aucun délai de rigueur ni d'énumération de déclarants<sup>(139)</sup> ne sont prévus. On s'accorde toutefois pour exiger la déclaration dans les jours suivant le décès<sup>(140)</sup> et, conformément aux principes déjà rencontrés, pour dénier à l'officier de l'état civil le droit d'acter une déclaration tardive sans constatation possible du décès<sup>(141)</sup>. En pareil cas, soit que l'inhumation a eu lieu illégalement dans un lieu que l'on ignore<sup>(142)</sup>, soit que l'on ne retrouve pas ou trop tardivement la dépouille mortelle, seul un *jugement déclaratif de décès* peut pallier l'absence d'acte (art. 126, réd. L. du 9 mai 2007 ; *supra*, n° 24)<sup>(143)</sup>.

**52. Mentions.** La loi prescrit que l'acte de décès mentionne l'identité du défunt, de son conjoint s'il était marié ou veuf, et celle du déclarant (art. 79, réd. L. du 25 avril 2014), mais curieusement n'exige aucune mention de date ni d'heure du décès. Dans la pratique, ces renseignements sont portés à l'acte sans que l'on y voie une infraction à l'article 35 du Code civil.

L'acte de décès ne peut contenir aucune indication relative aux circonstances du décès<sup>(144)</sup>. Ceci ne signifie pas qu'elles soient de nulle importance. Si l'attestation médicale permettant de dresser l'acte ne

(137) Dans le même sens, not. J.-M. VAN BOL, « Les funérailles et les sépultures », *o.c.*, n° 8.

(138) P. MOREAU et P. DELNOY soulignent néanmoins que cette modification fait naître un doute quant à la valeur qui pourra encore être accordée à la constatation du décès par l'officier d'état civil : n'étant plus constatée personnellement par lui, il ne peut en effet plus être affirmé avec certitude que la contestation de la réalité du décès devra nécessairement être opérée par voie d'inscription en faux (P. DELNOY, *Les libéralités et les successions – Précis de droit civil*, mise à jour par P. MOREAU, 4<sup>e</sup> édition, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 102, note 1).

(139) Comp. : art. 80 relatif au décès dans un établissement hospitalier ou en prison.

(140) J. DE BURLET et F. RIGAUX (éd.), *Traité de l'état civil*, t. I, *Les relations internes*, *o.c.*, n° 949, pp. 347-348 ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, *o.c.*, p. 317, n° 328 ; N. GALLUS, in *Précis de droit de la famille*, *o.c.*, p. 59.

(141) Sur cette dernière précision : J.-M. VAN BOL, « Les funérailles et les sépultures », *o.c.*, n° 11, a).

(142) Cette infraction est pénalement sanctionnée (art. 315 C. pén.).

(143) E. LANGENAKEN, « Droit des personnes et des familles », in *Chroniques notariales* (Y.-H. LELEU coord.), vol. 47, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 24.

(144) Arg. tiré de l'art. 85 ancien ; N. GALLUS, in *Précis de droit de la famille*, *o.c.*, p. 59.

mentionne pas une mort naturelle ou s'il existe des signes ou indices de mort violente ou des circonstances permettant de la suspecter, l'officier de l'état civil fera désigner un médecin légiste pour s'assurer de la cause du décès et les autorités seront prévenues<sup>(145)</sup>. En pareil cas, l'inhumation ou la crémation (et l'acte de décès) sont postposées à la tenue d'une enquête policière (art. 81) et le retour des informations à l'état civil s'effectue par procès-verbal (art. 82).

En cas d'*euthanasie*, cette cause de décès n'exclut pas l'existence de circonstances suspectes, pouvant par exemple entourer l'origine de la situation médicale qui justifie l'euthanasie ou son *modus operandi*.

**53. Inhumation ou crémation. Fœtus.** Le choix entre l'inhumation ou la crémation relève de la maîtrise de la personne sur son corps, un droit de la personnalité pouvant être protégé *post mortem*<sup>(146)</sup>. Toute personne peut informer par écrit l'officier d'état civil de sa commune de ses volontés quant au mode de sa sépulture (art. L1232-17, § 2, CDLD<sup>(147)</sup>). La loi limite le choix à l'inhumation, la crémation et tout autre mode de sépulture fixé par le Gouvernement wallon (art. L1232-17, § 1<sup>er</sup>, CDLD)<sup>(148)</sup>.

Après s'être assuré du décès et au minimum 24 heures après celui-ci, ou après avoir reçu le procès-verbal rédigé par un officier de police et le *nihil obstat* du procureur du Roi, l'officier de l'état civil délivre le permis d'inhumer (art. 77).

La *crémation* d'une dépouille mortelle humaine est subordonnée à une autorisation de l'officier de l'état civil qui a constaté le décès, au moins 24 heures après la réception de la demande, suspendues en cas de (suspicion de) mort violente ou suspecte (art. L1232-22, § 1<sup>er</sup>, L1232-23, § 3 et L1232-24, CDLD)<sup>(149)</sup>. La demande est formulée par « la personne qualifiée pour pourvoir aux funérailles »<sup>(150)</sup> qui, le cas échéant, respecte la volonté du défunt (art. L1232-23, § 1<sup>er</sup>, CDLD) consignée dans un

(145) L'art. 83 relatif à l'exécution d'un condamné à mort est abrogé par désuétude (art. 7 C. pén., réd. L. du 10 juillet 1996).

(146) En ce sens, motif pris de la liberté individuelle : Bruxelles, 11 mai 2006, *J.T.*, 2007, p. 247, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1692 ; Civ. Bruxelles (réf.), 26 janvier 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1692. En France : Paris, 3 juin 2005, *D.*, 2005, jur., p. 2431, note X. LABBÉE, *Dr. fam.*, 2005, p. 31 ; M. DE MONTECLER, « Le choix du mode de sépulture est protégé par la Convention européenne des droits de l'homme », *A.J.D.A.*, 2006, p. 173.

(147) Cette matière ayant été régionalisée, elle se trouve désormais régie, en Région Wallonne, par le Code de la démocratie locale et de la décentralisation, remplaçant sur ce point la loi du 20 juillet 1971 sur les sépultures et les funérailles.

(148) La cryogénéisation n'est en principe pas admise. En France, dans le même sens : C.E. fr., 6 janvier 2006, *D.*, 2006, p. 1875, *A.J.D.A.*, 2006, p. 757, note L. BURGORGUE-LARSEN ; C. adm. d'appel Nantes, 27 juin 2003, *A.J.D.A.*, 2003, p. 1871, concl. J. MILLET.

(149) *Adde* en France : P. BELHASSEN, *La crémation : le cadavre et la loi*, Paris, L.G.D.J., 1997.

(150) Sur cette personne et les titulaires du choix du mode de sépulture, la résolution des conflits et la destination des cendres, *infra*, n° 128.

testament<sup>(151)</sup> ou actée dans les registres de la population (L1232-17, § 2 et L1232-23, § 2, CDLD). Des tiers peuvent s'opposer à la crémation devant le président du tribunal de première instance s'ils y ont intérêt, par exemple pour éviter la déperdition de matériel génétique (art. L1232-23, § 4, CDLD)<sup>(152)</sup>.

Les fœtus nés sans vie entre le 106<sup>e</sup> et le 180<sup>e</sup> jour de la grossesse sont, à la demande des parents, inhumés ou incinérés, selon les règles applicables en Régions wallonne<sup>(153)</sup> et bruxelloise<sup>(154)</sup>, en Communauté germanophone<sup>(155)</sup> et en Région flamande<sup>(156)</sup>.

### 3° Actes en rapport avec le mariage

**54. Acte de déclaration de mariage.** L'ancienne formalité de la publication des bans de mariage a été remplacée par une déclaration à l'officier de l'état civil pour d'évidents motifs de protection de la vie privée (art. 63)<sup>(157)</sup>. L'objectif est de vérifier que rien ne s'oppose au mariage projeté<sup>(158)</sup>. L'acte de déclaration de mariage n'est pas un acte d'état civil au sens strict, car il ne modifie pas l'état des personnes. Il est inscrit dans un registre unique (art. 63, § 2)<sup>(159)</sup>.

(151) Voy. : L. WEYTS, « Le carnet de décès », in *Le service notarial : réflexions critiques et prospectives. Colloque en hommage à Michel Grégoire*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 323.

(152) Sur la crémation après exhumation : J.-M. VAN BOL, « Les funérailles et les sépultures », *o.c.*, n° 31.

(153) En Région wallonne, le législateur délègue au gestionnaire public l'aménagement d'une parcelle des étoiles et lui laisse également la possibilité d'aménager une parcelle permettant le respect des rites de funérailles et de sépultures des cultes reconnus. Ces parcelles sont intégrées dans le cimetière et aucune séparation physique ne peut exister entre celles-ci et le restant du cimetière (L1232-2 § 4 CDLD). L'incinération de l'enfant est également autorisée par la loi (L1232-17 § 3 CDLD).

(154) En Région bruxelloise, l'inhumation est effectuée soit dans une « parcelle des étoiles » créée à cet effet dans les cimetières communaux soit dans le cimetière intercommunal d'inhumation. L'incinération est également possible (art. 15<sup>ter</sup>, L. du 20 juillet 1971, inséré par Ord. du 13 décembre 2007). La demande des parents tendant à l'inhumation ou à la crémation doit être accompagnée du certificat du médecin constatant le décès et doit être introduite par les parents ou leur médecin-traitant auprès de l'officier d'état civil où le décès a eu lieu, suite à quoi l'officier d'état civil délivre une autorisation d'inhumation ou d'incinération du fœtus, ainsi qu'une autorisation de transport, qui doit, selon la loi, s'effectuer de manière « digne » (art. 1<sup>er</sup> et 2 de l'arrêté de la Région de Bruxelles-Capitale du 3 mars 2011).

(155) Enfin, la Communauté germanophone laisse « au souhait des parents » ou à celui de la personne chargée des funérailles le choix entre l'inhumation et la crémation, sans autre précision (art. 16, § 3 du Décret de la Communauté germanophone du 14 février 2011 sur les funérailles et sépultures).

(156) Art. 15, § 2 du décret du 16 janvier 2004, réd. décret du 28 mars 2014.

(157) S. D'HONDT, « De aangifte van het huwelijk – Commentaar bij de wet van 4 mei 1999 », *E.J.*, 1999, p. 98 ; S. D'HONDT et G. VERSCHULDEN, « Art. 63-64 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, feuillets mobiles ; J. SOSSON, « Les mariés de l'an 2000... Les nouvelles dispositions relatives à la simulation et aux formalités préalables au mariage », *J.T.*, 2000, p. 649.

(158) Si elle n'est pas remplie, le mariage peut être annulé (nullité facultative ; art. 191-192).

(159) Pour une critique du recours à la forme, désuète, du registre (papier) : S. D'HONDT et G. VERSCHULDEN, « Art. 63 B.W. », *o.c.*, n° 18.

La déclaration est faite par les deux futurs époux ou par l'un d'eux porteur du consentement de l'autre (art. 63, § 2, et 64, § 1<sup>er</sup>, 6<sup>o</sup>) devant l'officier de l'état civil du lieu d'inscription d'un des futurs époux dans les registres de la population ou, à titre exceptionnel, du lieu de résidence actuelle de l'un des futurs époux (art. 63, § 1<sup>er</sup>, al. 1 et 2)<sup>(160)</sup>.

Les documents à remettre par les futurs époux sont énumérés par la loi (art. 64, § 1<sup>er</sup>), simplifiée en ce qu'elle prescrit à l'officier de l'état civil de se procurer lui-même la copie certifiée conforme de l'acte de naissance du futur époux né en Belgique ou dont l'acte de naissance a été transcrit en Belgique dans un lieu connu de l'officier de l'état civil. L'officier de l'état civil doit également rassembler les preuves de nationalité, de célibat ou d'inscription dans le registre de la population ou dans le registre des étrangers des futurs époux inscrits dans ces registres et dont le mariage sera célébré en Belgique ; les futurs époux ne seront mis à contribution que si l'officier de l'état civil s'estime insuffisamment informé (art. 64, §§ 3 et 4).

L'officier de l'état civil acte la déclaration dans le mois de la délivrance de l'accusé de réception aux futurs époux, sauf s'il a des doutes sur la validité ou l'authenticité des documents remis. Dans ce cas, il en informe les futurs époux et se prononce sur la validité ou l'authenticité des documents au plus tard 3 mois après la délivrance de l'accusé de réception. S'il n'a pas décidé dans ce délai, il doit dresser l'acte (art. 63, § 2).

En cas de refus d'acter la déclaration sur la (seule)<sup>(161)</sup> base des documents qui lui sont présentés, les candidats au mariage peuvent tenter un recours devant le tribunal de la famille dans le mois de la notification de la décision (art. 63, § 4, al. 4)<sup>(162)</sup>.

(160) Pour plus de détails sur la compétence territoriale, notamment si les futurs époux résident à l'étranger, et la transmission de la déclaration de mariage à l'officier de l'état civil de la commune, différente, dans laquelle réside l'autre futur époux : S. D'HONDT et G. VERSCHULDEN, « Art. 63 B.W. », *o.c.*, n<sup>os</sup> 5 et s. ; N. GALLUS, in *Précis de droit de la famille, o.c.*, pp. 200-201 ; J. SOSSON, « Les mariés de l'an 2000... Les nouvelles dispositions relatives à la simulation et aux formalités préalables au mariage », *o.c.*, p. 650, n<sup>os</sup> 3 et s.

(161) Non sur une suspicion de mariage simulé (en ce sens : S. D'HONDT et G. VERSCHULDEN, « Art. 63 B.W. », n<sup>o</sup> 20), *o.c.*, n<sup>o</sup> 20 ; X., « Renforcement des mesures dans la lutte contre les mariages et cohabitations légale de complaisance », *Act. dr. fam.*, 2013, p. 166, note. En ne dressant pas immédiatement l'acte de déclaration de mariage lorsque l'ensemble des documents requis à l'article 64 du Code civil sont déposés, l'officier de l'état civil postpose artificiellement la date de célébration du mariage. La loi ne prévoit cependant pas de sanction légale à ce retard ou à cette abstention. Ce comportement n'a pas d'incidence sur le calcul du délai au-delà duquel l'officier d'état civil est tenu de célébrer le mariage, à tout le moins si les parties n'ont pas manifesté le souhait ferme de se marier à bref délai auprès de l'officier d'état civil (Civ. Bruxelles, 21 mars 2013, *J.T.*, 2013, p. 345).

(162) C. LEPINOIS et A.-Ch. VAN GYSEL, « L'état des personnes, l'officier d'état civil et le droit administratif », *Act. dr. fam.*, 2009, p. 1.

Parmi les pièces à produire, la plus importante est la *copie conforme de l'acte de naissance* des futurs époux (art. 64, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>). La loi permet d'y suppléer par un acte de notoriété (art. 70)<sup>(163)</sup>, voire par une déclaration sous serment du futur époux autorisée par le tribunal de la famille saisi sur requête (art. 72bis)<sup>(164)</sup>. On dispense également les futurs époux de suivre la procédure judiciaire de rectification de leur acte de naissance en cas de révélation d'erreurs matérielles<sup>(165)</sup>.

**55. Acte de mariage.** En matière de mariage, l'officier de l'état civil a un rôle actif : il « célèbre » le mariage lorsqu'il constate que les conditions légales sont réunies (*infra*, n<sup>os</sup> 319 et s.) – il peut le refuser<sup>(166)</sup> ou y surseoir, pendant 2 mois, le cas échéant prolongés de 3 mois maximum par le procureur du Roi (art. 167, réd. L. du 2 juin 2013)<sup>(167)</sup> – et dresse « sur le champ » l'acte de mariage (art. 75).

Cet acte porte, outre la relation des consentements, notamment les identités des époux, de leurs parents et de leurs témoins<sup>(168)</sup>, l'état de majorité ou de minorité des futurs époux<sup>(169)</sup> et le nom choisi par un

(163) L'acte de notoriété est en principe délivré par le juge de paix du lieu de naissance (en Belgique) ou du domicile. En cas de naissance à l'étranger, ce qui constitue la plus fréquente occurrence de la nécessité de suppléer à l'acte de naissance, l'acte de notoriété peut être remplacé par un document équivalent délivré par les autorités diplomatiques ou consulaires du pays de naissance ou, en cas de difficultés à se le procurer, par un acte de notoriété délivré par le juge de paix du domicile (en Belgique) (art. 70). L'arrêté royal du 17 janvier 2013 porte une liste des pays où l'obtention d'actes de naissance est impossible ou engendre des difficultés sérieuses. Pour ces pays, la procédure en remplacement de l'acte de naissance dressé à l'étranger peut être engagée sans preuve supplémentaire. Pour les pays non mentionnés, l'intéressé devra - s'il souhaite remplacer son acte de naissance par un acte de notoriété - prouver l'impossibilité ou les difficultés sérieuses à obtenir l'acte au lieu de naissance ou à obtenir un document qui remplace cet acte en vertu du droit local ou, encore, à rétablir via une procédure locale un acte qui manquerait ou qui aurait disparu. Sur l'extrapolation de cette faculté à d'autres procédures que le mariage (ex. : acquisition de la nationalité - *infra*, n<sup>o</sup> 59), voy. : A.-Ch. VAN GYSEL, « Les difficultés relatives à la preuve de l'état civil des étrangers en Belgique : perspectives de solution », *Act. dr. fam.*, 2010, p. 77.

(164) Le juge conserve une marge d'appréciation et n'est pas tenu d'acquiescer à la demande du futur époux. Il peut en être ainsi lorsque les déclarations du futur époux sur son identité et ses origines sont invraisemblables et que la demande ne semble, dès lors, pas légitime (Cass., 13 octobre 2011, *Pas.*, 2011, p. 2220, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 590 (somm.), *T.G.R.*, 2012, p. 11).

(165) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 324, n<sup>o</sup> 338, *litt. A.*

(166) Le refus de célébrer le mariage n'est fondé que si la fraude, qui consiste à simuler un projet de vie commune, est établie de façon manifeste. La preuve de la simulation ne peut être déduite de simples imprécisions ou d'ignorances constatées lors de l'audition des parties. Il ne peut être reproché aux futurs époux d'avoir celé le projet de mariage à leur famille, s'agissant d'un mariage homosexuel, difficilement accepté du fait de la tradition et de la religion (Civ. Bruxelles, 21 mars 2013, *J.T.*, 2013, p. 345). Lorsque le refus de l'officier d'état civil est fondé sur les articles 167 et 146bis du Code civil (mariage de complaisance), mais qu'il succombe suite à un recours dirigé contre cette décision, l'indemnité de procédure ne peut être mise à sa charge (C. const., 19 décembre 2013, n<sup>o</sup> 180/2013).

(167) Pour plus de détails concernant la loi du 2 juin 2013 tendant à lutter contre les mariages et cohabitations légales simulées, voy. *infra*, n<sup>o</sup> 326.

(168) La loi du 6 avril 2010 modifiant le Code civil en ce qui concerne les témoins au mariage civil permet désormais aux époux de recourir à quatre témoins au plus (Loi du 6 avril 2010, *M.B.*, 21 juin 2010).

(169) Dans ce cas, la mention du jugement autorisant le mariage (*infra*, n<sup>o</sup> 322).

époux à l'occasion du mariage conformément au droit de l'État dont il a la nationalité (art. 76). Les mentions relatives à une éventuelle opposition au mariage ont perdu leur raison d'être avec l'abrogation de la faculté d'opposition (L. du 19 février 2009 ; *infra*, n° 333)<sup>(170)</sup>.

Les mariages célébrés à l'étranger dont l'un au moins des conjoints est belge sont transcrits dans le registre des actes de mariage de leur premier domicile en Belgique avec mention marginale sur ce même registre à la date de leur mariage. Un acte de mariage étranger régulier, quelle que soit la nationalité des conjoints, fait foi en Belgique (art. 48).

**56. Livret de mariage.** Le livret de mariage se présente sous la forme d'un carnet remis aux époux par l'officier de l'état civil lors de la célébration du mariage, où sont reprises les données mentionnées dans l'acte de mariage et où figureront ultérieurement les prénoms, lieu et date de naissance des enfants issus du mariage et, le cas échéant, la date de décès des conjoints. Ce document est largement utilisé dans la pratique et atteste l'identité et l'état, mais comme il ne repose sur aucune base légale, il n'a même pas la force probante d'un extrait d'acte d'état civil<sup>(171)</sup>. La forme du document, avec ses cadres ouverts à la mention de la célébration religieuse éventuelle et de l'identité des enfants, est révélatrice de la conception traditionnelle du mariage.

**57. Décision prononçant le divorce.** Le dispositif du jugement ou de l'arrêt qui prononce le divorce, avec mention de la date à laquelle il a acquis force de chose jugée, est adressé par le greffier à l'officier de l'état civil du lieu de célébration du mariage dans le mois du prononcé, ou à celui de Bruxelles si les époux ne se sont pas mariés en Belgique. Dans le mois de cette notification, ce dernier transcrit le dispositif sur ses registres, et en fait mention en marge de l'acte de mariage si celui-ci a été dressé ou transcrit en Belgique (art. 1275, § 2 et 1303 C. jud.).

### 3. La force probante des actes de l'état civil

#### I° Preuves légales de l'état des personnes

**58. Force probante authentique.** Les actes de l'état civil, leurs extraits et leurs copies certifiées conformes<sup>(172)</sup> sont des actes authentiques qui

(170) G. VERSCHULDEN, « De wet van 19 februari 2009 tot afschaffing van het verzet tegen het huwelijk », *T. Fam.*, 2009, p. 84.

(171) *Contra* : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 325, n° 338.

(172) En ce sens : P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 126 ; *contra* : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 296, n° 294 ; J. DE BURLET et F. RIGAUX (éd.), *Traité de l'état civil*, t. I, *Les relations internes*, o.c., pp. 152-154, n°s 343-346.

font foi jusqu'à inscription de faux (art. 45, § 1<sup>er</sup>, al. 5, 1317 et 1319 ; art. 895 et s. C. jud.)<sup>(173)</sup>.

La force probante authentique ne s'attache cependant qu'aux constatations personnelles de l'officier de l'état civil comprises dans l'objet de l'acte en question<sup>(174)</sup> (ex. : mariage, reconnaissance, décès<sup>(175)</sup>, naissance<sup>(176)</sup>) et non aux déclarations prescrites par la loi mais étrangères à l'objet de l'acte ou que l'officier de l'état civil n'est pas tenu de vérifier (ex. : identité du défunt, date et lieu de naissance) – celles-ci valent jusqu'à preuve du contraire<sup>(177)</sup>.

Les mentions non prescrites par la loi mais néanmoins reprises dans l'acte (art. 35) peuvent constituer un commencement de preuve par écrit (ex. : jour, heure et circonstances du décès)<sup>(178)</sup>.

**59. Preuve exclusive. Exceptions.** En principe, les actes de l'état civil constituent la seule preuve des données d'état civil<sup>(179)</sup>. On ne peut, par exemple, établir avec force authentique l'âge d'une personne autrement qu'au moyen d'un extrait ou d'une copie de son acte de naissance.

Dans la pratique, toutefois, l'on se contente souvent de modes de preuve dérivés des actes d'état civil, principalement ceux issus des *registres de la population* (ex. : carte d'identité).

Et à titre d'exception, la loi autorise d'autres modes de preuve dans certaines situations particulières :

- Lorsque l'acte de l'état civil est inexistant ou si sa perte est avérée<sup>(180)</sup>, la preuve des faits qui devraient en faire l'objet peut être administrée au moyen d'autres documents ou par témoins (art. 46). Une fois celle-ci rapportée, les registres peuvent être reconstitués au moyen d'un jugement déclaratif d'état rendu dans les formes d'une rectification d'acte d'état civil<sup>(181)</sup>.

(173) Sur les sanctions pénales (faux en écritures) : art. 194-197 du Code pénal. Une *erreur matérielle* ou *sans intention frauduleuse* n'est pas un « faux » (art. 895 et s. C. jud.) ; elle peut être rectifiée (*infra*, n° 64).

(174) Cass., 18 janvier 1866, *Pas.*, 1866, I, p. 182 ; Cass., 28 mars 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 843.

(175) Depuis la modification de l'article 77 par la loi du 14 janvier 2013, l'officier de l'état civil ne doit plus constater personnellement le décès, de sorte qu'il ne peut plus être affirmé avec certitude que la contestation de la réalité d'un décès devra nécessairement être opérée par voie d'inscription en faux (P. DELNOY, *Les libéralités et les successions – Précis de droit civil*, mise à jour par P. MOREAU, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 102, note 1).

(176) Malgré que ces faits soient, suivant la pratique ou en vertu de la loi, d'abord certifiés par un médecin.

(177) Cass., 28 mars 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 843.

(178) Cass., 3 juin 1907, *Pas.*, 1907, I, p. 262 ; P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 127.

(179) Application en matière de mariage : art. 194.

(180) Sur l'interprétation extensive de ces deux notions : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 330, n° 345, litt. A.

(181) Même s'il s'agit d'un acte étranger : Anvers, 13 juin 1984, R.W., 1985-1986, col. 1204, note H. BOGAERT ; Civ. Gand, 1<sup>er</sup> février 1996, T.G.R., 1996, p. 76, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 229

- En cas d'impossibilité de produire un acte d'état civil existant, quelle qu'en soit la cause, principalement en raison d'une naissance dans un pays où l'état civil n'est pas organisé ou réticent à délivrer des documents<sup>(182)</sup>, la loi autorise *dans deux hypothèses* – célébration de mariage et acquisition de nationalité – la preuve d'éléments de l'état civil par témoins sur la base d'un *acte de notoriété* dressé par un juge de paix et homologué par le *tribunal de la famille*, voire, dans les cas extrêmes d'impossibilité, d'une déclaration sous serment de l'intéressé, autorisée par *ce tribunal* (art. 70-72ter ; art. 5 C. nat.)<sup>(183)</sup>. L'acte de notoriété est un acte par lequel des personnes dignes de foi attestent de la notoriété publique d'un fait, afin de suppléer un écrit que l'on n'est pas en mesure de produire<sup>(184)</sup>. Cet acte est ainsi entendu comme un « témoignage collectif »<sup>(185)</sup> dont le but est de constituer une preuve légale du fait qu'il a pour objet de constater. La jurisprudence était réticente à étendre à d'autres domaines cette procédure à l'origine réservée au mariage<sup>(186)</sup> mais, contre un arrêt de la Cour d'arbitrage validant cette exclusivité<sup>(187)</sup>, le législateur a prescrit le même remède en matière d'acquisition de

(somm.). Voy. : S. MIRABAIL, « Absence d'état civil », in *L'identité de la personne humaine. Étude de droit, français et de droit comparé* (J. POUSSON-PETIT éd.), Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 297-302.

(182) Voy. : A.-Ch. VAN GYSEL, « Les difficultés relatives à la preuve de l'État civil des étrangers en Belgique : perspectives de solutions », *Rev. dr. étr.*, 2009, p. 333.

(183) Liège, 22 mai 2007, *J.T.*, 2007, p. 704, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1596, *R.R.D.*, 2007, p. 31 (mariage) ; Bruxelles, 27 avril 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 396 (mariage) ; Liège, 16 décembre 2003, *J.T.*, 2004, p. 365 (mariage) ; Bruxelles, 28 juin 1988, *R.W.*, 1988-1989, p. 756 (mariage) ; Civ. Bruxelles, 16 juin 1999, *J.T.*, 2000, p. 112 (mariage) ; Bruxelles, 9 septembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1212 (mariage) ; Bruxelles, 26 février 2002, *J.T.*, 2003, p. 216 (nationalité) ; Civ. Bruxelles, 17 novembre 2004, *J.T.*, 2005, p. 84 (mariage) ; Civ. Ypres, 29 mai 2002, *R.A.B.G.*, 2004, p. 478 (mariage), Civ. Bruxelles, 16 octobre 2012, *Rev. dr. étr.*, 2012, p. 619 (nationalité). Selon la Cour de cassation, la possibilité pour le tribunal d'autoriser le recours à la déclaration sous serment ne constitue qu'une faculté, à l'égard de laquelle le juge conserve une marge d'appréciation et il peut refuser, selon les circonstances, d'acquiescer à la demande du futur époux (Cass., 24 octobre 2011, *Pas.*, 2011, p. 2220, *Rev. dr. étr.*, 2012 (somm.), p. 699, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012 (somm.), p. 590, *R.W.*, 2013-2014 (somm.), p. 696 ; *T.G.R.*, 2012, p. 11. Sur l'acte de notoriété, voy. : L.-C. HENRY, « Le régime de l'acte de notoriété selon la jurisprudence récente », *Rev. trim. dr. civ.*, 1994, p. 11 ; E. HOUYET, « L'acte de notoriété », *Rép. not.*, t. III, l. V, Bruxelles, Larcier, 1986, p. 17 ; P. MOREAU, « Les actes de notoriété délivrés par le juge de paix et homologués par le tribunal de première instance », note sous Civ. Bruxelles, 22 octobre 2003, *J.J.P.*, 2005, p. 243 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « Les difficultés relatives à la preuve de l'État civil des étrangers en Belgique : perspectives de solutions », précité.

(184) J.-P. MASSON, G. HIERNAUX, N. GALLUS, N. MASSAGER, J.-C. BROUWERS et S. DE GRAVE, *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence (1999-2004)*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 50 ; K. VERSTRAETE, « Vereenvoudiging van het bewijs van de staat van prsonen bij gebrek van een akte van burgerlijke stand », *T.V.W.*, 2007, p. 305. Sur l'acte et ses conditions : Civ. Bruxelles, 16 juin 1999, *J.T.*, 2000, p. 112.

(185) R. DESCAMPS, « De l'acte de notoriété en droit belge », *Ann. not.*, 1950, p. 295.

(186) Civ. Gand, 28 janvier 1993, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 335 (somm.), *R.G.D.C.*, 1994, p. 148, *J.J.P.*, 1997, p. 262 ; Civ. Bruxelles, 18 septembre 1996, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 89 ; *contra* : Civ. Mons, 9 avril 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1582.

(187) C.A., 3 mars 1999, n° 27/99, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 225, *T.G.R.*, 1999, p. 46, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 65.

nationalité<sup>(188)</sup>. Le caractère réservé de cette preuve par témoins empêche cependant qu'un acte de notoriété serve de base à l'établissement direct, sans jugement préalable, d'un autre acte d'état civil, de naissance ou de décès, par exemple<sup>(189)</sup>.

- À titre encore plus exceptionnel, la *possession d'état* pallie la carence : l'acte de mariage existe mais ne peut être présenté ; la nationalité ne peut être prouvée par un titre (art. 197 ; art. 4, al. 2, C. nat.).

## 2° Preuves basées sur le registre de la population

**60. Registre de la population. Tenue et contenu.** Dans chaque commune<sup>(190)</sup> sont tenus un registre de la *population*, un registre des *étrangers* et un *registre d'attente* pour les candidats réfugiés politiques<sup>(191)</sup> et les étrangers désirant contracter mariage en Belgique<sup>(192)</sup> (L. du 19 juillet 1991). Ce sont des bases de données administratives contenant de nombreux renseignements issus de l'état civil (ex. : identité, filiation, capacité, etc.)<sup>(193)</sup>, d'autres actes juridiques (ex. : contrat de mariage, déclaration de cohabitation légale)<sup>(194)</sup>, de déclarations des intéressés (ex. : profession, transplantation d'organes, mode de sépulture), de recherches menées par les services communaux (ex. : adresse) ou de recensements.

(188) Pour plus de détails : J. ERAUW, K. JANSEGGERS, H. VAN HOUTTE, C. CLIJMANS, K. ROOX, J. VERHELLEN, V. DE RUYCK, M. TRAEST et P. WAUTELET, « Internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht. Overzicht van rechtspraak (1998-2006) », *T.P.R.*, 2006, p. 1400 ; B. RENAULD, « L'acte de notoriété suppléant l'absence d'acte de naissance dans les procédures d'obtention de la nationalité (Art. 5 C.N.B.) », *Rev. dr. étr.*, 2004, p. 57.

(189) P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht, o.c.*, n° 123.

(190) Ainsi que dans les postes consulaires pour les Belges résidant à l'étranger (L. du 26 juin 2002). *Adde* : A.R. du 19 avril 2014 fixant les conditions de délivrance des attestations consulaires de nationalité (*M.B.*, 4 juin 2014). Pour plus de détails : J. VERHELLEN, « Het nieuwe Belgische Consulaire Wetboek doorgelicht », *R.W.*, 2014-2015, p. 403.

(191) *Adde* : A.R. du 16 juillet 1992 (4 arrêtés : relatif au registre de la population et au registre des étrangers ; déterminant les informations mentionnées dans ces registres (modifié par l'A.R. du 8 juillet 2013 et l'A.R. du 28 février 2014) ; relatif au droit d'accès et de rectification ; relatif à la communication des informations (modifié par l'A.R. du 5 janvier 2014) ; L. du 24 mai 1994 créant un *registre d'attente* pour les étrangers qui se déclarent réfugiés ou qui demandent la reconnaissance de la qualité de réfugié.

(192) A.R. du 28 février 2014.

(193) Depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2014, les registres de la population et des étrangers devront indiquer, pour la personne faisant l'objet d'une mesure d'administration, la décision d'administration des biens de la personne protégée ainsi que l'identité et l'adresse de l'administrateur des biens ou de sa personne ; pour le mineur émancipé, ils indiqueront le statut dont il fait l'objet ; pour le mineur sous tutelle, ils indiqueront son statut ainsi que de l'identité et de l'adresse de son tuteur et subrogé tuteur (A.R. du 21 juillet 2014 modifiant l'A.R. du 16 juillet 1992 et A.R. du 8 janvier 2006).

(194) L'A.R. du 3 avril 2014 modifiant l'A.R. du 16 juillet 1992 impose aux communes de mentionner au sein des registres de la population et des registres des étrangers toute suspicion de mariage ou de cohabitation légale de complaisance.

Par rapport à l'état civil proprement dit, ces registres présentent l'avantage de regrouper tous les éléments d'identification de chaque personne ayant sa résidence principale dans la commune, même si elle en est temporairement absente. Leur impact est tel que le contentieux de l'inscription ou de la radiation est jugé comme impliquant des droits subjectifs<sup>(195)</sup>. Ils ne sont pas dénués d'importance dans la politique d'accueil des étrangers : ceux admis ou autorisés à s'établir ou à séjourner dans le Royaume sont inscrits dans le registre des étrangers ; ceux qui se déclarent réfugiés ou demandent la reconnaissance de cette qualité, ou sont désireux de contracter mariage en Belgique, le sont dans le registre d'attente.

L'accès au registre de la population est réglementé<sup>(196)</sup>. Sauf quand les mentions légales du registre assurent la publicité d'un acte juridique (ex. : contrat de mariage), les tiers ne peuvent obtenir un extrait ou un certificat concernant un résident de la commune que si la délivrance de ces documents est légalement prévue ou autorisée, par exemple s'ils sont nécessaires dans le cadre d'une procédure judiciaire<sup>(197)</sup>.

L'autorité communale délivre divers documents-types aux personnes qu'ils concernent (extrait, certificat de domicile ou de composition familiale, etc.). Ces documents sont d'une grande utilité pratique, en dépit d'une force probante inférieure aux extraits et copies d'actes d'état civil<sup>(198)</sup>.

**61. Registre national des personnes physiques.** L'informatisation des administrations a permis de centraliser tous les registres de la population et des étrangers dans un Registre national des personnes physiques (L. du 8 août 1983)<sup>(199)</sup>. Toute personne inscrite dans un registre de la

(195) Un litige relatif à l'inscription dans un registre ressortit à la compétence des juridictions civiles : Cass., 17 novembre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 44, *J.T.*, 1995, p. 316, note B. HAUBERT.

(196) *Personnes concernées* : A.R. du 16 juillet 1992 relatif au droit d'accès aux registres de la population et au registre des étrangers ainsi qu'au droit de rectification desdits registres, tel que modifié par l'A.R. du 5 janvier 2014 ; *tiers* : A.R. du 16 juillet 1992 relatif à la communication des informations contenues dans les registres de la population et dans le registre des étrangers, A.R. du 17 août 2013 relatif à la communication des informations contenues dans le registre d'attente et modifiant l'arrêté royal du 3 avril 1984. *Adde* : G. HOLVOËT, *Loketboek Bevolking*, Bruges, Vanden Broele, 2013.

(197) Art. 3 A.R. du 16 juillet 1992 (*tiers*), modifié par l'A.R. du 5 janvier 2014 (exception à la restriction de délivrance aux tiers lorsque les extraits et les certificats des registres sont destinés à des fins de recherches généalogiques, sous certaines conditions).

(198) Celle-ci en est toutefois proche pour les éléments d'état qui ne peuvent être prouvés par un titre (ex. : nationalité). Pour plus de détails : A.-Ch. VAN GYSEL, « Les difficultés relatives à la preuve de l'état civil des étrangers en Belgique : perspectives de solutions », *o.c.*, p. 333.

(199) Modifiée principalement par L. du 25 mars 2003 et par la L. du 15 décembre 2013. *Adde* : A.R. du 3 avril 1984 (3 arrêtés : relatif à l'accès de certaines autorités publiques et à la tenue à jour et au contrôle des informations (modifié par l'A.R. du 17 août 2013); relatif à l'exercice du droit d'accès et de rectification par les personnes inscrites ; relatif à la composition du numéro d'identification des personnes inscrites). *Voy.* : A. WALLEMACQ, « Le registre national des personnes physiques », *J.T.*, 1984, p. 701.

population, des étrangers ou d'attente, ainsi que dans un registre consulaire, est reprise dans le Registre national (art. 2, al. 1<sup>er</sup>) et reçoit un numéro d'identification (art. 2, al. 2).

Les mentions du Registre national sont énumérées de manière limitative<sup>(200)</sup> (art. 3, réd. L. du 25 avril 2014) : nom et prénoms ; lieu et date de naissance ; sexe ; nationalité ; résidence principale ; lieu et date du décès<sup>(201)</sup> ; profession ; état civil ; composition du ménage ; nom, prénom et adresse de l'administrateur de biens ou de la personne éventuel ; mention du registre (population, étrangers, attente) dans lequel la personne est inscrite ; situation administrative des étrangers en attente ; l'existence éventuelle du certificat d'identité et de signature électronique ; déclaration de cohabitation légale ; situation de séjour pour les étrangers ; ascendants au premier degré ; mention des descendants en ligne directe au premier degré ; actes et décisions relatifs à la capacité du majeur et à l'incapacité du mineur ainsi que la mention du représentant ou de la personne qui assiste le majeur ou le mineur.

L'officier de l'état civil de la commune où l'acte d'état civil a été établi enregistre ces informations dans le Registre national (art. 4*bis*). Les modifications ultérieures de ces données sont répertoriées.

L'accès aux données est réglementé de manière encore plus stricte que celui au registre de la population en raison de son informatisation. L'ancienne procédure d'habilitation par arrêté royal a été remplacée par un octroi d'accès (art. 5) ou d'utilisation du numéro du Registre national (art. 8) par le Comité sectoriel du Registre national créé au sein de la Commission de la protection de la vie privée (*infra*, n° 141) (art. 15). L'accès est accordé aux autorités publiques belges pour les informations pertinentes pour la réalisation de leur mission (ex. : administration fiscale, police fédérale), à des organismes publics ou privés pour les informations nécessaires à l'accomplissement de tâches d'intérêt général qui leur sont confiées ainsi qu'à leurs « sous-traitants »<sup>(202)</sup> (ex. : mutuelles) ou aux titulaires de certaines professions, directement ou *via* leur ordre professionnel (ex. : notaires, huissiers de justice, avocats<sup>(203)</sup>, pharmaciens, *etc.*) (art. 5).

*Tant de personnes et d'institutions ont accès au Registre national que l'on peut légitimement s'interroger sur l'effectivité des mesures de*

(200) À la demande d'une administration communale, d'autres informations peuvent être enregistrées dans le Registre national. Leur communication n'est autorisée qu'à l'autorité publique qui les a fournies (art. 3, al. 3).

(201) Ou date de la transcription de la décision déclarative d'absence.

(202) *Sic.* La sous-traitance se fait à la demande, sous le contrôle et sous la responsabilité de ces autorités et organismes (art. 5, al. 1<sup>er</sup>, 3°).

(203) Non directement comme les notaires et huissiers mais par l'intermédiaire des instances ordinales (art. 5, al. 1<sup>er</sup>, 6°).

protection de la vie privée des personnes inscrites. Les garanties légales sont impressionnantes<sup>(204)</sup> en regard de la déconcertante facilité de consultation individuelle.

**62. Carte d'identité.** La carte d'identité est dérivée du registre de la population (L. du 19 juillet 1991). Elle existe aussi sous forme électronique (L. du 25 mars 2003) et ses mentions sont centralisées dans un Registre des cartes d'identité intégré au Registre national des personnes physiques (art. 6bis, L. du 19 juillet 1991).

Elle est délivrée par l'administration communale<sup>(205)</sup> à tout Belge (art. 6, § 1<sup>er</sup>, L. du 19 juillet 1991). Toute personne âgée de plus de 15 ans doit en être porteuse (art. 1<sup>er</sup>, A.R. du 25 mars 2003) ; en dessous de 12 ans, les enfants peuvent être munis de la Kids-ID (document d'identité électronique sécurisé) ou d'un certificat d'identité (papier) lorsque l'enfant n'est pas belge<sup>(206)</sup>.

Certaines mentions figurent visuellement et électroniquement sur la carte d'identité (nom, prénoms, nationalité, lieu et date de naissance ; sexe ; lieu de délivrance ; date de début et de fin de validité de la carte ; dénomination et numéro de carte ; photographie ; signatures du titulaire et de l'autorité d'émission ; numéro d'identification du Registre national – art. 6, § 2, al. 2), d'autres s'y ajoutent sous forme électronique uniquement (clés d'identité et de signature électronique<sup>(207)</sup> ; certificats d'identité et de signature électronique ; prestataire de service de certification ; information nécessaire à l'authentification de la carte et à la protection des données ; autres mentions imposées par les lois ; adresse du titulaire ; mention de non-franchissement de frontière par l'enfant visée à l'article 374/1 du Code civil – art. 6, § 2, al. 3, réd. L. du 22 mai 2014). En raison de l'informatisation croissante de ces données, le droit de contrôle et de rectification de celles-ci par le titulaire de la carte revêt une importance particulière (art. 6, § 3).

(204) La loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel s'applique (art. 10, L. du 8 août 1983) ; un droit de consultation et de rectification est accordé à toute personne inscrite (art. 12, L. du 8 décembre 1992) ; les titulaires d'accès doivent désigner un « consultant en sécurité de l'information et en protection de la vie privée » (art. 10, L. 8 août 1983) ; ces titulaires d'accès sont tenus au secret professionnel (art. 11, L. du 8 août 1983) et doivent assurer la confidentialité des informations (art. 12, § 2, L. du 8 août 1983) sous peine de graves sanctions pénales (art. 13, L. du 8 août 1983) ; un registre de toutes les autorisations d'accès avec mention des agents et préposés à la consultation des données est tenu par la Commission de la protection de la vie privée (art. 12, § 1<sup>er</sup>, L. du 8 août 1983).

(205) Ou par *La Poste* (art. 6, § 1<sup>er</sup>, al. 4, réd. L. du 15 mai 2007). Dans sa forme électronique, la carte d'identité est délivrée suivant une procédure de communication de codes d'activation analogue à celle des cartes bancaires (art. 9 ; art. 3, A.R. du 25 mars 2003).

(206) A.R. du 10 décembre 1996 ; A.R. du 18 octobre 2006 ; A.M. du 3 mars 2009 ; A.R. du 22 octobre 2013 ; A.R. du 25 février 2014 ; A.M. du 28 février 2014.

(207) Le titulaire contrôle l'activation des fonctions de signature électronique.

La carte d'identité a la valeur d'un certificat d'inscription dans le registre de la population (art. 6, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>) et non celle d'un extrait d'acte d'état civil. Cette descente dans la hiérarchie des preuves de l'état des personnes ne la prive pas d'être la preuve d'identité la plus utilisée en pratique. Sous sa forme électronique, la carte d'identité reçoit une nouvelle fonction de communication avec l'autorité publique et d'authentification des transactions électroniques.

**63. Passeport.** Le passeport est un document officiel qui reprend les principaux éléments d'identification de son titulaire, en vue de lui permettre de se déplacer à l'étranger et d'y fournir une preuve d'identité. Sa réglementation, objet d'un profond questionnement rendu nécessaire par l'internationalisation d'une certaine forme de criminalité, relève du droit international public et de la coopération diplomatique.

#### 4. La rectification des actes de l'état civil

**64. Domaine.** La fiabilité et la stabilité des données d'état civil sont garanties par un principe interdisant à l'officier de l'état civil de corriger lui-même d'éventuelles erreurs des actes dressés par ses soins<sup>(208)</sup>.

En principe, elles ne peuvent être rectifiées, à la demande de l'intéressé<sup>(209)</sup>, du ministère public ou de l'officier de l'état civil responsable de l'erreur<sup>(210)</sup>, que par un jugement du *tribunal de la famille* constatant l'état réel de la personne<sup>(211)</sup>, dont le dispositif est transcrit dans le registre concerné et mentionné en marge de l'acte rectifié (art. 1383-1385 C. jud., réd. L. du 30 juillet 2013)<sup>(212)</sup>.

En cas d'erreurs matérielles, une procédure souple est offerte à l'officier de l'état civil qui souhaite les corriger au vu d'autres documents

(208) Arg. tiré des art. 38 et 42, relatifs à la lecture de l'acte et aux ratures ou renvois avant sa signature de l'acte. En ce sens : J. DE BURLET et F. RIGAUX (éd.), *Traité de l'état civil*, t. I, *Les relations internes*, o.c., p. 125, n° 272 ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 327, n° 342.

(209) Comp. Gand, 23 janvier 2014, *T. Vreemd.*, 2014, p. 341 (caractère non attiré et non purement personnel de l'action, autorisant le représentant légal d'agir à la place d'une personne incapable d'exercer de l'action).

(210) Anvers, 14 janvier 2003, *NjW*, 2003, p. 597, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 234 (somm.).

(211) Bruxelles, 18 septembre 2014, *Rev. not. belge*, 2015, p. 233, note J.-P. MASSON ; Civ. Bruxelles, 25 mars 2014, *Rev. dr. étr.*, 2014, p. 269 ; Liège, 21 mai 2012, *J.T.*, 2013, p. 63, note J.-P. MASSON, *J.L.M.B.* 2014, p. 960, *Rev. dr. étr.*, 2013 (somm.), p. 147, *Rev. dr. étr.*, 2014 (somm.), p. 136 ; adde J.-P. MASSON, « La rectification d'un acte de naissance établi sur la base de fausses identités données par les père et mère », note sous Bruxelles, 18 septembre 2014, *Rev. not. belge*, 2015, p. 226.

(212) Sur la procédure : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., pp. 339 et s., n°s 353 et s. ; Liège, 21 mai 2012, *J.T.*, 2013, p. 63, note J.-P. MASSON (jugement prononcé en audience publique) ; Civ. Mons, 7 novembre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1337, note (procédure unilatérale).

fiables (art. 99-100)<sup>(213)</sup>. Après avis favorable du procureur du Roi, l'officier de l'état civil peut, par mention marginale, corriger des fautes de frappe dans les noms, prénoms et adresses, des erreurs de dates de naissance, de décès ou de mariage, une mention erronée relative à un officier d'état civil, voire une erreur dans la date de l'acte lui-même ou quant à l'état civil si celui-ci s'avère être différent sur foi d'autres actes. Cette nouvelle procédure réduit sensiblement la nécessité de l'action judiciaire en rectification.

La jurisprudence a élargi le domaine de l'action à d'autres hypothèses que l'erreur dans l'acte d'état civil<sup>(214)</sup>. Elle remédie également au défaut d'établissement, à la perte ou à l'annulation d'un acte de l'état civil (art. 46 ; *supra*, n° 59) ; elle permet d'en combler les lacunes<sup>(215)</sup> ou de supprimer les mentions illégales qu'il comporte. Elle se distingue par contre de l'action d'état dont l'issue est aussi la modification de l'acte<sup>(216)</sup>.

## SECTION 3

### L'identification des personnes

#### § I. Le nom et le prénom

**65. Bibliographie.** C. AERTS, « Naamrecht en Arbitragehof », *NjW*, 2006, p. 392 ; I. BOONE, « Beschouwingen aangaande het nieuwe naamrecht », *T. Fam.*, 2015, p. 66 ; A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, « La possession du nom patronymique », *D.*, 1998, p. 39 ; W.G. DE VRIES, « Het nieuwe naamrecht », *W.P.N.R.*, 1997, p. 491 ; J. FIERENS, « Actualités législatives. La loi sur la transmission du nom », *Act. dr. fam.*, 2014, p. 187 ; J. FIERENS, « 'Comment tu t'appelles ?'. Réflexions autour d'une proposition de loi modifiant le Code civil en vue de supprimer les discriminations entre hommes et femmes dans la transmission du nom à l'enfant », *R.R.D.*, 2002, p. 11 ; M. GOBERT, « Le nom ou la redécouverte d'un masque », *J.C.P.*, 1980, I, 2966 ; M. GRIMALDI, « Approche critique de la législation sur le nom d'usage », in *La nouvelle loi sur le nom (article 43 de la loi du 23 décembre 1985)*, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 59 ; M. HERZOG-EVANS, « Autonomie de la volonté et nom. Un plaidoyer », *R.R.J.*, 1997, p. 45 ; Y. JANSSENS, « In de naam van de vader. Een mensenrechtelijke analyse van de oude en nieuwe Belgische naamwetgeving », *T.v.M.R.*, 2014,

(213) Voy. : K. VERSTRAETE, « Vereenvoudiging van procedure tot verbetering van de akten van de burgerlijke stand bij materiële misslagen », *T.V.W.*, 2007, p. 434.

(214) « La rectification d'un acte de naissance de l'enfant ne se limite pas aux seuls cas où une erreur involontaire aurait été commise et n'est pas tributaire de la qualité de l'auteur de la faute. L'intérêt supérieur de l'enfant de disposer d'un acte de naissance conforme au lien de filiation réel doit prévaloir sur la fraude commise » (Civ. Bruxelles, 25 mars 2014, *Rev. dr. étr.*, 2014, p. 269).

(215) Bruxelles, 8 mars 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 671 (titre de noblesse pour un enfant trouvé) ; Bruxelles, 28 mars 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 513, note J.-P. MASSON, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 391 (données relatives au lieu et à la date de naissance d'un enfant trouvé, et adopté).

(216) Sur les nuances à apporter à cette distinction en matière de transsexualisme : *infra*, n° 91. En ce sens : Liège, 16 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1358.

p. 12 ; A. LEFÈVRE-TEILLARD, *Le nom. Droit et histoire*, Paris, P.U.F., 1990 ; Y.-H. LELEU, « Le nom et les prénoms de l'enfant. Attribution, choix et changement », in *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, Liège, éd. Jeune Barreau, 1997, p. 273 ; J.-M. LELOUP, « Le pseudonyme », *Rev. trim. dr. civ.*, 1963, p. 451 ; G. LOISEAU, *Le nom, objet d'un contrat*, Paris, L.G.D.J., 1997 ; P. MAHILLON et P. BIENBON, « À propos du nom de famille », *J.T.*, 1985, p. 313 ; J. MASSIP, « La loi du 4 mars 2002 relative au nom de famille », *Gaz. Pal.*, 23-27 août 2002, p. 2 ; J. MASSIP, « Possession d'état, nom et état civil », *Rép. Defrénois*, 2000, p. 945 ; J.-P. MASSON, « La loi du 8 mai 2014 sur la transmission du nom », *J.T.*, 2015, p. 69 ; P. NÉPVEU, « Du pseudonyme », *J.C.P.*, 1961, I, 1662 ; R. NERSON, « Le nom de l'enfant », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Paris, Pédone, 1975, p. 345 ; W. PINTENS, « Naam », in *A.P.R.*, Gand, E. Story-Scientia, 1981 ; L. ROQUETTE, « Le changement de nom patronymique en droit français », *Gaz. Pal.*, 1992, p. 931 ; P. SENAËVE, « Naar een vrijheid in keuze van familienaam ? », *T. Fam.*, 2014, p. 30 ; J. SOSSON, « Filiation et parentalité - Trois réformes législatives aux alentours de la filiation », in *États généraux du droit de la famille - Actualités juridiques et judiciaires de la famille en 2014*, Bruxelles/Limal, Bruylant/Anthemis, 2014, p. 148 ; J. SOSSON, « Une procédure peu connue : le changement de nom par la voie administrative. Conditions, modalités et effets », *Ann. Dr. Louvain*, 1994, p. 89 ; D. VAN GRUNDERBEECK, « Naamwet. Wet van 15 mei 1987 betreffende de namen en voornamen », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, feuillets mobiles ; G. VERSCHULDEN, « De nieuwe familienaam : keuzevrijheid van de ouders zonder inspraak van het minderjarige kind », *T.J.K.*, 2014, p. 131 ; M. VIVANT, « Le patronyme saisi par le patrimoine », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 517.

## I. Généralités

**66. Notion. Droits de la personne en rapport avec son nom.** Entendu dans un sens large, le nom est la combinaison de mots par laquelle une personne est *individualisée* au sein de la communauté. Il comprend le nom de famille, le(s) prénom(s), le pseudonyme<sup>(217)</sup> et le titre de noblesse<sup>(218)</sup>

(217) Le *pseudonyme* ne doit pas être confondu avec le *urnom familial*, historiquement incorporé au patronyme et partie intégrante du nom *stricto sensu* (H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., pp. 136-137, n° 128). Le pseudonyme n'est pas un élément de l'état des personnes, n'est pas mentionné dans les registres de l'état civil, mais peut faire l'objet de droits intellectuels et bénéficie d'une protection à ce titre (pour plus de détails : *ibid.*, pp. 147-148, n°s 140-141). Par le biais du pseudonyme littéraire, un maintien après divorce de l'usage du nom du conjoint malgré le refus de celui-ci peut être accordé (Bruxelles, 30 mai 2002, *E.J.*, 2003, p. 26, note M. de THEIJE, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 111 ; Liège, 1<sup>er</sup> décembre 1992, *Rev. trim. dr. fam.*, 1994, p. 716). Pour plus de détails : J.-M. LELOUP, « Le pseudonyme », *Rev. trim. dr. civ.*, 1963, p. 451 ; P. NÉPVEU, « Du pseudonyme », *J.C.P.*, 1961, I, 166 ; W. PINTENS, « Naam », in *A.P.R.*, Gand, E. Story-Scientia, 1980, pp. 155-165, n°s 365-401 ; M. VIVANT, « Le patronyme saisi par le patrimoine », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 517.

(218) Il en va autrement de la *particule*, sans rapport nécessaire avec la noblesse et composante du nom de famille *stricto sensu* (H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., pp. 135-136, n°s 126-127). Pour plus de détails : W. PINTENS, « Naam », o.c., pp. 171-187, n°s 408-461 ; M. VAN DAMME, « Adel », in *A.P.R.*, Gand, E. Story-Scientia, 1982. En dépit de sa fonction identificatrice, le *titre de noblesse* n'est pas un élément de l'état des personnes, mais un accessoire du nom, à ce titre obligatoirement mentionné dans les registres de l'état civil (A.R. du 26 janvier

éventuels. Malgré l'informatisation croissante et l'interconnexion des données personnelles, le nom conserve une irremplaçable fonction identitaire, culturelle et identifiante<sup>(219)</sup>.

En droit interne, les droits de la personne sur son nom sont précisés par la jurisprudence sur le modèle des droits de la personnalité<sup>(220)</sup>. Le droit au nom autorise la personne à porter celui-ci, à le défendre contre les usurpations<sup>(221)</sup>, à en exiger l'orthographe correcte et à en demander éventuellement le changement. Les sanctions civiles, à l'instar de celles des droits de la personnalité, sont préventives (action en cessation) ou réparatrices (dommages-intérêts).

Nonobstant l'absence de disposition expresse dans la Convention européenne des droits de l'homme, le droit au nom est protégé par l'article 8 en tant qu'élément de la vie privée et familiale<sup>(222)</sup>.

1822 ; Cass., 7 avril 1927, *Pas.*, 1927, I, p. 194, concl. M.P. ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 135, n° 124 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 8<sup>e</sup> éd., Louvain, Acco, 2004, n° 273). Il ne bénéficie pas de la protection européenne au titre de l'art. 8 ou de l'art. 1<sup>er</sup> du 1<sup>er</sup> protocole additionnel à la C.E.D.H. (Bruxelles, 8 mars 2007, précité ; D. VAN GRUNDBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een menserechtelijke benadering*, o.c., p. 141, n° 179 et les décisions d'irrecevabilité citées). Le titre de noblesse ne se transmet pas suivant les règles de la filiation : Bruxelles, 8 mars 2007, précité.

(219) En témoignent les modifications apportées par la loi du 8 mai 2014 (*infra*, n° 68). Voy. : W. PINTENS, « Realiseert het naamrecht 'de goede naam' ? », in *De menselijke maat. Opstellen ter gelegenheid van het afscheid van Prof. Dr. G.P. Hoefnagels*, Ahrnem, Gouda Quint, 1992, p. 116 ; A.-Ch. VAN GYSEL, in *Précis de droit de la famille* (A.-Ch. VAN GYSEL dir.), 1<sup>ère</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 123 et s. ; A.-Ch. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, o.c., p. 408. Sur la fonction « de police » du nom (art. 231 C. pén.) : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 111, n° 102 ; W. PINTENS, « Naam », o.c., p. 2, n° 2.

(220) Civ. Hasselt, 12 décembre 2003, *L.R.L.*, 2004, p. 46, note C. COOMANS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 773 (somm.) ; Civ. Dendermonde, 26 octobre 2001, *R.W.*, 2002-2003, p. 1068, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 234 (somm.) ; Civ. Liège, 18 décembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 76. En France : Cass. fr. (com.), 6 mai 2003, *D.*, 2003, p. 2228, note G. LOISEAU ; Anvers, 14 décembre 2011, *R.A.B.G.*, 2012, p. 812, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 323 (somm.). Pour une extension de la catégorie au titre de noblesse en vue de sa protection : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 8<sup>e</sup> éd., o.c., n° 280.

(221) Civ. Hasselt, 12 décembre 2003, précité (rejet de la demande d'une sportive se plaignant de l'usage de son nom dans le cadre de reportages sur ses prestations) ; Liège, 13 janvier 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 778, *A. & M.*, 2003, p. 213 ; Civ. Hasselt (réf.), 30 janvier 1997, *L.R.L.*, 1997, p. 100 (A.S.B.L. « An & Eefje ») ; Civ. Liège, 12 décembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 819 ; Civ. Liège, 22 mars 2000, *A. & M.*, 2001, p. 245 (Hôtel Simenon) ; Civ. Liège, 8 novembre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 952, obs. S. THIELEN, *A. & M.*, 2001, p. 247 ; Gand, 21 juin 2012, *R.A.B.G.*, 2013, p. 501, note F. VAN VOLSEM, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 840 (somm.). Comme celle de tout droit de la personnalité (*infra*, n° 133), la violation du droit n'implique pas l'établissement d'une faute (P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 218 ; *contra* : Civ. Bruxelles, 12 janvier 1994, *R.W.*, 1994-1995, p. 229, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 335).

(222) C.E.D.H., *Garnaga c. Ukraine*, arrêt du 16 mai 2013, *J.D.J.*, 2013 (somm.), p. 44, note ; C.E.D.H., *Henry Kismoum c. France*, arrêt du 5 décembre 2013, *J.D.J.*, 2013, n° 330, p. 43, note ; C.E.D.H., *Cusan et Fazzo c. Italie*, arrêt du 7 avril 2014, *Juristenkrant*, 2014, p. 1, *J.D.J.*, 2014, n° 331, p. 44 (somm.), note A.-Ch. VAN GYSEL, *T. Strafr.*, 2014, p. 150 ; C.E.D.H., *Johansson c. Finlande*, arrêt du 6 septembre 2007, *T.J.K.*, 2008, p. 72, obs. M. VERHEYDE (prénom) ; C.E.D.H., *Znamenskaya c. Russie*, arrêt du 2 juin 2005, *Rev. trim. dr. civ.*, 2005, p. 737, obs. J.-P. MARGUENAUD, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 867, note M. DEMARET (nom) ; C.E.D.H., *Bijleveld c. Pays-Bas*, arrêt du 27 avril 2000, *N.J.B. (Pays-Bas)*, 2000, p. 1337, note (nom) ; C.E.D.H., *Burghartz c. Suisse*, arrêt du 22 février 1994, *Publ. C.E.D.H.*,

Il l'est aussi par la Cour de justice des Communautés européennes en raison de son impact sur la liberté d'établissement<sup>(223)</sup>. Un droit à un nom depuis la naissance est reconnu à tout enfant par l'article 24, alinéa 2, du Pacte international du 19 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques et par l'article 7, alinéa 1<sup>er</sup>, de la Convention de New York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant<sup>(224)</sup>.

**67. Caractères généraux.** Élément de l'état et droit de la personnalité, le nom emprunte à ces deux institutions certaines caractéristiques :

- Universalité et unicité : toute personne a un nom et un seul.
- Indisponibilité : la modification du nom mentionné dans l'acte de naissance est soustraite à l'autonomie de la volonté ; incessible et hors du commerce, le nom est transmis en vertu de la loi, avec depuis peu une liberté de choix (L. du 8 mai 2014). Ces règles n'empêchent cependant pas la modification du nom par décision administrative (*infra*, n° 79) ni une certaine contractualisation des

Série A, n° 280-B, *Rev. trim. D. H.*, 1995, p. 53, obs. P. GEORGIN (incidence du mariage), *N.Q.H.R.*, 1994, p. 188, *R.U.D.H.*, 1994, p. 27 ; C.E.D.H., *Stjerna c. Finlande*, arrêt du 25 novembre 1994, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 299-B (changement administratif de nom) ; C.E.D.H., *Guillot c. France*, arrêt du 24 octobre 1996, *CEDH*, 1996-V, p. 1593, *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 396, obs. J. HAUSER, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 163 (prénom) ; C.E.D.H., *Halimi dite Taïeb c. France*, décision de recevabilité du 20 mars 2001, *Dr. fam.*, 2001, n° 89, note B. de LAMY. Pour une analyse et des références à des décisions de la Commission : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., pp. 121 et s., spéc. pp. 125, 134 et 138 ; G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2005-2008) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, n°s 6-11 ; A. VERSWEYVELT, *De naam. Analyse van rechtspraak van het EHRM en het Grondwettelijk Hof*, Anvers, Intersentia, 2014.

(223) C.J.U.E., 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, *C.M.L. Rev.*, 2012, p. 671, note L. BESSELINK, *J.D.E.*, 2011, p. 176 (somm.), *N.I.P.R.*, 2011, p. 4, *Rec. C.J.C.E.*, 2010, p. 13693, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 41 (somm.), *R.W.*, 2012-2013, p. 355, *S.E.W.*, 2012, p. 76, *T.B.P.*, 2012, p. 302 (refus de reconnaissance par l'État membre d'origine du titre de noblesse) ; C.J.U.E., 12 mai 2011, *Runevic-Vardyn et Wardyn*, *C.M.L. Rev.*, 2012, p. 809, note H. VAN EIJKEN, *J.D.E.*, 2011, p. 189, *N.I.P.R.*, 2013, p. 31, *Rev. dr. étr.*, 2011, p. 456, *Rec. C.J.C.E.*, 2011, p. 3787, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 626, *R.W.*, 2012-2013, p. 355, *S.E.W.*, 2012, p. 76, *T.B.P.*, 2012, p. 302 ; C.J.C.E., 14 octobre 2008, *Grunkin-Paul*, *Juristenkrant*, 2008, p. 20, obs. J. DE MEYER, *T. Vreemd.*, 2009, p. 58, obs. H. VERSCHUEREN (interdiction d'un refus de reconnaître un nom déterminé et enregistré dans un autre État membre où l'enfant est né et réside depuis lors et qui ne possède que la nationalité du premier État membre) ; C.J.C.E., 30 mars 1993, *Konstantinidis c. Allemagne*, aff. C-168/91, *Rev. not. belge*, 1994, p. 567, *E.R.P.L.*, 1995, p. 483, *Rev. trim. D. H.*, 1994, p. 445, note J.-F. FLAUS (règles de translittération du nom) ; C.J.C.E., 2 octobre 2003, *Garcia Avello c. Belgique*, *A.J.D.A.*, 2004, p. 320, obs. C. LAMBERT, J. BELORGEY et S. GERVASONI, *CML Rev.*, 2007, p. 141, note T. ACKERMANN, *J.D.I.*, 2004, p. 1219, note S. POILLOT-PERUZZETTO, *D.*, 2004, p. 1476, note M. AUDIT, *J.L.M.B.*, 2004, p. 380, obs. C. STAUDI, *J.T.D.E.*, 2004, p. 48, *R.C.D.I.P.*, 2004, p. 185, note P. LAGARDE, *Rev. dr. étr.*, 2004, p. 71, *Rec. C.J.C.E.*, 2003, I, p. 11613, concl. F. JACOBS, *Rev. not. belge*, 2005, p. 251, *Rev. trim. dr. europ.*, 2004, p. 559, note A. ILOPOULOU, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 299, *R.W.*, 2004-2005, p. 638, obs. J. MEEUSEN, *T.B.P.*, 2004, p. 500, obs. P. FOUBERT, *T. Vreemd.*, 2004, p. 4 (changement administratif de nom).

(224) Voy. : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., pp. 122-123, n° 154, citant également (note 517) les nombreux traités établis par la Commission Internationale de l'État Civil en rapport avec le nom ; Civ. Liège, 24 juillet 2014, *Act. dr. fam.*, 2015, p. 33, note M. BEAGUE et G. MATHIEU.

droits sur le nom dans les relations commerciales<sup>(225)</sup> ou conjugales<sup>(226)</sup>.

- Imprescriptibilité : le nom ne disparaît ni s’acquiert par l’écoulement du temps. En dépit d’une jurisprudence restrictive de la Cour de cassation, il doit toujours être possible de faire reconnaître son nom véritable, c’est-à-dire celui valablement porté par un de ses ascendants, et d’obtenir une rectification en ce sens de son acte de naissance (*infra*, n° 78).

## 2. Le nom de famille

**68. Nom patronymique ? Division.** Le nom de famille est commun à plusieurs membres d’une famille légale et se transmet par filiation ou adoption. Il n’est plus un « nom patronymique » depuis que les règles de sa transmission sont devenues égalitaires entre père et mère (L. du 8 mai 2014)<sup>(227)</sup>.

Contrairement à la Cour européenne des droits de l’homme<sup>(228)</sup>, la Cour constitutionnelle ne jugeait pas discriminatoire l’ancienne transmission patrilinéaire<sup>(229)</sup>. La loi du 8 mai 2014 sur la transmission du nom s’est néanmoins donné pour objectif d’instaurer une transmission égalitaire du nom entre le père et la mère, quelles que soient les conditions de l’établissement de la filiation ou les modalités de l’adoption<sup>(230)</sup>. Elle prêtait

(225) Voy. not. : Civ. Bruxelles (réf.), 11 février 1991, *J.T.*, 1991, p. 567 ; Comm. Mons, 27 juin 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 796.

(226) Voy. not. : Bruxelles, 30 mai 2002, *E.J.*, 2003, p. 26, note M. de THEIJE, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 111 ; sur les conséquences du divorce, voy. *infra*, n° 485.

(227) Voy. : I. BOONE, « Beschouwingen aangaande het nieuwe naamrecht », *T. Fam.*, 2015, p. 661 ; I. BOONE, « In de naam van de vader, van de moeder of van allebei », *R.W.*, 2013-2014, p. 1442 ; J. FIERENS, « La loi sur la transmission du nom », *Act. dr. fam.*, 2014, p. 187 ; Y. JANSSENS, « In de naam van de vader. Een mensenrechtelijke analyse van de oude en nieuwe Belgische naamwetgeving », *T.v.M.R.*, 2014, p. 12 ; J.-P. MASSON, « La loi du 8 mai 2014 sur la transmission du nom », *J.T.*, 2015, pp. 69 à 73 ; P. SENAËVE, « Naar een vrijheid in keuze van familienaam ? », *T. Fam.*, 2014, p. 30 ; J. SOSSON, « Filiation et parentalité – Trois réformes législatives aux alentours de la filiation », in *États généraux du droit de la famille – Actualités juridiques et judiciaires de la famille en 2014*, Bruxelles/Limal, Bruylant/Anthemis, 2014, p. 148 ; G. VERSCHULDEN, « De nieuwe familienaam : keuzevrijheid van de ouders zonder inspraak van het minderjarige kind », *T.J.K.*, 2014, p. 131.

(228) C.E.D.H., arrêt du 7 avril 2014, *Cusan et Fazzo c. Italie*, *Juristenkrant*, 2014, p. 1, *J.D.J.*, 2014, n° 331, p. 44 (somm.), note A.-Ch. VAN GYSEL, *T. Strafr.*, 2014, p. 150 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « La Cour de Strasbourg et la réforme des règles de transmission du nom de famille », *J.D.J.*, 2014, n° 331, p. 15.

(229) C. const., 6 novembre 2002, n° 161/2002, *J.T.*, 2003, p. 65, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 71, *R.G.D.C.*, 2003, p. 121 ; C. const., 21 octobre 2010, n° 114/2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 117. Voy. à ce sujet : A.-Ch. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, o.c., p. 412.

(230) Le législateur se met en conformité avec la tendance internationale qui incite les États, sans les y contraindre, à octroyer aux hommes et aux femmes des droits égalitaires concernant la transmission du nom (Convention de New York du 18 décembre 1979 sur l’élimination de toutes les formes de discrimination à l’égard des femmes ; Résolution du 27 septembre 1978 du Comité des ministres du Conseil de l’Europe ; Recommandation du 24 mai 2007 de l’Assemblée parlementaire du Conseil de l’Europe) et qui a déjà reçu de nombreux échos dans les États européens voisins (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2013-2014, n° 53-3145/001, pp. 8 et 9). L’on a craint que les solutions nouvelles proposées, ouvrant toutes

le flanc à la critique, en imposant le nom du père en cas de désaccord ou d'autre choix des parents. Par son arrêt du 14 janvier 2016, la Cour a annulé la troisième phrase de l'article 335, § 1<sup>er</sup>, alinéa du Code civil, qui prescrivait ce retour subsidiaire à la transmission patrilinéaire du nom. Elle laisse au législateur jusqu'au 31 décembre 2016 pour remédier à cette annulation<sup>(231)</sup>.

La fonction politionnelle du nom exige que la *transmission* du nom de famille ne soit pas libre (1°). La *rectification* de l'acte de naissance qui véhicule le nom fait l'objet d'une jurisprudence restrictive et critiquable de la Cour de cassation (2°). Une loi du 15 mai 1987 réglemente la procédure administrative de *changement* de nom (3°).

## I° Transmission

**69. Division.** Le premier texte législatif à réglementer la matière du nom fut le décret du 6 fructidor An II. Bien que ce décret ne soit pas formellement abrogé, elle est actuellement régie principalement par l'article 335 du Code civil, dernièrement modifié par la loi du 8 mai 2014<sup>(232)</sup>. L'article 335 du Code civil contient les règles de transmission du nom de famille par la filiation juridiquement établie. Il distingue plusieurs hypothèses selon le nombre et l'ordre des filiations, auxquelles il convient d'ajouter celle où l'enfant n'a pas de filiation. La transmission du nom par adoption est régie par les articles 353-1 et 356-2 du Code civil.

### (i) Établissement simultané des filiations

**70. Transmission égalitaire du nom ?** L'article 335 du Code civil, instaure le principe de la transmission libre et égalitaire du nom. L'enfant portera, au choix des parents (art. 335, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>) :

---

la possibilité d'un choix, étaient propices à créer une nouvelle source de conflit familial sans parvenir à rendre la matière totalement égalitaire (J. FIERENS, « 'Comment tu t'appelles ?'. Réflexions autour d'une proposition de loi modifiant le Code civil en vue de supprimer les discriminations entre hommes et femmes dans la transmission du nom à l'enfant », *R.R.D.*, 2002, p. 11 ; P. SENAËVE, « De naam van het kind : overblijfsel van een achterhaalde patriarchale traditie of paradepaard van een overtrokken feministische retoriek ? », in *Met rede ontleed, de rede ontkleed. Opstellen aangeboden aan Fons Heyvaert ter gelegenheid van zijn vijftigste verjaardag*, Gand, Mys & Breesch, 2002, p. 157).

(231) C. const., 14 janvier 2016, n° 2/2016, inédit. Un système où la transmission patrilinéaire retrouve son empire en cas de désaccord n'a en revanche pas été jugé contraire à l'article 8 C.E.D.H. (C.E.D.H., arrêt du 27 avril 2000, *Bijleveld c. Pays-Bas*, req. n° 42973/98, *N.J.B.*, 2000, p. 1337 ; pour un commentaire : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering, o.c.*, p. 132, n° 165 ; pour plus de développements : A. VERSWEYVELT, *De naam. Analyse van rechtspraak van het EHRM en het Grondwettelijk Hof*, Anvers, Intersentia, 2014). En droit français, instaurant notamment le double nom à titre optionnel : art. 311-21 C. civ. ; G. AUVOLAT, « Le nouveau nom de famille. Quelques aspects de la réforme du nom », *A.J. famille*, 2005, p. 44 ; Ph. BRUNEL, « Le nouveau nom de famille. La loi relative au nom de famille et les Français de l'étranger », *A.J. famille*, 2005, p. 49.

(232) Et sa loi correctrice : L. du 18 décembre 2014. Et sa circulaire accompagnatrice : Circulaire du 30 mai 2014, *M.B.*, 2014, p. 42170.

- le nom de son père,
- le nom de sa mère,
- leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi, mais dans la limite d'un nom pour chacun des parents qui porte un nom double. Le choix lie les parents pour tous les enfants ultérieurs (art. 335*bis*).

Par l'obligation de scinder les noms doubles des parents, le législateur concilie l'autonomie avec l'impératif d'éviter de trop longs noms qui pourraient nuire à l'enfant. La loi belge n'impose aucun signe typographique entre les noms (tiret), au contraire d'une première version de la réglementation française qui imposait un « double tiret » (jugé illégal par le conseil d'état français).

L'obligation de choisir un des deux noms d'un nom double concerne-t-elle tout type de nom composé ou seulement les noms doubles attribués par la loi du 8 mai 2014 ? La circulaire administrative du 30 mai 2014 dispose que si un parent porte un nom double attribué avant ou hors la loi du 8 mai 2014 (nom étranger, nom double résultant d'une adoption), il peut l'ajouter au nom de l'autre parent mais en totalité<sup>(233)</sup>. Cette recommandation entraîne la composition de noms plus longs que ceux voulus par le législateur et manque à notre avis de base légale lorsque le nom à transmettre est composé de deux noms ; la loi ne distingue pas et le parent titulaire doit, pour tout nom double, respecter la « limite d'un nom pour chacun d'eux » (art. 335, § 1<sup>er</sup>). Par contre, les noms à particule ou composés d'un nom et d'un surnom (généralement octroyé par décision administrative), sont insécables, comme le rappelle la circulaire, car leurs composantes ne sont pas que des noms.

La nouvelle règle s'applique dans les situations, fréquentes, où les filiations maternelle et paternelle sont établies *simultanément* (art. 335, § 1<sup>er</sup>).

- Si *les parents sont mariés*, l'établissement simultanément des filiations résulte de la combinaison des articles 312 et 315 du Code civil<sup>(234)</sup>.
- Si *les parents ne sont pas mariés*, l'établissement simultanément des filiations est encore possible, moyennant reconnaissance paternelle dans l'acte de naissance (art. 327) ou prénatale (art. 328, § 3, réd. L. du 25 avril 2014)<sup>(235)</sup>. Une succession dans la constitution des titres

(233) La circulaire du 30 mai 2014 estime insécables 4 catégories de « noms composés » : conférés par adoption, conférés par une loi étrangère, noms à particule, noms et surnom. L'argument de la circulaire est que ces noms préexistent à la loi du 8 mai 2014 (pt 1.1).

(234) Il y a lieu de tenir compte des hypothèses où la présomption de paternité peut être écartée, auquel cas l'enfant portera le nom de la mère (art. 316*bis*, réd. L. du 1<sup>er</sup> juillet 2006 ; *infra*, n° 610-1).

(235) L'effet déclaratif de la reconnaissance ne saurait rendre celle-ci concomitante de l'établissement de la filiation maternelle pour l'application de l'article 335, § 1<sup>er</sup>, cette disposition visant le *titre* de

de filiation, fût-elle brève<sup>(236)</sup> ou issue du refus de la mère de donner son consentement à la reconnaissance (art. 329*bis*, § 2), prive l'enfant de la possibilité d'attribution du nom paternel, mais pas de la possibilité d'attribution volontaire par déclaration conjointe des deux parents (*infra*, n° 72). Si le père est marié à une autre personne que la mère, son nom est également transmis à l'enfant<sup>(237)</sup>.

Une contestation de paternité ou de reconnaissance, à effet déclaratif, prive l'enfant du nom paternel s'il est mineur (art. 335, § 4)<sup>(238)</sup>. Pour autant il ne porte pas le nom maternel de plein droit si la filiation à l'égard du père est établie (action « 2 en 1 » ; art. 318, § 5). Le juge acte le nom de l'enfant *choisi* par la mère et le père, selon les règles énoncées au paragraphe 1<sup>er</sup> (art. 335, § 3, al. 4)<sup>(239)</sup>. Jusqu'au 31 décembre 2016, à défaut de choix, il portera le nom du père<sup>(240)</sup>.

Le parent qui veut transmettre son nom ou un nom double est sans recours judiciaire si l'autre refuse. Indépendamment du mérite qu'on prête à cette solution simple, cette situation est juridiquement inégalitaire et pourrait être critiquée constitutionnellement<sup>(241)</sup>.

En présence d'une *filiation comaternelle*, les mêmes règles s'appliquent *mutatis mutandis* en cas d'établissement simultané des filiations (art. 335*ter*, réd. L. du 18 décembre 2014), ou de contestation de la filiation paternelle ou comaternelle par une coparente *in spe* (art. 335*ter*, § 2, al. 4 et 318, § 6). L'enfant porte au choix le nom de la mère, celui de la coparente, ou un nom double composé d'un nom pour chaque parent. À défaut de choix, jusqu'au 31 décembre 2016, il porte le nom de la coparente (art. 335*ter*, § 1<sup>er</sup>, al. 2).

---

filiation, c'est-à-dire la preuve de celle-ci, et non le lien préexistant (E. VIEUJEAN, « Le nouveau droit de la filiation », *Ann. dr. Liège*, 1987, p. 101, n° 2). Comp. : Civ. Liège, 15 janvier 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 174 (somm.) (jugement constitutif d'acte de naissance à défaut de déclaration de naissance ; filiation paternelle établie en vertu de la déclaration commune des parents postulant un double lien de filiation conformément au droit congolais applicable en l'espèce ; cette reconnaissance permet à l'enfant de porter le nom de son père).

(236) Le temps nécessaire à acter les deux reconnaissances n'est pas exclusif de simultanéité : Reims, 30 janvier 1997, *Dr. fam.*, 1997, n° 133, note H. LÉCUYER (délai d'un quart d'heure).

(237) La reconnaissance doit toutefois être portée à la connaissance de son conjoint (art. 319*bis* ; *infra*, n° 636).

(238) Déjà en ce sens : C.A., 23 novembre 2005, n° 171/2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 823, R.W., 2006-2007, p. 397, note M. MUYLLE, *N.F.M.*, 2006, p. 186, note C. CASTELEIN et M. MUYLLE.

(239) Sur l'attribution à l'enfant du nom du père (biologique) après reconnaissance : *infra*, n° 72.

(240) À défaut de choix effectué par les parents, le nom paternel devait être attribué à l'enfant (J.-P. MASSON, « La loi du 8 mai 2014 sur la transmission du nom », *J.T.*, 2015, p. 70, note 33). La Cour constitutionnelle a annulé cette disposition, laissant au législateur jusqu'au 31 décembre 2016 pour y remédier (C. const., 14 janvier 2016, n° 2/2016, inédit).

(241) Cette lacune sera comblée dans le futur par un choix législatif par défaut qui devrait être égalitaire ou non discriminatoire (différence de traitement proportionnée).

(ii) *Établissement successif des filiations*

**71. A. Filiation paternelle ou comaternelle établie après la filiation maternelle.** Les cas où la filiation paternelle ou comaternelle est établie après la filiation maternelle sont fréquents : le père ou la coparente reconnaît son enfant après que la mère ait déclaré la naissance et mentionné son nom dans l'acte de naissance ; le père ou la coparente se heurte à un refus de consentement à sa reconnaissance (art. 329*bis*) ; le père biologique ou la coparente *in spe* conteste la paternité du mari (ou de la coparente) et établit sa filiation (art. 318, § 5 ; art. 325-7, § 4). Dans toutes ces hypothèses, l'enfant portera le nom de sa mère (art. 335, § 2 ; art. 335*ter*, § 2) et le conservera après un établissement ultérieur de la filiation paternelle (art. 335, § 3, 1<sup>re</sup> phrase).

**72. (suite) Déclaration parentale conjointe d'attribution du nom paternel ou comaternel.** Dans l'hypothèse d'établissement successif des filiations, le législateur a organisé une procédure d'attribution du nom paternel ou du nom double par déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil (art. 335, § 3, al. 2)<sup>(242)</sup>.

La déclaration d'attribution du nom paternel ou du nom composé est effectuée par les deux parents devant l'officier de l'état civil dans l'année à compter du jour où la deuxième filiation est établie, c'est-à-dire selon les cas, le jour de la reconnaissance ou celui où la décision accueillant l'établissement judiciaire de la filiation est coulée en force de chose jugée, et, dans tous les cas, avant la majorité de l'enfant ou son émancipation (art. 335, § 3, al. 2 et 3, réd. L. du 18 décembre 2014)<sup>(243)</sup>.

Les deux parents agissent ensemble, mais le père est sans recours si la mère refuse de collaborer<sup>(244)</sup> ou si l'enfant majeur ne donne pas son accord (art. 335, § 4). L'absence de recours contre le refus de la mère

(242) L'article 335*ter* organise également cette possibilité au bénéfice de la mère et de la coparente, dont la filiation aurait été établie postérieurement à la naissance. Ainsi, l'établissement postérieur de la filiation de la coparente à l'égard de l'enfant n'aura pas pour effet de priver celui-ci du nom résultant de la première filiation maternelle établie mais la mère et la coparente ensemble, ou l'une d'elles si l'autre est décédée, peuvent déclarer, dans un acte dressé par l'officier de l'état civil, que l'enfant portera soit le nom de la coparente, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par elles dans la limite d'un nom pour chacune d'elles. Cette déclaration doit également être effectuée dans le même délai d'un an (art. 335*ter*, § 2).

(243) C.A., 14 juillet 1994, n° 65/94, *J.L.M.B.*, 1995, p. 170, obs. D. PIRE, *R.G.D.C.*, 1996, p. 209, note A. DE WOLF, *J.T.*, 1995, p. 700, note A.-Ch. VAN GYSEL (pas de discrimination inconstitutionnelle entre les enfants mineurs et les enfants majeurs).

(244) Bruxelles, 5 mars 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1080 (en cas d'absence d'accord de la mère, les tribunaux sont sans compétence pour statuer sur le bien-fondé d'une demande unilatérale). Le droit commun de l'autorité parentale n'est pas applicable en cette matière, s'agissant d'une prérogative de l'autorité parentale dite « au sens large ». Sur cette notion, *infra*, n° 747.

est critiquable<sup>(245)</sup>. En effet, la mère a le pouvoir de déterminer l'ordre d'établissement des filiations en refusant de consentir à la reconnaissance (art. 329*bis*) et, partant, celui d'empêcher la transmission du nom paternel à l'enfant. La Cour d'arbitrage, à tort selon nous<sup>(246)</sup>, n'a pas jugé ce pouvoir exorbitant<sup>(247)</sup>. Comme cette situation résulte de la passivité du législateur après les déclarations d'inconstitutionnalité de l'article 319, § 3, organisant le consentement de la mère à la reconnaissance paternelle<sup>(248)</sup>, l'État belge s'expose à une action en réparation du dommage subi sur les plans moral (ex. : non-attribution du nom) et matériel (ex. : frais de procédure)<sup>(249)</sup>.

Les mêmes règles s'appliquent *mutatis mutandis* à la comaternité (art. 335*ter*, § 2, réd. L. du 18 décembre 2014).

### 73. B. Filiation maternelle établie après la filiation paternelle.

L'article 335 régit aussi l'hypothèse inverse de la précédente : l'établissement de la filiation maternelle postérieur à celui de la filiation paternelle. Bien que rare, elle n'est pas inconcevable : une femme accouche « sous X » en France et le père reconnaît l'enfant avant la mère ; un enfant sans filiation agit d'abord en recherche de paternité. L'enfant porte le nom de son père (art. 335, § 2, al. 2) et le conserve après l'établissement de la filiation maternelle (art. 335, § 3).

#### (iii) *Unicité et absence de filiation*

**74. Filiation unique : nom du seul parent.** Si l'enfant ne possède qu'une filiation *maternelle*, par exemple en l'absence de reconnaissance paternelle ou après une contestation de la paternité du mari, il porte le nom de sa mère (art. 335, § 2). Comme on vient de le voir, l'établissement ultérieur de la filiation paternelle ne modifie pas le nom de l'enfant mais

(245) Pour une critique de cette règle au regard de la loi du 8 mai 2014 tendant à établir une égalité entre les pères et mères du point de vue de la transmission du nom, voy. : J. SOSSON, « Filiation et parentalité – Trois réformes législatives aux alentours de la filiation », *o.c.*, p. 155.

(246) Dans le même sens : A.-Ch. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille, o.c.*, p. 412. Cette jurisprudence n'est pas cohérente avec le fait que l'enfant de 12 à 18 ans puisse s'opposer à la reconnaissance, mais non au changement de son nom, au contraire de l'enfant majeur (art. 335, § 4).

(247) Pouvoir de déterminer l'ordre des filiations : C.A., 28 novembre 1995, n° 79/95, T.B.P., 1996, p. 245, R. W., 1995-1996, p. 1303, note F. APS, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 531, note. Pouvoir de refuser de collaborer à la déclaration conjointe : C.A., 6 novembre 1997, n° 68/97, T.B.P., 1998, p. 144 ; C.A., 7 novembre 1996, n° 64/96, J.D.J., 1997, p. 293, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 549 ; C. const., 21 octobre 2010, A.C.C., 2010, p. 1753, NjW, 2011, p. 13, note C. DECLERCK, *Rev. dr. étr.*, 2010, p. 584 (ext.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 117 (somm.), T.J.K., 2011, p. 149 (somm.), T.J.K., 2011, p. 190, note G. VERSCHULDEN.

(248) Voy. notre ancienne édition de 2004, n° 647.

(249) Pour une motivation en ce sens, mais sans condamnation car le père a contribué à la création du préjudice allégué : Civ. Liège, 17 novembre 2000, J.T., 2001, p. 299, note Y.-H. LELEU.

ouvre une possibilité d'attribuer le nom paternel *ou les noms accolés des deux parents*, par déclaration conjointe de ceux-ci (art. 335, § 3).

Si l'enfant ne possède qu'une filiation *paternelle*, par exemple après reconnaissance d'un enfant né « sous X » en France, l'article 335, § 2, lui attribue le nom paternel.

**75. Absence de filiation : nom choisi par l'officier de l'état civil.** Pour éviter qu'un enfant sans filiation ne soit pas nommé, l'officier de l'état civil attribue un nom de son choix, sous le contrôle éventuel du juge (art. 58, al. 2).

(iv) *Filiation adoptive*

**76. Modification du nom de l'adopté.** *L'adoption plénière* substitue au nom d'origine celui de l'adoptant. En cas d'adoption plénière simultanée par deux époux ou cohabitants<sup>(250)</sup>, ceux-ci déclarent devant le tribunal que l'adopté portera (art. 356-2, § 1<sup>er</sup>, al. 2) :

- soit le nom d'un des adoptants,
- soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom pour chacun d'eux<sup>(251)</sup>.

Il en va de même en cas d'adoption par une personne de l'enfant (adoptif) de son conjoint ou cohabitant (art. 356-2, § 2, al. 3). Le nom choisi s'impose aux enfants dont la filiation est ultérieurement à l'égard des mêmes parents (art. 356-2, § 2, al. 5).

*L'adoption simple* produit des effets analogues. Le nom initial de l'adopté est substitué. L'adopté porte (art. 353-1, al. 2) :

- soit le nom d'un des adoptants,
- soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom pour chacun d'eux<sup>(252)</sup>

Il en va de même en cas d'adoption par une personne de l'enfant (adoptif) de son conjoint ou cohabitant (art. 353-2, al. 1<sup>er</sup>). Le changement du nom de l'adopté s'étend à ses descendants (art. 353-6, al. 1<sup>er</sup>). Les descendants majeurs du premier degré de l'adopté peuvent toutefois demander au tribunal statuant sur l'adoption que leur nom restera inchangé pour eux-mêmes et leurs descendants (art. 353-6, al. 2).

(250) Au sens de l'art. 343, § 1<sup>er</sup>, qui vise tant les cohabitants légaux que les cohabitants de fait moyennant une durée de vie commune d'au moins 3 ans, et sans distinction de sexe (*infra*, n° 684).

(251) J. FIERENS, « La loi sur la transmission du nom », *Act. dr. fam.*, 2014, p. 188.

(252) J.-P. MASSON, « La loi du 8 mai 2014 sur la transmission du nom », *o.c.*, p. 71.

**77. (suite) Dérogations en cas d'adoption simple.** En cas d'adoption simple seulement, la loi réserve aux parties de larges possibilités de déroger aux principes ci-dessus énoncés, avec l'accord de l'adopté âgé de plus de 12 ans, dont le défaut peut être surmonté par le tribunal dans son intérêt (art. 353-5).

En cas d'adoption d'un *majeur*, il existe en toute hypothèse une possibilité de demander au tribunal de maintenir l'ancien nom de l'adopté (art. 353-3)<sup>(253)</sup>.

Il est permis de demander au tribunal (art. 353-1, al. 3) que l'adopté conservera un (seul) de ses noms en le faisant suivre ou précéder d'un nom de l'adoptant, ou d'un nom de l'un des adoptants, choisi comme décrit ci-dessus (art. 353-1, al. 2)<sup>(254)</sup>.

Dans l'hypothèse d'*adoptions successives*, les possibilités de combinaisons que le tribunal peut autoriser s'élargissent pour intégrer l'existence du nom de l'adopté issu de la première adoption (art. 353-2, § 1<sup>er</sup>, al. 2 et 3 ; *infra*, n° 706).

Il est à noter que, dans tous les cas où les adoptants ont pu choisir le nom applicable à leur enfant adoptif, ce nom s'imposera aux enfants adoptés ultérieurement par eux (art. 353-4*bis*, réd. L. du 8 mai 2014).

#### (v) Dispositions transitoires

Il a paru logique au législateur que les nouvelles possibilités de transmission du nom offertes par la loi du 8 mai 2014 s'appliquent aux enfants nés ou adoptés après son entrée en vigueur (art. 11, L. du 8 mai 2014), soit le 1<sup>er</sup> juin 2014.

Dans un souci d'unicité du nom au sein des fratries, s'il existe au moins un enfant dont la filiation est établie à l'égard des mêmes père et mère le jour de l'entrée en vigueur de la loi, les articles 335, 353-1 à 353-3 et 356-2 anciens du Code civil demeurent applicables aux enfants nés ou adoptés après son entrée en vigueur et dont la filiation est établie à l'égard des mêmes père et mère.

Cependant, les parents ou adoptants d'enfants (tous) mineurs communs déjà nés ont pu, par une déclaration conjointe<sup>(255)</sup> à l'officier de l'état civil avant le 1<sup>er</sup> juin 2015, demander au bénéfice de leurs enfants

(253) Pour plus de détails : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n°s 162 et s.

(254) Cette possibilité préexistait à la loi du 8 mai 2014 (J.-P. MASSON, « La loi du 8 mai 2014 sur la transmission du nom », o.c., p. 71). Ex : Civ. Huy (jeun.), 22 décembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 403, note.

(255) Ou par une déclaration du parent ou de l'adoptant survivant de l'enfant en cas de prédécès de l'autre parent ou adoptant.

mineurs communs nés avant le 1<sup>er</sup> juin 2015 de leur attribuer un autre nom choisi conformément aux dispositions de la loi nouvelle. Ce nom choisi est attribué à tous les enfants mineurs communs (art. 12, § 1<sup>er</sup>, L. du 18 décembre 2014).

En cas de modification de la filiation ou d'établissement d'un deuxième lien de filiation après le 1<sup>er</sup> juin 2015 à l'égard d'un enfant mineur commun né avant le 1<sup>er</sup> juin 2015, la déclaration visée à l'article 12, § 1<sup>er</sup> peut être faite dans un délai d'un an à dater de la reconnaissance ou du jour où la décision établissant cette seconde filiation est coulée en force de chose jugée (art. 12, § 3).

## 2° Rectification

**78. Une jurisprudence critiquable de la Cour de cassation.** La rectification du nom vise à obtenir sa mention ou son orthographe exactes sur les registres de l'état civil, en l'occurrence dans l'acte de naissance. Elle est nécessaire (au sens strict) lorsqu'une erreur de transcription du nom a été commise par l'officier de l'état civil ; elle s'impose aussi (au sens large) lorsque la filiation de la personne est établie et emporte modification de son nom<sup>(256)</sup>.

En théorie, comme le nom de famille est imprescriptible et ne peut se perdre par non-usage, la rectification du nom dans l'acte de naissance devrait pouvoir être obtenue pour toute erreur commise à quelque époque que ce soit.

La Cour de cassation a cependant décidé de limiter l'action en rectification du nom – et seulement celle-ci – à la première génération<sup>(257)</sup>. L'action est donc irrecevable si le nom du demandeur est identique à celui qui figure dans l'acte de naissance de son père, en manière telle que toute erreur antérieure à la première génération serait couverte. Cette interprétation ne se justifie que par un souci de filtrage des demandes, inacceptable dans une matière qui touche aux droits fondamentaux. Il convient d'accueillir toute demande en rectification fondée sur une erreur

(256) Bruxelles, 18 septembre 2014, *Rev. not. belge*, 2015, p. 233, note J.-P. MASSON ; Gand, 23 janvier 2014, *Revue@dipr.be*, 2014, p. 28, *T. Vreemd.*, 2014, p. 341 ; Bruxelles, 31 mai 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 827 ; Civ. Bruxelles, 25 mars 2014, *Rev. dr. étr.*, 2014, p. 269 ; comp. : Civ. Malines, 13 octobre 2009, *R.A.B.G.*, 2010, p. 241, note E. DE MAEYER et Ch. VERGAUWEN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 958 (somm.), cité par L. SAUVEUR, « Rectification d'un acte d'état civil », in *Chroniques notariales* (Y-H. LELEU coord.), vol. 57, Bruxelles, Larcier, 2013, n° 189.

(257) Cass., 30 janvier 1987, *R.W.*, 1986-1987, col. 2357, concl. E. KRINGS, *Rev. not. belge*, 1987, p. 364 ; Cass., 29 octobre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 250, *R.W.*, 1977-1978, col. 835, note W. PINTENS ; Anvers, 4 avril 2001, *R.W.*, 2002-2003, p. 464, *J.D.J.*, 2003, n° 221, p. 43 ; Civ. Huy, 15 mars 2000, *R.G.D.C.*, 2000, p. 369.

prouvée, même ancienne. Cette jurisprudence de la Cour de cassation n'est pas suivie par toutes les juridictions de fond<sup>(258)</sup>.

### 3° Changement

**79. Notion. Motifs de changement.** Le nom, par ses liens avec la filiation et l'état des personnes, touche à l'ordre public et requiert une grande stabilité. Ces principes doivent néanmoins s'accommoder d'une possibilité d'en changer sans modifier l'état car une demande en ce sens existerait, qui touche au droit au respect de la vie privée ou familiale (art. 8 C.E.D.H.)<sup>(259)</sup>. L'essentiel est de concevoir une procédure adéquate. Le choix du législateur belge s'est porté sur la voie administrative (L. du 15 mai 1987).

La demande est soumise au Roi, en pratique au S.P.F. Justice (art. 2)<sup>(260)</sup>. Les conditions du changement de nom sont générales en raison de la marge d'appréciation de l'autorité : il doit être exceptionnel et s'appuyer sur des motifs sérieux (art. 3, al. 2)<sup>(261)</sup> ; le nom sollicité ne doit pas prêter à confusion<sup>(262)</sup> ni nuire au requérant ou à des tiers (art. 3, al. 2).

La pratique administrative révèle que le changement est autorisé notamment lorsque le nom actuel est ridicule ou dénigrant, lorsqu'un patronyme à consonance étrangère complique l'intégration de la personne ou est difficile à prononcer, lorsque l'on veut perpétuer un nom voué à s'éteindre, lorsque le nom prête à confusion avec une personne mise en examen ou condamnée pour des faits graves ou dont la mauvaise

(258) Liège, 21 mai 2012, *J.T.*, 2013, p. 63, note J. MASSON, *J.L.M.B.* 2014, p. 960, *Rev. dr. étr.*, 2013, p. 147 (somm.), *Rev. dr. étr.*, 2014, p. 136 (somm.) (nécessité d'une possession du nom caractérisée, ancienne et sans intermittence) ; Anvers, 14 décembre 2011, *R.A.B.G.*, 2012, p. 812, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013 (somm.), p. 323 ; Liège, 16 avril 1991, *Pas.*, 1991, II, p. 135, note P.M., *J.L.M.B.*, 1991, p. 1112 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 1992, p. 143, note V. DOULLIEZ ; Civ. Liège, 18 décembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 76, note ; Civ. Gand, 2 mai 1991, *R.W.*, 1992-1993, p. 1244 ; Anvers, 26 avril 1978, *R.W.*, 1978-1979, col. 503, note (cette cour a renversé ultérieurement sa jurisprudence – voy. : note précédente).

(259) C.E.D.H., *Henry Kismoun c. France*, arrêt du 5 décembre 2013, *J.D.J.*, 2013, n° 330, p. 43, note ; C.E.D.H., *Garnaga c. Ukraine*, arrêt du 16 mai 2013, *J.D.J.*, 2013, n° 325, p. 44, note ; C.E.D.H., *Stjerna c. Finlande*, arrêt du 25 novembre 1994, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 299-B (limitations administratives au changement de nom non contraire à l'art. 8 C.E.D.H.) ; C.E.D.H., *Halimi dite Taïeb c. France*, décision sur la recevabilité du 20 mars 2001, *Dr. fam.*, 2001, n° 89, note B. de LAMY (absence de violation de l'art. 8 C.E.D.H.) ;

(260) Service public fédéral Justice, Service des changements de noms et prénoms, Boulevard de Waterloo, 115, 1000 Bruxelles, [www.just.fgov.be/fr\\_html/information/htm\\_justice\\_a\\_z/changer-nom.html](http://www.just.fgov.be/fr_html/information/htm_justice_a_z/changer-nom.html). Pour un aperçu de jurisprudence administrative : M. BOES, « Naamsverandering in de rechtspraak van de Raad van State », *T. Fam.*, 2012, p. 172.

(261) Voy., C.E., 31 mai 2012, *J.D.J.*, 2012, n° 317, p. 42 (somm.), note, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 906 ; C.E., 21 juin 2013, *J.D.J.*, 2013, n° 327, p. 45 (somm.), *C.D.P.K.*, 2014, p. 291 (somm.).

(262) La condition de l'absence de confusion doit s'interpréter largement : C.E., 7 février 2006, *A.P.M.*, 2006/3, p. 50 (somm.) (demande de changement de nom d'un petit-fils visant à lui attribuer celui de sa grand-mère).

réputation rejaillit sur le requérant, lorsqu'une personne éprouve des difficultés à se réinsérer après avoir purgé une peine, ou encore pour prendre des distances avec une famille dont on ne partage pas ou plus les valeurs<sup>(263)</sup>.

Le changement administratif de nom est un ultime remède<sup>(264)</sup>. Il sera notamment refusé s'il vise à contourner des règles de droit en vigueur, au premier chef desquelles celles relatives à la rectification des actes de l'état civil ou à la revendication de nom<sup>(265)</sup>. Selon nous, une demande tendant à modifier le nom d'un enfant après une rupture du couple parental pour lui donner celui de sa mère ou celui de son nouveau partenaire méconnaît le droit au respect de la vie familiale du père et contourne les règles de l'adoption ou de la reconnaissance<sup>(266)</sup>. Par contre, nous pensons qu'une modification administrative du nom est admissible en vue de contourner l'interdiction pour le père de transmettre son nom à l'enfant en cas d'opposition de la mère (art. 319bis, § 2 ; *supra*, n° 72)<sup>(267)</sup>. Par identité de motifs, un changement de nom doit pouvoir atténuer la

(263) C.E., 16 février 2012, *J.D.J.*, 2012, n° 314, p. 42 (rejet du nom démontrant l'origine tchétchène du demandeur, lui faisant courir un risque de violences contre sa personne du fait du refus de son homosexualité dans ce pays) ; C.E., 12 mars 2012, *J.D.J.*, 2012, n° 314, p. 42 (rejet du nom de l'adoptant - nouvel époux de sa mère - pour rétablir le nom de son père biologique) ; C.E., 31 mai 2012, *J.D.J.*, 2012, n° 317, p. 42 (somm.), note, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 906 (rejet du nom de l'adoptant en raison d'allégations de sévices sexuels à son encontre) ; C.E., 8 février 2010, *J.D.J.*, 2010, n° 293, p. 45 (rejet du nom paternel en raison du désintéret dont celui-ci a fait preuve à l'égard du requérant) ; C.E., 1<sup>er</sup> juillet 2008, *J.D.J.*, 2008, p. 35 (rejet du nom paternel pour des motifs liés à la religion, l'honneur de famille, un mariage arrangé, l'autorité « en toute puissance » du père, la surveillance par le frère aîné des fréquentations, etc.).

(264) Y.-H. LELEU, « Le nom et les prénoms de l'enfant. Attribution, choix et changement », in *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, Liège, éd. Jeune Barreau, 1997, pp. 314-315, n° 65 ; D. VAN GRUNDERBEECK, « Art. 2. Wet van 15 mei 1987 », *o.c.*, n° 17 et « Art. 3. Wet van 15 mei 1987 », n° 9, in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, feuillets mobiles.

(265) En ce sens : P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n° 182. Application : C.E., 23 juillet 1986, *J.T.*, 1986, p. 595 ; comp. C.E., 11 octobre 2005, *A.P.M.*, 2005, p. 205, note (somm.) (demande de porter le nom de l'homme qui a de tout temps considéré le requérant comme son fils et qu'il présente comme étant son père biologique) ; C.E., 29 juin 2000, *T.B.P.*, 2001, p. 361 (ajout du nom du père au nom existant de la mère) ; C.E., 12 mars 2012, *J.D.J.*, 2012, n° 314, p. 42 (demande par le requérant de porter à nouveau le nom de son père biologique, malgré son adoption par un tiers qu'il ne considère pas comme son père) ; C.E., 1<sup>er</sup> mars 2012, *J.D.J.*, 2012, n° 314, p. 42 (demande du requérant de porter le nom de sa mère, au motif que son père biologique s'en est désintéressé).

(266) C.E., 14 août 2001, *R.W.*, 2002-2003, p. 344, *J.D.J.*, 2003, n° 221, p. 44, note. En ce sens : J. SOSSON, « Une procédure peu connue : le changement de nom par la voie administrative. Conditions, modalités et effets », *Ann. Dr. Louvain*, 1994, p. 96, n° 8 et p. 112, n° 23 ; P. VLAARDINGERBROEK, « De achternaam na beëindiging van een relatie », *Echtscheidingsbulletin*, 2000, p. 13. La pratique administrative semble être en sens contraire, tout comme la doctrine (D. VAN GRUNDERBEECK, « Art. 3. Wet van 15 mei 1987 », *o.c.*, n° 10). L'ancienne Commission européenne des droits de l'homme tend également à faire prévaloir la vie familiale de l'enfant qui exige une intégration effective dans sa nouvelle famille (voy. : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, *o.c.*, pp. 137-138, n° 174 et les réf. cit.).

(267) Dans le même sens : P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n° 183. Nous révisons une opinion antérieure (Y.-H. LELEU, « Le nom et les prénoms de l'enfant. Attribution, choix et changement », *o.c.*, p. 319).

jurisprudence de la Cour de cassation limitant la rectification à la première génération (*supra*, n° 78).

**80. Procédure.** La demande de changement de nom est adressée par requête motivée au ministre de la Justice (art. 2). La requête peut être formée par l'intéressé ou par son représentant légal (art. 2, al. 2)<sup>(268)</sup>.

Si le changement est autorisé, un arrêté royal motivé (sommairement<sup>(269)</sup>) est publié au *Moniteur belge* (art. 5, al. 1<sup>er</sup>). L'autorisation n'est toutefois définitive que 60 jours après cette publication (art. 6, al. 1<sup>er</sup>), délai ouvert aux tiers – en ce compris les enfants du requérant<sup>(270)</sup> – pour s'y opposer (art. 5, al. 2). Une opposition suspend la procédure jusqu'à son rejet, également par arrêté royal motivé mais non publié (art. 6, al. 2) ; si elle est fondée, un arrêté royal de retrait du changement de nom est publié au *Moniteur belge* (art. 5, al. 4). L'autorisation devenue définitive est enregistrée et donne lieu à perception d'un droit de 49 euros (art. 249, § 2, C. enr.)<sup>(271)</sup>.

La procédure de changement de nom est soumise aux exigences du procès équitable (art. 6 C.E.D.H.)<sup>(272)</sup> et la décision de refus<sup>(273)</sup> peut

(268) Au rebours de la doctrine dominante, nous pensons que cette prérogative relève de l'autorité parentale « au sens strict », régie par le droit commun de l'autorité parentale (Y.-H. LELEU, « Le nom et les prénoms de l'enfant. Attribution, choix et changement », *o.c.*, pp. 321 et s. ; A.-Ch. VAN GYSEL, in *Précis de droit de la famille* (A.-Ch. VAN GYSEL dir.), 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 143 ; *contra* : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n° 187 ; J. SOSSON, « Une procédure peu connue : le changement de nom par la voie administrative. Conditions, modalités et effets », *o.c.*, pp. 106-107, n°s 19-20). Sur la représentation des incapables, en particulier la faculté, critiquable, pour un parent d'introduire seul la requête : C.E., 19 novembre 2012, *J.D.J.*, 2013, n° 321, p. 45 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 204 (somm.), R.W., 2012-2013, p. 1709, extrait A. VAN STEENBERGE (irrecevabilité de la demande introduite par seulement l'un des titulaires de l'autorité parentale) ; C.E., 10 mars 2003, *NjW*, 2004, p. 555, note G. VERSCHULDEN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 269 (somm.) ; C.E., 30 juillet 1985, *J.T.*, 1986, p. 47, obs. J. DE GAVRE ; Civ. Liège (fam.), 5 février 2015, *Act. dr. fam.*, 2015, p. 85, note J. FIERENS (autorisation du père de l'enfant à introduire une demande de changement au nom de l'enfant) ; J. SOSSON, *o.c.*, pp. 100 et s. ; D. VAN GRUNDERBEECK, « Art. 2. Wet van 15 mei 1987 », *o.c.*, n°s 18-39.

(269) Pour protéger la vie privée du requérant ; l'arrêté de refus doit par contre être motivé plus sérieusement (*infra*).

(270) En raison de la nature personnelle des droits en cause, le mineur doté du discernement doit être recevable à agir seul (*infra*, n° 255) ; comp. : J. SOSSON, « Une procédure peu connue : le changement de nom par la voie administrative. Conditions, modalités et effets », *o.c.*, p. 117, n° 29, qui tire argument de l'art. 2, al. 2 – représentation légale – pour dénier au mineur cette capacité ; il s'agit pourtant ici d'un droit d'opposition et non d'action ; Trib. fam. Liège, division Liège, 5 février 2015, *Act. dr. fam.*, 2015, p. 85, note J. FIERENS (souhait de changement de nom clairement formulé par l'enfant ; autorisation du père à introduire une demande de changement au nom de l'enfant).

(271) Tarif porté à 740 euros, sauf réduction, en cas d'autorisation d'adoindre un autre nom ou une particule au nom existant, ou de substituer une lettre minuscule à une majuscule (art. 249, § 3, C. enr.).

(272) Jurisprudence de l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme (D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, *o.c.*, p. 138, note 579).

(273) Les tiers, bénéficiant d'un droit d'opposition, ne peuvent introduire un tel recours (D. VAN GRUNDERBEECK, « Art. 3. Wet van 15 mei 1987 », *o.c.*, n° 23).

faire l'objet d'un recours en annulation<sup>(274)</sup> ou en suspension<sup>(275)</sup> devant le Conseil d'État. Cette juridiction procédera à un contrôle marginal de la motivation<sup>(276)</sup> en vue de s'assurer que l'autorité n'a pas manifestement excédé ses pouvoirs.

**81. Effets.** Le changement de nom n'est pas rétroactif ; il autorise et oblige le requérant à porter le nouveau nom à partir de la transcription de la décision dans les registres de l'état civil (art. 8, al. 2). Dans les 60 jours suivant l'enregistrement de l'arrêté royal, une copie de celui-ci est remise à l'officier de l'état civil par le bénéficiaire (art. 7) pour qu'il la transcrive dans un délai de 15 jours avec mention marginale en regard de l'acte de naissance (art. 8, al. 4).

Le changement de nom s'applique aux enfants mineurs nés lors de l'introduction de la demande et au bénéficiaire desquels la demande a été étendue<sup>(277)</sup>, ainsi qu'aux enfants nés après l'introduction de la requête<sup>(278)</sup> (art. 8, al. 3). Il est également fait mention du changement en marge des actes relatifs aux personnes qui en bénéficient (art. 8, al. 4). Les enfants majeurs et les enfants mineurs non visés par la demande ne verront pas leur nom modifié.

### 3. Le prénom

#### 1° Attribution

**82. Notion. Autonomie de la volonté.** Le prénom individualise les membres d'une même cellule familiale et évite les confusions entre homonymes. Élément de l'état des personnes et, à ce titre, figurant obligatoirement dans l'acte de naissance (art. 57-58), il a moins d'importance que le

(274) C.E., 21 juin 2013, *J.D.J.*, 2013, n° 327, p. 45 (somm.), *C.D.P.K.*, 2014, p. 291 (somm.) (rejet de l'excès de pouvoir) ; C.E., 1<sup>er</sup> mars 2012, *J.D.J.*, 2012, n° 314, p. 42 (insuffisance de la motivation) ; C.E., 12 mars 2012, *J.D.J.*, 2012, n° 314, p. 42 (insuffisance de la motivation) ; C.E., 8 février 2010, *J.D.J.*, 2010, n° 293, p. 45 (défaut de motivation formelle) ; C.E., 16 février 2012, *J.D.J.*, 2012, n° 314, p. 42 (défaut de motivation formelle) ; C.E., 30 juillet 1985, *J.T.*, 1986, p. 47, obs. J. DE GAVRE (requête introduite par une personne non compétente).

(275) C.E., 10 juillet 1995, *T.B.P.*, 1996, p. 120 ; C.E., 27 mai 1994, *R.A.C.E.*, 1994, p. 12.

(276) C.E., 21 juin 2013, *J.D.J.*, 2013, n° 327, p. 45 (somm.), *C.D.P.K.*, 2014, p. 291 (somm.) (rejet de l'excès de pouvoir) ; C.E., 16 février 2012, *J.D.J.*, 2012, n° 314, p. 42 (insuffisance de motivation) ; C.E., 1<sup>er</sup> mars 2012, *J.D.J.*, 2012, n° 314, p. 42 (insuffisance de la motivation) ; C.E., 12 mars 2012, *J.D.J.*, 2012, n° 314, p. 42 ; C.E., 8 février 2010, *J.D.J.*, 2010, n° 293, p. 45 (insuffisance de motivation) ; C.E., 11 octobre 2005, *A.P.M.*, 2005, p. 205, note : la motivation d'une décision de refus de changement de nom est insuffisante dès lors qu'elle ne permet pas au demandeur de comprendre pourquoi les motifs invoqués dans sa requête ne sont pas suffisamment 'sérieux' aux yeux de l'autorité ; C.E., 27 mai 1994, n° 47.649, précité. Pour plus de détails : D. VAN GRUNDERBEECK, « Art. 3. Wet van 15 mei 1987 », *o.c.*, n° 25.

(277) Le ministère contrôle si cette extension sert les intérêts de ces enfants (D. VAN GRUNDERBEECK, « Art. 8. Wet van 15 mei 1987 », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n° 10).

(278) Ou pendant la procédure : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n° 187.

nom de famille sur un plan organisationnel, mais conserve une immense charge émotionnelle et affective pour celui qui le porte et ceux qui le choisissent. On trouvera donc en cette matière des règles plus précises quant au choix et plus souples quant à la modification.

Contrairement au nom de famille, le prénom d'un enfant est choisi par ses parents<sup>(279)</sup>. La loi semble exiger que l'enfant porte plusieurs prénoms et la tradition est en ce sens, mais le premier prénom, éventuellement composé, est celui qui identifie la personne dans la vie courante et qui cristallise les litiges éventuels.

Le choix du prénom n'est plus limité aux listes calendaires complétées par les personnages historiques. La loi du 15 mai 1987 a supprimé ce type de contrainte, non sans maintenir l'interdiction pour l'officier de l'état civil d'acter un choix de prénoms pouvant prêter à confusion<sup>(280)</sup> ou nuire à l'enfant ou à des tiers (art. 1<sup>er</sup>)<sup>(281)</sup>.

Seul un jugement en rectification de l'acte de l'état civil, le cas échéant à l'initiative du ministère public<sup>(282)</sup>, peut contrer le refus (ou l'acceptation) de l'officier de l'état civil<sup>(283)</sup> ou, avant l'assouplissement des conditions de rectification d'erreurs matérielles (art. 99-100 ; *supra*, n° 64), réparer une mauvaise graphie ou translittération<sup>(284)</sup>.

La conciliation entre la liberté de choix des parents, l'intérêt de l'enfant et les pouvoirs de l'officier de l'état civil doit être en phase avec l'évolution des goûts. On peut sourire à la lecture de certains prénoms dans les statistiques annuelles de l'état civil<sup>(285)</sup>, mais bien vite surgit l'idée qu'une action en responsabilité civile contre les parents et l'officier de l'état civil doit être à la disposition de l'enfant qui établirait un préjudice moral ou matériel<sup>(286)</sup>. Cette perspective d'une sanction *a posteriori* nous semble de nature à pacifier une matière où s'oppose à notre conception

(279) L'officier de l'état civil choisit les prénoms d'un enfant trouvé (art. 58).

(280) Avec d'autres personnes ou compte tenu du sexe de l'enfant (prénom exclusivement féminin pour un garçon – cette restriction ne vaut pas pour les deuxième et autres prénoms).

(281) C.E.D.H., *Johansson c. Finlande*, arrêt du 6 septembre 2007, T.J.K., 2008, p. 72, obs. M. VERHEYDE (« Axl Mick » refusé à tort par les autorités finlandaises, hors de leur large marge d'appréciation) ; Civ. Bruxelles, 13 août 1990, R.G.D.C., 1991, p. 279 (*Targa* refusé). I. BOONE, « De vrijheid van voornaamkeuze : is « Alles » mogelijk ? », R.W., 2013-2014, p. 1082.

(282) À l'occasion de sa consultation annuelle des registres de l'état civil.

(283) Anvers, 10 avril 1990, *Turnb. Rechtsl.*, 1993, p. 9 (*Maradonna*). Comp. : D. VAN GRUNDERBEECK, « Art. 1. Wet van 15 mei 1987 », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n° 12, qui propose en cas de refus de citer l'officier de l'état civil pour le contraindre à acter le prénom.

(284) Anvers, 3 février 1986, J.D.J., 1995, n° 143, p. 132, obs. J. JACQMAIN, R.W., 1986-1987, col. 116, note. W. PINTENS (*Hadiga* au lieu de *Khadija*) ; Civ. Anvers, 22 mai 1990, R.W., 1991-1992, p. 308 (*Galid* et *Yusef* au lieu de *Khalid* et *Youssef*).

(285) Pour un florilège en Région flamande : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Anvers, Intersentia, 2014, p. 152, n° 249.

(286) Un indice de l'existence de ce dernier type de préjudice peut être trouvé dans la réduction accordée des droits d'enregistrement du changement administratif de prénom (voy. : ci-après, au texte).

plutôt rigoriste<sup>(287)</sup>, une importante tendance doctrinale au respect de la liberté de choix<sup>(288)</sup>. Il est vrai que l'enfant n'échappera pas aux conséquences de ce choix s'il doit porter en fait le prénom contesté<sup>(289)</sup>.

**83. Titulaires du choix.** Le choix incombe exclusivement aux parents<sup>(290)</sup> agissant conjointement. En pratique, on tolère que le prénom soit communiqué par l'un des deux parents, généralement celui qui déclare la naissance devant l'officier de l'état civil. Une « voie de fait » n'est dès lors pas exclue. En cas de désaccord après la déclaration de naissance, seule une procédure en rectification de l'acte de naissance permettra au tribunal de la famille de trancher le différend parental<sup>(291)</sup>.

Si le désaccord survient avant la déclaration de naissance, aucun recours n'est prévu, mais le litige devrait pouvoir être examiné par le tribunal de la famille statuant en référé en vertu du caractère urgent de la demande, lequel devra être démontré (art. 1253ter/4, § 1<sup>er</sup>, C. jud.)<sup>(292)</sup>.

## 2° Changement

**84. Procédure administrative.** Comme le nom de famille, le prénom doit être stable. Mais une demande sociale de changement existe, plus forte et pour d'autres motifs que celle concernant le nom. Elle doit être rencontrée par le système juridique même si elle nuit à l'identification des

(287) Mais partagée par la jurisprudence européenne : C.E.D.H., *Guillot c. France*, arrêt du 24 octobre 1996, CEDH, 1996-V, p. 1593, *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 396, obs. J. HAUSER, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 163 (refus de « Fleur de Marie » ; pas de violation de l'art. 8 C.E.D.H., les désagréments étant insuffisants compte tenu de l'usage, dans la vie courante, du prénom contesté).

(288) Voy. : F. GRANET, « L'application en matière d'état civil des principes posés par la Convention européenne des droits de l'homme dans les États membres de la Commission internationale de l'état civil », *Rev. trim. dr. europ.*, 1997, p. 670 ; M. GROSS, « Rights and Normalization : a Critical Study of European Human Rights Case Law on the Choice and Change of Names », *Harvard Human Rights Journal*, 1996, pp. 278 et s. ; D. VAN GRUNDBEECK, « Art. 1. Wet van 15 mei 1987 », *o.c.*, n° 14.

(289) D. VAN GRUNDBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, *o.c.*, p. 127, note 536.

(290) Le choix du prénom étant une prérogative de l'autorité parentale dite « au sens large » dotée d'incidence sur l'état de la personne de l'enfant, il n'est pas régi par le droit commun de l'autorité parentale (P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n° 201 ; *contra* : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, *o.c.*, p. 128, n° 117). Aucun tiers ne peut se substituer aux parents ; à défaut de choix, le *ministère public* agit en vue de faire compléter l'acte de naissance (H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *l.c.*).

(291) Bruxelles, 29 juin 1967, *Ann. not.*, 1968, p. 181, obs. C. DELNOY-MARGRÈVE ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n° 201.

(292) La détermination conjointe du prénom de l'enfant par ses parents relève de l'autorité parentale au sens large et n'est dès lors pas soumise au droit commun de l'autorité parentale. Par conséquent, la demande relative à un désaccord né entre les parents concernant le prénom à donner à leur enfant ne ressortit pas aux causes réputées urgentes (art. 1253ter/4, § 2, C. jud.) mais aux causes pour lesquelles l'urgence doit être démontrée. Sur la distinction entre l'autorité parentale au sens large et au sens strict, voy. *infra*, n° 747.

personnes<sup>(293)</sup>. La loi du 15 mai 1987 organise une procédure plus souple que pour le changement de nom, mais plus onéreuse afin de filtrer les demandes<sup>(294)</sup>.

La demande est adressée au ministre de la Justice (art. 2, al. 1<sup>er</sup>). Elle ne doit pas être fondée sur des « motifs sérieux » et peut être mue par l'attrait de la nouveauté<sup>(295)</sup>. Le changement est autorisé dès lors que les prénoms sollicités ne prêtent pas à confusion et ne sont pas susceptibles de nuire au requérant ou à des tiers (art. 3, al. 1<sup>er</sup>). Le changement est de droit pour la personne transsexuelle dès le début de son traitement hormonal, le législateur ayant considéré que ce changement pouvait contribuer à l'épanouissement de sa personnalité durant le cours de sa conversion sexuelle physique<sup>(296)</sup> (art. 3 et art. 2, al. 3)<sup>(297)</sup>.

La procédure est exclusivement ministérielle et conclue par arrêté ministériel (art. 3, al. 1<sup>er</sup>). Il n'y a ni publication au *Moniteur belge* ni faculté d'opposition. L'autorisation est donc définitive à la date de l'arrêté (art. 4, al. 1<sup>er</sup>). Une copie de celui-ci est transmise à l'officier de l'état civil dans les 60 jours de l'enregistrement (art. 7) pour être transcrite dans les 15 jours (art. 8, al. 1<sup>er</sup>) et produire ensuite ses effets (art. 8, al. 2). Le changement de prénom donne lieu à la perception d'un droit d'enregistrement de 490 EUR, réductible à 49 EUR sur demande motivée ou de droit pour les personnes transsexuelles (art. 249, § 1<sup>er</sup>, C. enr.)<sup>(298)</sup>.

(293) Voy. principalement en matière de transsexualisme : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht, Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., pp. 127-129, n<sup>os</sup> 158-160. Adde : T.G.I. Lille, 18 décembre 2003, D., 2004, p. 2675, note X. LABBÉE (connotation ridicule du prénom selon l'accent de prononciation).

(294) Les prénoms peuvent aussi être modifiés – par le juge – à la suite d'une adoption (art. 349-2), avec le consentement de l'adopté âgé de plus de 12 ans.

(295) La jurisprudence française accorde la reprise de son prénom d'origine à un étranger naturalisé ayant changé de prénom à cette occasion : Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 22 juin 1999, *J.C.P.*, 1999, IV, 2548 ; Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 2 mars 1999, *J.C.P.*, 1999, II, 10089, note Th. GARÉ ; Paris, 17 janvier 2002, D., 2002, p. 695, note ; *contra* : Montpellier, 17 novembre 1997, *J.C.P.*, 1998, IV, 3001. Sur l'obligation formelle de motivation : D. VAN GRUNDERBEECK, « Art. 3. Wet van 15 mei 1987 », o.c., n<sup>os</sup> 54-57.

(296) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2003-2004, n<sup>o</sup> 51-0903/001, p. 6. Sur la jurisprudence ancienne et la controverse à ce sujet, voy. notre première édition, n<sup>o</sup> 84, note 253.

(297) La loi impose que la demande en changement de prénom soit accompagnée d'une attestation des médecins, psychiatre et endocrinologue, certifiant que les conditions requises sont satisfaites. Ce document devra attester que le requérant a la conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé à celui qui est indiqué dans l'acte de naissance ; qu'il suit ou a suivi un traitement hormonal de substitution visant à induire les caractéristiques sexuelles physiques du sexe auquel il a la conviction d'appartenir ; que le changement de prénoms constitue une donnée essentielle lors du changement de genre (voy. : S. CAP, « La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité », *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, pp. 112-113 ; T. WUYTS, « De voornaamswijziging van de transsexueel », in *De rechtspositie van de transsexueel. Commentaar op de wetten van 9 en 10 mei 2007 en van 15 mei 2007* (P. SENAËVE et K. UYTTERHOEVEN éd.), Anvers, Intersentia, 2008, p. 113).

(298) Ex. : prénom ridicule.

## § 2. Le sexe

**85. Bibliographie.** D. BORILLO, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », in *Droit des familles, genre et sexualité* (N. GALLUS éd.), Limal, Anthemis, 2012, p. 7 ; J.-P. BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, L.G.D.J., 1993 ; S. CAP, « La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité », *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 59 ; C. FORTIER et L. BRUNET, « Changement d'état civil des personnes « trans » en France : du transsexualisme à la transidentité », in *Droit des familles, genre et sexualité* (N. GALLUS éd.), Limal, Anthemis, 2012, p. 63 ; F. FURKEL, « La loi allemande du 10 septembre 1980 sur le transsexualisme : source d'inspiration pour le législateur français ? », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 165 ; F. GRANET, « Transsexualisme, état civil, vie privée et familiale dans les États membres de la C.I.E.C. », *Dr. fam.*, 1998, chron., n° 16 ; W. GROSHIDE, « Transsexualiteit en de betrekkelijkheid van de rechtsvinding. Enkele opmerkingen over rechterlijke rechtsvinding door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, het Franse Cour de cassation en de Nederlandse Hoge Raad onder vigeur van art. 8 EVRM », in *Drie Treden. Over politiek, beleid en recht. Mélanges offerts à Job De Ruiter*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1995, p. 355 ; G. HIERNAUX, « Approche de la transsexualité en droit belge », in *Droit des familles, genre et sexualité* (N. GALLUS éd.), Limal, Anthemis, 2012, p. 35 ; Cl. LOMBOIS, « La position française sur le transsexualisme devant la Cour européenne des droits de l'homme », *D.*, 1992, chron., p. 323 ; L. MAUGER-VIELPEAU, « Le transsexualisme et le Code civil », *Dr. fam.*, 2005, p. 7 ; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « La vérité et le sexe. À propos du transsexualisme », *R.G.D.C.*, 1989, p. 5 ; E. MORBE, *Mevrouw/mijheer. De wet betreffende de transsexualiteit*, Kortrijk, UGA, 2008 ; J. PETIT, « L'ambiguïté du droit face au syndrome transsexuel », *Rev. trim. dr. civ.*, 1976, p. 263 ; M.-L. RASSAT, « Sexe, médecine et droit », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 652-674 ; F. RIGAUX, *Plaisir, interdits et pouvoir. Une analyse des discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et la race*, Anvers, Kluwer, 2000 ; F. RIGAUX, « Les discriminations de race, de sexe et d'orientation sexuelle en quête d'alibis scientifiques », *Ann. Dr. Louvain*, 2000, p. 173 ; P. SENAËVE et K. UYTTERHOEVEN (éd.), *De rechtspositie van de transseksueel. Commentaar op de wetten van 9 en 10 mei 2007 en van 15 mei 2007*, Anvers, Intersentia, 2008 ; O. TODTS, « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité du genre : un droit fondamental ? », *Ann. Dr. Louvain*, 2013, p. 133 ; K. UYTTERHOEVEN, *De staat van de transseksuele persoon*, thèse, K.U.Leuven, 2000 ; K. VERSTRAETE, « Wet betreffende de transsexualiteit » *T.V.W.*, 2007, p. 426 ; K. VERSTRAETE, « Mogelijkheid tot uitstel van geslachtsvermelding bij de aangifte van de geboorte in geval van onduidelijkheid van het geslacht van het kind », *T.V.W.*, 2007, p. 432 ; H. WILLEKENS, *Vrouwelijkheid, mannelijkheid en recht : theoretische verkenningen*, Anvers, Kluwer, 1991.

**86. Importance juridique du sexe.** Plus encore que d'autres éléments d'identification de la personne, le sexe différencie celle-ci<sup>(299)</sup>. Il touche au corps, à l'affectif, à la procréation, domaines des plus intimes. Il détermine le développement de la personnalité, les rôles et les comportements sociaux, bref les voies d'épanouissement et de recherche du bonheur.

(299) L'étymologie du mot « sexe » (lat. *sectus* – différence) l'atteste.

L'avènement de l'égalité entre homme et femme a nécessité d'ex-purger le droit familial de toute discrimination fondée sur le sexe, tâche lourde compte tenu du modèle patriarcal voulu par le Code civil, et chantier qui s'est plus récemment déplacé vers le terrain des discriminations en raison de l'orientation sexuelle<sup>(300)</sup>. La protection de l'égalité entre les sexes, de l'identité sexuelle et du libre vécu de son orientation sexuelle sont reconnus comme droits (les plus) fondamentaux<sup>(301)</sup> (dénomination qu'il faut certainement préférer ici au vocable « droits de l'homme »<sup>(302)</sup>). Plutôt que mettre en doute la pertinence juridique de la différenciation par le sexe au motif que celle-ci ne se justifierait que par l'obsoleète dominance d'un sexe sur l'autre<sup>(303)</sup>, nous préférons encourager le rejet des discriminations en rapport avec le sexe, dont on rappellera qu'elles n'excluent pas les différences de traitement reposant sur des objectifs légitimes et proportionnées à ceux-ci.

Le sexe est donc un élément de l'état de la personne<sup>(304)</sup> et, à ce titre, est déterminé dès la naissance pour demeurer stable tout au long de l'existence. Ces principes ont toutefois été remis en question à la fois par les progrès de la médecine et par une reconnaissance croissante de la maîtrise de la personne sur son corps. La détermination du sexe à la naissance – première question traitée – doit composer avec la connaissance du fait que la notion même de sexe est multiforme, résultant d'une convergence de composantes pas toutes identifiables (aisément) au moment de la naissance, ou pouvant varier ensuite. Les modifications du sexe et leur

(300) F. RIGAUX, *Plaisir, interdits et pouvoir. Une analyse des discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et la race*, Anvers, Kluwer, 2000 et « Les discriminations de race, de sexe et d'orientation sexuelle en quête d'alibis scientifiques », *Ann. Dr. Louvain*, 2000, p. 173 ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, o.c., pp. 88-89, n° 136 ; A. LEONARD, « Droit et philosophie : même combat pour la raison », *J.L.M.B.*, 2013, p. 69.

(301) Art. 14 C.E.D.H. ; la discrimination fondée sur le sexe est considérée comme « suspecte », de sorte que seules des considérations très fortes peuvent la justifier ; celle fondée sur l'orientation sexuelle entre également sous la protection de l'art. 14 (C.E.D.H., *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, arrêt du 21 décembre 1999, *CEDH*, 1999-IX, p. 309, *R.U.D.H.*, 1999, p. 444, *J.C.P.*, 2000, I, 203, obs. F. SUDRE, n° 11, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 696, *E.J.*, 2000, p. 106, note D. VAN GRUNDERBEECK, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 185, *NJCM-Bulletin*, 2000, n° 4, p. 880, note C.J. FORDEY, *J.J.P.*, 2002, p. 252, note D. VAN GRUNDERBEECK ; C.E.D.H., *P.V. c. Espagne*, arrêt du 30 novembre 2010, *J.D.E.*, 2011, p. 20 (somm.), *J.D.J.*, 2010, n° 300, p. 59 (somm.), note, *J.D.J.*, 2011, n° 302, p. 41 (régime de visite moins favorable d'un parent en raison de sa transsexualité) ; pour une analyse approfondie : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., pp. 90 et s. Adde : art. 13 Traité CE ; voy. à ce sujet : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., pp. 87-88, n° 120.

(302) Sur ce problème de terminologie : Recommandation n° 1229(1994) de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe relative à l'égalité des droits entre les hommes et les femmes.

(303) F. OLSEN, *Sexe en kleur, gender en ras*, Bruxelles, Nemesi, 1998, p. 176 ; rapp. : A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed : theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, o.c., p. 65, n° 159.

(304) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 149, n° 1143 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 11<sup>e</sup> éd., Louvain, Acco, 2008, n°s 224 et s.

nécessaire prise en considération par un système juridique respectueux des droits fondamentaux – seconde question traitée – ne sont dès lors plus hypothétiques et doivent suivre les règles de mutabilité contrôlée de l'état des personnes.

## I. Détermination

**87. Mention d'un seul sexe aux composantes multiples.** L'officier de l'état civil qui dresse l'acte de naissance constate le sexe (art. 57, 1<sup>o</sup>), le plus souvent sur la base d'une attestation médicale (*supra*, n<sup>o</sup> 47). Cette solution simple s'est singulièrement compliquée ces dernières décennies.

On sait que le sexe n'est pas réductible à sa composante morphologique, la seule retenue naguère pour l'établissement de l'acte de naissance. Dans un ordre décroissant de « visibilité » à la naissance, on compte parmi les composantes de l'identité sexuelle de la personne : le sexe *morphologique* (caractères sexuels extérieurs primaires et secondaires) ; le sexe *gonadique* (présence de testicules ou d'ovaires) ; le sexe *hormonal* (testostérone, œstrogènes, etc.) ; le sexe *génétique* (chromosomes XY ou XX) ; le sexe *psychologique* (conviction) ; le sexe *sociologique* (perception par autrui)<sup>(305)</sup>. Le sexe de la personne est déterminé par la convergence de ces six composantes, dont on espère qu'elle est totale. À défaut, comme seul un sexe peut être mentionné dans l'acte de naissance, on retiendra celui qui apparaît « prédominant » au vu de la morphologie et des composantes présentes avec certitude à ce moment<sup>(306)</sup>.

Il ne se concevait traditionnellement pas en droit que le sexe d'un nouveau-né soit indéterminé<sup>(307)</sup>. Pourtant, il n'est pas impossible en fait qu'un individu présente des caractéristiques des deux sexes, soit qu'une divergence entre plusieurs composantes ait été présente à la naissance, soit qu'elle soit survenue ultérieurement. Or, une fois dressé, l'acte de naissance ne peut être rectifié ni modifié qu'en vertu d'une décision judiciaire, ce dont peuvent se plaindre deux catégories de personnes : les *intersexuels* et les *transsexuels*<sup>(308)</sup>.

(305) Voy. : J.-P. BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, L.G.D.J., 1993, pp. 454-464 ; A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed : theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, o.c., p. 65, n<sup>o</sup> 158.

(306) Les composantes psychiques et sociales ne se développent qu'ultérieurement. Comp. : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n<sup>o</sup> 229, 2<sup>o</sup>, qui limite le constat, de manière trop restrictive à notre sens, au critère morphologique.

(307) Comp. toutefois : Bruxelles, 7 avril 1992, *Pas.*, 1992, II, p. 49.

(308) À distinguer du *travestissement* (trouble de l'identité de genre se manifestant par l'emprunt de comportements et codes vestimentaires propres à l'autre sexe) et du *transgenderisme* (semi-transsexualisme, conviction d'appartenir aux deux sexes). Voy. : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., p. 90, n<sup>o</sup> 123 et pp. 105-106, n<sup>o</sup> 137 et les réf. cit.

À l'heure actuelle, il n'existe pas, à l'aune de la jurisprudence européenne, d'obligations à charge des États de permettre l'indication d'aucun sexe dans l'acte de naissance en cas de « non-sexualité »<sup>(309)</sup> ni d'en mentionner deux en cas de « transgenderisme »<sup>(310)</sup>. Cette lacune fait actuellement l'objet de débats pouvant laisser entrevoir une évolution normative à brève échéance<sup>(311)</sup>.

**88. Intersexualisme. Action en rectification de l'acte de naissance.** Les personnes intersexuelles présentent des composantes sexuelles physiques ambiguës. L'appartenance gonadique est *équivoque* ou contraire au sexe génétique et à l'apparence extérieure (hermaphrodisme et pseudo-hermaphrodisme). Ces personnes peuvent subir un traitement médical qui ne modifie pas le sexe prédominant, mais le révèle et y adapte la morphologie.

Si l'y a ambiguïté constatée à la naissance, sur foi d'une attestation médicale, l'officier de l'état civil dispose d'un délai dérogatoire de 3 mois pour mentionner le sexe dans l'acte de naissance (art. 57, 1<sup>o</sup>, al. 2, réd. L. du 15 mai 2007)<sup>(312)</sup>.

Si le sexe attribué dans l'acte de naissance s'avère ultérieurement différent du sexe véritable, l'adaptation d'un acte de naissance non conforme à celui-ci ne soulève aucune difficulté : une erreur (non matérielle au sens des art. 99 et 100 du Code civil) a été commise lors de l'établissement de l'acte parce que l'un des critères de détermination du sexe n'a pas pu être interprété ou l'a mal été. La correction sera opérée par rectification (art. 1383-1385 C. jud.)<sup>(313)</sup>.

(309) Voy. : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering, o.c.*, pp. 90 et s. En ce sens : Hoge Raad (Pays-Bas), 30 mars 2007, *Ars Aequi*, 2007, p. 685, note A. NUYTINCK.

(310) Voy. : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering, o.c.*, p. 103, n<sup>o</sup> 134.

(311) Voy. not. : O. TODTS, « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité du genre : un droit fondamental ? », *Ann. Dr. Louvain*, 2013, p. 133.

(312) K. VERSTRAETE, « Mogelijkheid tot uitstel van geslachtsvermelding bij de aangifte van de geboorte in geval van onduidelijkheid van het geslacht van het kind », *T.V.W.*, 2007, p. 432.

(313) Bruxelles, 12 juin 1984, *R.W.*, 1984-1985, col. 2001, note J.-M. PAUWELS ; Civ. Anvers, 8 février 1979, *R.W.*, 1979-1980, col. 2064, note J.-M. PAUWELS ; Civ. Mons, 11 mai 1988 et 17 janvier 1990, *J.L.M.B.*, 1990, pp. 1170 et 1174 ; Civ. Louvain, 4 mai 1998, *R.G.D.C.*, 2000, p. 42, note K. UYTTERHOEVEN. Sur le plan médical, une certaine école suggère le maintien de l'indétermination sexuelle physique jusqu'à permettre à l'enfant de choisir le sexe en adéquation avec ses composantes psychique et sociale. Comme il est impossible de ne pas mentionner un sexe dans l'acte de naissance, cela peut créer sur le plan juridique, en fonction du choix de l'enfant, une situation analogue au transsexualisme.

## 2. Changement

**89. Transsexualisme. Position de la question.** Les personnes transsexuelles sont dotées de composantes sexuelles physiques convergentes (morphologie, gonades, hormones, chromosomes), mais sont animées de la conviction d'appartenir à l'autre sexe (critère psychologique) et, si elles extériorisent leur situation, peuvent être socialement identifiées comme sexuellement différentes (critère sociologique). La divergence entre les composantes du sexe n'apparaît pas à la naissance, mais devient si impérieuse ensuite et son acceptation si délicate qu'elle plonge les intéressés dans un désarroi que seule une modification morphologique peut contribuer à soulager. S'agissant d'une pathologie, le traitement médical qu'elles peuvent solliciter est légitime<sup>(314)</sup>. Il opère un changement de sexe presque parfait car, à son terme, l'apparence physique coïncide avec les composantes psychologique et sociale, mais diverge encore de certaines composantes biologiques, notamment le sexe chromosomique.

**90. Droits fondamentaux.** Dès l'apparition de la nécessité d'offrir une aide complète aux personnes transsexuelles, les systèmes juridiques prohibant l'adaptation des actes d'état civil<sup>(315)</sup> ont été critiqués au regard des droits fondamentaux, notamment le droit au respect de la vie privée et de la vie familiale, le droit au mariage et le principe de non-discrimination<sup>(316)</sup>.

La *vie privée* du transsexuel (art. 8 C.E.D.H.) est mise à mal par d'incessantes intrusions lorsque ses documents d'identité n'oblitérent pas suffisamment son passé. Après une décision progressiste de la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Van Oosterwijck*<sup>(317)</sup>, la Cour s'est figée dans l'observation du phénomène transsexuel, attendant

(314) Sur la nature thérapeutique des interventions : G. GENICOT, *Droit médical et biomédical, o.c.*, p. 526, notes 27 et 28.

(315) La licéité de l'opération de conversion ne fait plus aucun doute (Corr. Bruxelles, 27 septembre 1969, *J.T.*, 1969, p. 635) et sa prohibition – non son encadrement – serait contraire à l'art. 3 C.E.D.H. (K. UYTTERHOEVEN, *De staat van de transsexuele persoon*, thèse, K.U.Leuven, 2000, nos 84 et s.).

(316) Sur l'ensemble de la question : D. BORILLO, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », in *Droit des familles, genre et sexualité* (N. GALLUS éd.), Limal, Anthemis, 2012, p. 7 ; O. TODTS, « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité du genre : un droit fondamental ? », *Ann. Dr. Louvain*, 2013, p. 133 ; S. EVAÏN, « Le juge européen, le transsexualisme et les droits de l'homme (à propos de l'arrêt C.E.D.H., *affaire X, Y et Z c./ Royaume-Uni*, arrêt du 22 avril 1997) », *J.C.P.*, 1997, I, 4071 ; F. GRANET, « Transsexualisme, état civil, vie privée et familiale dans les États membres de la C.I.E.C. », *Dr. fam.*, 1998, chron., n° 16 ; F. LYN, P. ROMUALD et J.-M. WALTER, « Transsexualisme et droit européen », in *Sexe, sexualité et droits européens : Enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Paris, A. Pedone, 2007, p. 55 ; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering, o.c.*, pp. 90 et s. ; H. WILLEKENS, « De markt, de transsexueel en het beginsel van de gelijkheid van man en vrouw », in *Mensenrechten. Jaarboek 1996-1997 van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten*, Anvers, Maklu, 1997, p. 315.

(317) Comm. eur. D. H., décision du 1<sup>er</sup> mars 1979, *Publ. C.E.D.H.*, Série B, n° 36 ; arrêt constatant l'absence d'épuisement des voies de recours : C.E.D.H., *Van Oosterwijck c. Belgique*, arrêt du

d'être convaincue, arguments scientifiques à l'appui, que le sexe de la personne change véritablement. Saisie de requêtes fondées sur les articles 8 et 12 de la Convention, elle a refusé à plusieurs reprises de condamner le Royaume-Uni qui refusait la modification de l'acte de naissance mais tolérait l'adaptation des autres preuves de l'état<sup>(318)</sup>. Elle a par contre condamné la France parce que l'acte de naissance y est la mère des preuves de l'état et que son immutabilité empêche toute mention du nouveau sexe dans quelque document officiel que ce soit<sup>(319)</sup>. La Cour a finalement accepté de revoir cette position compte tenu de l'évolution des droits et des mentalités au sujet du transsexualisme dans les arrêts *Goodwin* et *I*, à nouveau contre le Royaume-Uni<sup>(320)</sup>. Plaçant la problématique sur le terrain de l'autonomie de l'individu<sup>(321)</sup>, reconnaissant donc à la personne la maîtrise de son corps, et consciente de ce que les souffrances endurées par ces personnes hypothèquent leur épanouissement, elle inflige aux États membres une obligation positive de prendre les mesures nécessaires pour permettre, outre l'adaptation des actes de l'état civil, les transformations morphologiques décidées par le sujet<sup>(322)</sup> ainsi qu'un traitement non discriminatoire dans l'exercice de ses droits<sup>(323)</sup>.

En ce qui concerne plus particulièrement le droit au *mariage* (art. 12 C.E.D.H.), la Cour affirme dans l'arrêt *Goodwin* qu'il n'existe aucune raison justifiant que les transsexuels soient privés en toutes circonstances

6 novembre 1980, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 40 ; en droit interne : Bruxelles, 7 mai 1974, *Rev. not. belge*, 1975, p. 137, obs. L. KLUGER et J. MAES.

(318) C.E.D.H., *Rees c. Royaume-Uni*, arrêt du 17 octobre 1986, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 106 ; C.E.D.H., *Cossey c. Royaume-Uni*, arrêt du 27 septembre 1990, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 184 ; C.E.D.H., *Sheffield & Horsham c. Royaume-Uni*, arrêt du 30 juillet 1998, *CEDH*, 1998-V, p. 2011, *R.U.D.H.*, 1998, p. 253, *D.*, 1998, p. 370, (somm.), obs. J.-F. RENUCCI, *Rev. trim. dr. civ.*, 1999, p. 59, n° 1, obs. J. HAUSER, *Dr. fam.*, 1999, n° 22, note B. de LAMY, *Rev. trim. D. H.*, 1999, p. 637, obs. M. LEVINET.

(319) C.E.D.H., *Botella c. France*, arrêt du 25 mars 1992, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 232-C, *J.C.P.*, 1997, II, 21955, note Th. GARÉ, *D.*, 1993, jur., p. 101, note J.-P. MARGUÉNAUD. Voy. : Cl. LOMBOIS, « La position française sur le transsexualisme devant la Cour européenne des droits de l'homme », *D.*, 1992, p. 323. Position antérieure de la Cour de cassation de France : Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 21 mai 1990, *J.C.P.*, 1990, II, 21588. Position révisée de cette Cour : Cass. fr. (ass. plén.), 11 décembre 1992, *J.C.P.*, 1993, II, 21991, *Rev. trim. D. H.*, 1993, p. 483 ; C. FORTIER et L. BRUNET, « Changement d'état civil des personnes « trans » en France : du transsexualisme à la transidentité », in *Droit des familles, genre et sexualité* (N. GALLUS éd.), Limal, Anthemis, 2012, p. 63.

(320) C.E.D.H., *Goodwin c. Royaume-Uni*, arrêt du 11 juillet 2002, *Juristenkrant*, 2002, n° 55, p. 11, obs. W. VANDENHOLE, *NjW*, 2002, p. 494, *R.W.*, 2003-2004, p. 1194, obs. H. PANKEN, *J.C.P.*, 2003, I, 101, note Y. FAVIER, *D.*, 2003, p. 525 (somm.), note C. BIRSAN, *J.C.P.*, 2003, I, 150, note B. TEYSSIE, *D.*, 2003, p. 2032, note A.-S. CHAVENT-LECLÈRE, *Dr. fam.*, 2002, n° 133, note A. GOUTTENoire-CORNUT. *Adde* : arrêt *I. c. Royaume-Uni*, même date.

(321) Principe qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'art. 8 (not. arrêt *Goodwin*, § 90 ; C.E.D.H., *Van Kück c. Allemagne*, arrêt du 12 juin 2003, *N.J.B. (Pays-Bas)*, 2003, p. 1509, obs., *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 393, § 69).

(322) C.E.D.H., *L. c. Lituanie*, arrêt du 11 septembre 2007, *N.J.B. (Pays-Bas)*, 2007, p. 2498. Sur le remboursement de frais médicaux : C.E.D.H., *Van Kück c. Allemagne*, arrêt du 12 juin 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 393, *N.J.B. (Pays-Bas)*, 2003, p. 1509, obs.

(323) Ex. : C.E.D.H., 23 mai 2006, *Grant c. Royaume-Uni*, *N.J.B. (Pays-Bas)*, 2006, p. 1702, obs. (droits à pension).

du droit de se marier. Dans l'arrêt *Hämäläinen*, elle considère toutefois que le fait pour un État de subordonner la modification du sexe indiqué sur le numéro national d'identité à la transformation du mariage en un partenariat enregistré n'emporte pas violation de l'article 8 de la C.E.D.H.<sup>(324)</sup>.

Quant à la *vie familiale* du transsexuel (art. 8 C.E.D.H.), la Cour s'est prononcée dans l'arrêt *X, Y et Z*, encore contre le Royaume-Uni<sup>(325)</sup>, en réponse à un transsexuel femme devenu homme désirant être reconnu comme père et exercer l'*autorité parentale* sur un enfant né de sa compagne suite à une insémination artificielle avec donneur. Bien qu'elle ait admis l'applicabilité de l'article 8 compte tenu des liens familiaux *de facto* entre les intéressés, elle s'est appuyée sur l'absence de convergence entre les systèmes juridiques au sujet de la filiation par insémination artificielle et de l'octroi de droits parentaux aux transsexuels, pour conclure à la non-violation de cette disposition.

De même, la Cour a également eu à se prononcer sur l'apparente atteinte à la vie familiale d'un père transsexuel dont le *droit de visite* à l'égard de son fils avait été restreint par les juridictions espagnoles, sur demande de la mère, suite à l'entame d'un processus de conversion sexuelle. Constatant que les juridictions avaient été guidées dans leur décision par une expertise psychologique approfondie des parties et par l'instabilité émotionnelle du père due à son processus de conversion sexuelle, la Cour conclut à l'absence de violation de l'article 8 lu en combinaison avec l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>(326)</sup>.

Le respect du *principe de non-discrimination* des personnes transsexuelles dans les relations de travail a aussi été examiné par la Cour de justice des Communautés européennes<sup>(327)</sup>. Elle affirme que l'article 5, § 1<sup>er</sup>, de la directive du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles s'oppose au licenciement d'un transsexuel pour un motif lié à sa conversion.

(324) Dès lors que la C.E.D.H. n'impose pas aux États contractants l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples de personnes de même sexe (C.E.D.H., *Hämäläinen c. Finlande*, arrêt du 16 juillet 2014, N.J.B. (Pays-Bas), 2014, p. 2938).

(325) C.E.D.H., *X, Y et Z. c. Royaume-Uni*, arrêt du 22 avril 1997, CEDH, 1997-II, p. 619, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 171, *Rev. trim. D. H.*, 1998, p. 129, obs. F. RIGAUX, D., 1997, p. 583, note S. GRATALOU, D., 1997, p. 362, obs. N. FRICERO, *Dr. fam.*, 1998, n° 47, note.

(326) C.E.D.H., *P.V. c. Espagne*, arrêt du 30 novembre 2010, J.D.E., 2011, p. 20 (somm.), J.D.J., 2010, n° 300, p. 59 (somm.), note, J.D.J., 2011, n° 302, p. 41.

(327) C.J.C.E., 30 avril 1996, P. c. S. et Cornwall County Council, aff. C-13/94, *Chron. D.S.*, 1996, p. 323, note J. JACQMAIN, D., 1997, p. 212 (somm.), obs. J. RIDEAU.

**91. Procédure de modification de l'acte de l'état civil.** Avant l'introduction par la loi du 10 mai 2007 d'une procédure administrative de modification de l'acte de naissance, le droit belge se trouvait dans une impasse théorique et stérile au regard des besoins des personnes transsexuelles : *la rectification de l'acte de naissance aurait été exclue à défaut d'erreur lors de son établissement, tandis qu'une action d'état en changement de sexe n'aurait pas existé.*

Après une brève hésitation sur l'admissibilité de la demande de modification de l'acte de naissance devant la nouveauté du phénomène ou pour des raisons de principe<sup>(328)</sup>, la jurisprudence rencontrait les demandes des transsexuels, mais demeurait confuse sur la nature de la procédure<sup>(329)</sup>. La majorité des décisions accueillait soit une action en rectification de la mention du sexe dans l'acte de naissance<sup>(330)</sup>, soit une action d'état avec demande de rectification de l'acte de naissance par voie de conséquence<sup>(331)</sup>.

Encore fallait-il que le transsexualisme s'impose en fait, autrement dit que le changement de sexe ne procède pas d'une volonté légère. L'indisponibilité de l'état des personnes n'était, dans cette conception encore traditionnelle, guère mise à mal dès lors que la seule volonté de changer de sexe était jugée insuffisante<sup>(332)</sup>.

(328) Civ. Mons, 10 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 652 (autorisation de se dire du sexe féminin ; mention marginale sur l'acte de naissance ; adaptation des documents d'identité). Cette jurisprudence n'est pas suivie par la cour d'appel de Mons (Mons, 13 juin 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1736, réformant Civ. Mons, 1<sup>er</sup> décembre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 821, obs. K. UYTTERHOEVEN). La jurisprudence française antérieure à la condamnation de la France dans l'arrêt *Botella* de la C.E.D.H. (voy. : ci-dessus) refusait la rectification d'un acte de l'état civil en cas de changement de sexe, arguant que « le transsexuel, bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, (n'a) pas pour autant acquis ceux du sexe opposé ». La Cour estimait également que l'art. 8 C.E.D.H. « n'impose pas d'attribuer au transsexuel un sexe qui n'est en réalité pas le sien » (Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 21 mai 1990, *J.C.P.*, 1990, II, 21588).

(329) J.-P. MASSON, G. HIERNAUX, N. GALLUS, N. MASSAGER, J.-C. BROUWERS et S. De GRAVE, *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence (1999-2004)*, o.c., 2006, p. 28.

(330) Civ. Verviers, 19 février 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1568 ; Civ. Liège, 11 mai 1990, *J.T.*, 1990, p. 760 ; Civ. Bruxelles, 7 décembre 1988, *J.T.*, 1989, p. 93 ; Civ. Neufchâteau, 14 janvier 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 354, *R.R.D.*, 1987, p. 147, note X. DIJON, confirmé sur ce point par Liège, 15 juin 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 837 ; Civ. Tongres, 23 septembre 1986, *L.R.L.*, 1987, p. 156 ; Civ. Namur, 28 avril 1982, *R.R.D.*, 1985, p. 311, note (critique) X. DIJON ; Civ. Gand, 22 mai 1978, *Rev. trim. dr. fam.*, 1979, p. 416. En doctrine : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., pp. 155-156, n° 149 ; E. VIEUJEAN, « Examen de jurisprudence (1976 à 1982) – Personnes », *R.C.J.B.*, 1985, pp. 504-505, n° 14.

(331) Civ. Ypres, 18 février 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 883 (somm.), *R.A.B.G.*, 2007, p. 164 ; Anvers, 27 janvier 1999, *E.J.*, 1999, p. 50, note K. UYTTERHOEVEN, *R.G.D.C.*, 1999, p. 260, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 89, *R.W.*, 1999-2000, p. 257, note G. VERSCHELDEN, *J.D.J.*, 2000, n° 191, p. 44, note, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 493 ; Civ. Malines, 17 mars 1994, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 740, *R.W.*, 1994-1995, p. 889. Nous proposons, pour notre part, la voie de l'action d'état introduite dans les formes de l'action en rectification (éd. 2005, p. 85, n° 91).

(332) Civ. Ypres, 18 février 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 883 (somm.), *R.A.B.G.*, 2007, p. 164 ; Civ. Arlon, 12 octobre 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 569.

L'action judiciaire a fait place à une procédure administrative (art. 62*bis* et 62*ter* C.civ. ; art. 1385*duodecies* à 1385*quaterdecies* C. jud.)<sup>(333)</sup>. L'effacement du juge, garant traditionnel de l'indisponibilité de l'état, est une reconnaissance législative de l'autodétermination de la personne transsexuelle, accompagnée et encadrée dans sa quête par des médecins responsables<sup>(334)</sup>.

Désormais, une personne qui a la conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé à celui indiqué dans son acte de naissance, et dont le corps a été adapté à ce sexe dans toute la mesure de ce qui est possible et justifié du point de vue médical<sup>(335)</sup>, peut « déclarer cette conviction » à l'officier de l'état civil (art. 62*bis*, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>)<sup>(336)</sup>. Une conversion chirurgicale complète n'est pas requise.

L'intéressé remet à l'officier de l'état civil des attestations médicales de son état (art. 62*bis*, § 2)<sup>(337)</sup>, sur foi desquelles ce dernier établit un acte portant mention du nouveau sexe (art. 62*bis*, § 4) et de nouvelles mentions relatives à la filiation (fils/fille, père/mère/coparente)<sup>(338)</sup>.

En cas de refus, un recours judiciaire est organisé (art. 62*bis*, § 7)<sup>(339)</sup>. En cas de décision positive, toute personne intéressée et le ministère public peuvent exercer un recours – suspensif – dans les 60 jours<sup>(340)</sup>.

(333) Voy. not. : S. CAP, « La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité », *o.c.*, p. 59 ; G. HIERNAX, « Approche de la transsexualité en droit belge », in *Droit des familles, genre et sexualité* (N. GALLUS éd.), Limal, Anthemis, 2012, pp. 35 et s. ; P. SENAËVE et K. UYTTERHOEVEN (éd.), *De rechtspositie van de transseksueel. Commentaar op de wetten van 9 en 10 mei 2007 en van 15 mei 2007*, Anvers, Intersentia, 2008 ; K. VERSTRAETE, « Wet betreffende de transseksualiteit », *T.V.W.*, 2007, p. 426.

(334) Y.-H. LELEU, G. GENICOT et E. LANGENAKEN, « Le droit à la maîtrise du corps : émergence théorique et applications législatives récentes », in *Les droits de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 27. *Contra* : S. CAP, « La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité », *o.c.*, pp. 116 et s., qui considère, à tort, que la personne « s'autoproclame » comme étant de l'autre sexe, éclipant le volet médical de la procédure (attestations).

(335) Rappr. : Civ. Malines, 17 mars 1994, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 740, *R.W.*, 1994-1995, p. 889.

(336) La déclaration d'avoir la conviction constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé à celui qui est indiqué dans l'acte de naissance est un acte non susceptible de représentation ou d'assistance par l'administrateur de la personne (art. 497/2, 17°). Il ne fait pas partie des actes pour lesquels le juge doit se prononcer sur la capacité de la personne à les poser (art. 492/2, § 1<sup>er</sup>). Aucune règle n'est prévue : si le juge a décidé, alors qu'il n'en était pas obligé, que la personne n'est pas capable de les accomplir, personne ne peut les accomplir.

(337) Une déclaration du psychiatre et du chirurgien, en qualité de médecins traitants, attestant notamment de sa conviction intime d'appartenir au sexe opposé à celui qui est indiqué dans l'acte de naissance et de la mise en œuvre d'une procédure de réassignation sexuelle pour correspondre au sexe opposé, ainsi que du fait qu'il n'est plus en mesure de concevoir des enfants. Pour plus de détails : G. GENICOT, *Le droit médical et biomédical*, *o.c.*, pp. 537 et s. ; K. UYTTERHOEVEN, « De aangifte van de innerlijke overtuiging te behoren tot het andere geslacht », in *De rechtspositie van de transseksueel. Commentaar op de wetten van 9 en 10 mei 2007 en van 15 mei 2007* (P. SENAËVE et K. UYTTERHOEVEN éd.), Anvers, Intersentia, 2008, p. 143.

(338) P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n° 238.

(339) P. SENAËVE, « Het verhaalsrecht bij de rechtbank », in *De rechtspositie van de transseksueel. Commentaar op de wetten van 9 en 10 mei 2007 en van 15 mei 2007* (P. SENAËVE et K. UYTTERHOEVEN éd.), Anvers, Intersentia, 2008, p. 177.

(340) N. GALLUS, in *Précis de droit de la famille*, *o.c.*, p. 161.

## 92. Conséquences de la modification du sexe dans l'acte de naissance.

La modification du sexe dans l'acte de naissance opère *ex nunc*. L'acte produira ses effets à compter de son inscription dans le registre des actes de naissance (art. 62bis, § 4, al. 2), qui n'a lieu qu'après que l'officier de l'état civil ait constaté l'absence de recours, et au plus tôt 30 jours après l'expiration du délai de recours (art. 62bis, § 4, al. 3).

Les répercussions de la modification du sexe sur d'autres institutions de droit familial doivent demeurer limitées, à peine de méconnaître certains droits fondamentaux de la personne concernée (*supra*, n° 90).

Est révolue la condition traditionnelle de la modification du sexe dans l'acte de naissance à la dissolution du mariage du transsexuel<sup>(341)</sup>. Depuis l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe (L. du 13 février 2003)<sup>(342)</sup>, le transsexuel peut demeurer marié. Il peut aussi se (re)mariage avec une autre personne quel que soit le sexe de celle-ci.

Par contre, il n'est pas exclu que le divorce puisse être demandé par le conjoint du transsexuel pour désunion irrémédiable prouvée par la décision de conversion sexuelle (art. 229, § 1<sup>er</sup>)<sup>(343)</sup>.

Quant à la filiation, l'acte portant mention du nouveau sexe ne modifie pas les liens existants, ni les droits, pouvoirs, actions et obligations qui en découlent (art. 62bis, § 8)<sup>(344)</sup>.

Enfin, le transsexuel peut, avant sa déclaration, obtenir une modification administrative de son prénom (*supra*, n° 84).

(341) Anvers, 27 janvier 1999, *E.J.*, 1999, p. 50, note K. UYTTERHOEVEN, *R.G.D.C.*, 1999, p. 260 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 89, R.W., 1999-2000, p. 257, note G. VERSCHULDEN, *J.D.J.*, 2000, n° 191, p. 44, note. Cette condition ne serait toutefois pas contraire à la Convention européenne des droits de l'homme dès lors que la C.E.D.H. n'impose pas aux États contractants l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples de personnes de même sexe (C.E.D.H., *Hämäläinen c. Finlande*, arrêt du 16 juillet 2014, *N.J.B.* (Pays-Bas), 2014, p. 2938).

(342) Civ. Anvers, 27 juin 2003, *NjW*, 2004, p. 17, note RdC.

(343) Rapp. sous l'ancien droit : Anvers, 7 mars 2001, *E.J.*, 2001, p. 57, note K. VANLEDE (rejet de la demande en divorce pour injure grave en raison du consentement et soutien moral du conjoint) ; *contra*, en France : T.G.I. Caen, 28 mai 2001, *D.*, 2002, p. 124, note L. MAUGER-VIELPEAU, *Dr. fam.*, 2002, n° 42, note H. LÉCUYER ; Nîmes, 7 juin 2000, *Dr. fam.*, 2001, n° 4, note H. LÉCUYER.

(344) Sur les difficultés d'interprétation de cette disposition et pour plus de détails : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht, o.c.*, pp. 90-92, n° 138 ; T. WUYTS, « De gevolgen van de juridische geslachtsaanpassing op familierightelijk vlak », in *De rechtspositie van de transsexueel. Commentaar op de wetten van 9 en 10 mei 2007 en van 15 mei 2007* (P. SENAËVE et K. UYTTERHOEVEN éd.), Anvers, Intersentia, 2008, p. 207. Quant à l'autorité parentale : Liège, 24 juin 2003, *J.T.*, 2004, p. 49, *Div. Act.*, 2004, p. 2 (compagne transsexuelle du père séparé ; pas de nature à empêcher la relation parentale, notamment dans le cas de jeunes enfants (5 et 2 ans), pour autant que cette particularité ne leur soit pas dévoilée avant qu'ils soient en âge de comprendre toutes les implications). Comp. : C.E.D.H., *X., Y. et Z. c. Royaume-Uni*, arrêt du 22 avril 1997, *CEDH*, 1997-II, p. 619, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 171, *Rev. trim. D. H.*, 1998, p. 129, obs. F. RIGAUX, *D.*, 1997, p. 583, note S. GRATALOUP, *D.*, 1997, p. 362, obs. N. FRICERO, *Dr. fam.*, 1998, n° 47, note. *Adde* : les exemples tirés de décisions inédites cités par J.-P. BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique, o.c.*, p. 571, n° 1864.

### § 3. Le domicile

**93. Bibliographie.** A DECROËS, « L'élection de domicile et la signification des actes de procédure », *R.G.D.C.*, 2009, p. 348 ; A. DECROËS et J. VAN DROOGHENBROECK, « L'élection de domicile en droit judiciaire », in *Droit judiciaire. Pouvoir du juge fiscal / Répétibilité / Élection de domicile*, Limal, Anthemis, 2011, p. 73 ; V. d'HUART, « Le domicile. Une notion plurielle », *Rép. not.*, t. I, l. VII, Bruxelles, Larcier, 2001 ; V. d'HUART, « Du domicile », *J.T.*, 2004, p. 253 ; G. DELVOIE, « Art. 102-111 », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, feuillets mobiles ; N. GALLUS, « Le domicile », *R.P.D.B.*, compl. t. VIII, Bruxelles, Bruylant, 1995 et in *Précis de droit de la famille* (A.-Ch. VAN GYSEL dir.), 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 146 et s. et in A.-Ch. VAN GYSEL, *Précis de droit des personnes et de la famille*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 68 et s.

**94. Généralités. Division.** Si le domicile entre dans le champ du droit parmi les critères d'identification des personnes, c'est parce qu'il est un élément de fixation de leur activité juridique dans l'espace<sup>(345)</sup>. Les personnes doivent non seulement être identifiées, mais aussi pouvoir être localisées sous peine d'insécurité juridique et de préjudice aux droits des tiers. Le système doit toutefois préserver le droit de chacun de se mouvoir à sa guise. D'où le compromis qui consiste à attacher juridiquement la personne à son domicile et accepter qu'elle se fixe en une ou plusieurs résidences, notion qui, dans les législations récentes, tend à supplanter le domicile civil<sup>(346)</sup>.

La notion de domicile est de toute première importance sur le plan international<sup>(347)</sup> et des efforts sont entrepris en vue de sa standardisation<sup>(348)</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme y voit une matière en rapport avec la vie familiale (art. 8 C.E.D.H.) et valide les prérogatives parentales sur le choix de la résidence de leurs enfants<sup>(349)</sup>.

Les institutions du domicile et de la résidence sont examinées dans leur sens civil. Ces notions sont également utilisées, et surtout autrement définies, dans de nombreuses autres branches du droit<sup>(350)</sup>, ce qui atteste

(345) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes, o.c.*, p. 163, n° 155 ; Y. HOUGARDY, « Domicile – Résidence », in *Postal Memorialis. Lexique du droit pénal et des lois spéciales*, Waterloo, Kluwer, 2014, D. 170/01.

(346) N. GALLUS, in *Précis de droit de la famille* (A.-Ch. VAN GYSEL dir.), 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 152 et in A.-Ch. VAN GYSEL, *Précis de droit des personnes et de la famille*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 73 et s.

(347) Sur la notion de domicile en droit international privé : V. d'HUART, « Le domicile. Une notion plurielle », *Rép. not.*, t. I, l. VII, Bruxelles, Larcier, 2001, n°s 112 et s. ; F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, t. I, *Théorie générale*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 1987, pp. 245-248, n°s 356-363.

(348) Résolution n° (72)1 du 18 janvier 1972 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur l'unification des concepts juridiques de « domicile » et de « résidence ».

(349) C.E.D.H., *Nielsen c. Danemark*, arrêt du 28 novembre 1988, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 144, § 61.

(350) *Domicile judiciaire* (art. 36 C. jud. ; *infra*, n° 96). *Domicile pénal* (art. 439 C. pén.). *Domicile fiscal* (art. 3 C.I.R.). *Domicile électoral* (art. 10 C. élect.). *Domicile de secours* (art. 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup>, L. du 7 août 1974 ; art. 26, al. 1<sup>er</sup>, A.R. du 30 octobre 1974). Pour plus de détails : V. d'HUART, « Le domicile. Une notion plurielle », *Rép. not.*, t. I, l. VII, Bruxelles, Luxembourg, n° 1.

que la localisation des personnes n'est pas liée à l'état des personnes au sens strict. D'ailleurs le domicile civil ne figure pas dans l'acte de naissance et peut être prouvé par toutes voies de droit<sup>(351)</sup>.

## I. Domicile

**95. Notion et caractères.** Au sens du droit civil, le domicile est le lieu où la personne a son principal établissement (art. 102). Dans cette définition manquent les conditions de sa détermination (art. 103) : le domicile est choisi librement<sup>(352)</sup> et résulte de la conjonction d'un élément matériel (résidence effective, concentration d'intérêts affectifs et/ou professionnels, *etc.*) et d'un élément intentionnel (volonté de s'établir en cet endroit), avec une prééminence du premier sur le second<sup>(353)</sup>. La présence de la personne est donc insuffisante, tout comme la seule inscription dans les registres de la population<sup>(354)</sup>. Il n'y a pas transfert de domicile quand une personne réside de façon prolongée dans un endroit non librement choisi (hôpital psychiatrique, prison, *etc.*)<sup>(355)</sup> ou sans intention d'y établir son domicile (séjour professionnel ou d'études à l'étranger). Bref, le domicile est l'endroit où la personne concentre volontairement l'essentiel de ses intérêts. Factuel, il est apprécié souverainement par le juge en cas de litige<sup>(356)</sup>.

Si le domicile civil ne relève pas de l'état des personnes, le fait d'en partager certaines finalités lui attribue des caractères proches. Le domicile est, tout d'abord, *nécessaire* dans l'intérêt des tiers. L'absence de domicile n'est pas concevable, pas même pour les personnes itinérantes ou celles dites « sans domicile fixe », pour la localisation juridique desquelles on recourt aux notions de dernier domicile connu<sup>(357)</sup>, de résidence ou d'« adresse de référence » (*infra*, n° 101), voire de domicile d'origine<sup>(358)</sup>. Corrélativement, le domicile est *unique* et l'on ne peut avoir

(351) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 174, n° 165 ; V. d'HUART, « Le domicile. Une notion plurielle », o.c., n° 20 ; N. GALLUS, in *Précis de droit de la famille* p. 147 ; P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 8<sup>e</sup> éd., o.c., n° 327.

(352) Le changement de domicile n'est pas visé par la nouvelle loi relative aux incapacités, contrairement au changement de résidence (art. 492/1, § 1<sup>er</sup>, al. 3, 1<sup>o</sup> et 499/7, § 1<sup>er</sup>, al. 1, 1<sup>o</sup>). Selon nous, il s'agit donc d'un acte à propos duquel le juge de paix *peut* se prononcer, sans toutefois y être contraint par l'article 492/1, § 1<sup>er</sup>, al. 3. Il pourra faire l'objet d'une assistance ou d'une représentation par l'administrateur de la personne (art. 497/2 *a contrario*), sans que ce représentant ne doive obtenir à cette fin une autorisation préalable du juge de paix (art. 499/7, § 1<sup>er</sup>, al. 1 *a contrario*).

(353) En ce sens : V. d'HUART, « Le domicile. Une notion plurielle », o.c., n° 20.

(354) Rappr. : Civ. Liège, 1<sup>er</sup> décembre 1986, *J.T.*, 1987, p. 616.

(355) Voy. : circ. min. du 2 avril 1997 ; rappr. : Bruxelles, 16 mai 1989, *Bull. contr.*, 1991, p. 2043 ; pour plus de détails : V. d'HUART, « Le domicile. Une notion plurielle », o.c., nos 14 et 20.

(356) Cass., 27 avril 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 1016 ; Cass., 31 janvier 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 586.

(357) Voy. : V. d'HUART, « Le domicile. Une notion plurielle », o.c., n° 31.

(358) *Ibid.*, n° 32.

simultanément plus d'un domicile<sup>(359)</sup>, pas même à titre commercial<sup>(360)</sup>. Enfin, le domicile est *fixe* sans être immuable. On peut en changer à sa guise pourvu que l'on concrétise son intention (art. 103).

**96. Domicile civil et domicile judiciaire : domaines d'application.** La notion civile du domicile est utilisée pour l'application de toutes les règles de droit privé qui utilisent ce concept, à l'exception des dispositions du Code judiciaire (art. 36 C. jud.) ou de celles applicables à titre de « droit commun de la procédure » (art. 2 C. jud.)<sup>(361)</sup>. Par conséquent, non sans artifice et moyennant d'importantes exceptions<sup>(362)</sup>, la notion civile prévaut pour l'application d'une règle de compétence ou de procédure insérée dans le Code civil ou dans une loi particulière<sup>(363)</sup>.

Le domicile au sens du Code judiciaire est défini de manière plus simple et objective, compte tenu de son enjeu moins centré sur l'intérêt de la personne que sur celui des tiers. Il s'agit du « lieu où la personne est inscrite à titre principal sur les registres de la population » (art. 36 C. jud.). Là sont adressés tous les actes de procédure (citation, pli judiciaire, etc.). C'est également le domicile judiciaire qui détermine le juge territorialement compétent (art. 624, 1<sup>o</sup>, C. jud.), même si la personne n'y est pas effectivement établie<sup>(364)</sup>.

**97. Domiciles de droit : domicile professionnel et domicile apparent.** Par exception au libre choix du domicile, certaines personnes, en raison de leur profession, se voient assigner par la loi, le temps de leurs fonctions, un domicile dans un certain rayon autour du lieu où elles exercent cette

(359) Cass., 20 octobre 1969, *J.T.*, 1970, p. 27.

(360) Le fait que le tribunal de commerce territorialement compétent en matière de faillite soit celui du ressort dans lequel la personne a son « établissement principal » – règle de droit judiciaire (art. 631, § 1<sup>er</sup>, C. jud.) – ne ravive pas l'ancienne controverse sur l'éventualité d'un double domicile pour les commerçants. En ce sens : P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 8<sup>e</sup> éd., o.c., n<sup>o</sup> 324 ; dans le même sens, semble-t-il : V. d'HUART, « Le domicile. Une notion plurielle », o.c., n<sup>o</sup> 18.

(361) V. d'HUART, « Le domicile. Une notion plurielle », o.c., n<sup>os</sup> 39 et 43.

(362) La notion de domicile au sens du Code judiciaire est retenue pour : 1. les *actions relatives à la filiation* (art. 331, § 1<sup>er</sup>) (Civ. Tournai, 21 mars 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 716 ; V. d'HUART, *l.c.* ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 937, n<sup>o</sup> 973 ; G. MAHIEU et D. PIRE, « La filiation », o.c., n<sup>o</sup> 158 ; Chr. PANIER, « Problèmes de droit judiciaire relatifs à la filiation », in *La filiation et l'adoption*, Liège, éd. Jeune Barreau, 1988, p. 95, n<sup>o</sup> 28 ; G. VERSCHULDEN, « Afstamming », o.c., p. 550, n<sup>o</sup> 983 ; *contra* : J. GERLO, *Handboek personen- en familierecht*, Bruges, die Keure, 2000, p. 21, n<sup>o</sup> 44 ; P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n<sup>o</sup> 322) ; 2. *l'administration de la personne ou de ses biens* (art. 499/12) ; 3. *le for tutélaire* (art. 390, al. 1<sup>er</sup>).

(363) Ex. : ouverture de la succession (art. 110 ; comp. : art. 627, 3<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup>, C. jud., qui renvoie implicitement au domicile civil déterminé par l'art. 110) ; paiement au domicile du débiteur (art. 1247, al. 2, C. jud.) ; fourniture au créancier d'offres réelles (art. 1258, 6<sup>o</sup>, C. jud.) ; domicile de la caution (art. 2018).

(364) Plus précisément, l'inscription dans les registres de la population est une présomption irréfutable de domicile au sens du Code judiciaire (en ce sens et pour plus de détails sur le domicile judiciaire : V. d'HUART, « Le domicile. Une notion plurielle », o.c., n<sup>o</sup> 37).

profession (art. 106-107)<sup>(365)</sup>. En outre, elles peuvent se voir imposer, avec plus ou moins de facilités de dérogation, une obligation de résidence<sup>(366)</sup>.

Le *domicile apparent*, également imposé dans l'intérêt des tiers, est fictif. Celui qui crée une apparence de domicile en extériorisant une concentration d'intérêts ailleurs qu'en son domicile légal, peut être juridiquement localisé à cet endroit par les tiers de bonne foi<sup>(367)</sup>. De même, si l'apparence est créée par une inscription dans les registres de la population, les tiers peuvent faire abstraction de l'absence de résidence effective.

**98. Domicile dérivé : mineurs.** Certaines catégories de personnes, affectées d'une incapacité d'exercice sur le plan personnel, ne peuvent fixer leur domicile de manière autonome mais sont domiciliées à la résidence d'autres personnes. Cela n'implique pas nécessairement qu'elles doivent résider avec elles<sup>(368)</sup>.

Les *mineurs non émancipés*<sup>(369)</sup> ont leur domicile « à la résidence commune de leurs père et mère ou, s'ils ne vivent pas ensemble, à la résidence de l'un d'eux » (art. 108, al. 1<sup>er</sup>). En outre, ils sont tenus d'y résider (*infra*, n° 749-750). Cette règle ne s'applique pas sans difficultés, alors qu'elle est dotée d'importantes conséquences sur les plans fiscal et administratif :

- Si les parents vivent ensemble : l'enfant est domicilié à leur *résidence*, même si les parents ne sont pas domiciliés à cet endroit<sup>(370)</sup>.
- Si les parents sont séparés et que les deux parents exercent conjointement l'autorité parentale – cas le plus fréquent en pratique –, les parents décident ensemble à la résidence duquel des deux l'enfant aura son domicile. Il ne faut pas nécessairement qu'il l'ait à la résidence du parent qui l'héberge à titre principal, mais cela peut s'indiquer en raison des conséquences fiscales de la domiciliation (ex. : qualité d'enfant à charge – art. 132, 132*bis* et 136 C.I.R.)<sup>(371)</sup>.

(365) En ce qui concerne les *notaires* : à l'endroit où le notaire a décidé d'établir son étude dans les limites de sa résidence légale (art. 4-5 L. Vent., réd. 4 mai 1999 ; V. d'HUART, « Le domicile. Une notion plurielle », *o.c.*, n° 29). En ce qui concerne les *magistrats* et les *huissiers de justice*, *ibid.*, n° 28. (366) Ex. : 363, al. 2, C. jud. en ce qui concerne les magistrats.

(367) G. DELVOIE, « Art. 102 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n° 22 ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, *o.c.*, n° 170, pp. 178-179 ; V. d'HUART, « Le domicile. Une notion plurielle », *o.c.*, n° 30.

(368) Comp. l'art. 109 qui vise le cas des « personnes employées durablement au service d'autrui » et qui résident dans la maison où ils servent ou travaillent ; elles ont le même domicile que leur employeur. (369) Les mineurs émancipés sont libres de fixer leur domicile de manière autonome.

(370) On évite ainsi toute discrimination si les parents ont des *domiciles* différents (N. GALLUS, in *Précis de droit de la famille*, *o.c.*, p. 149).

(371) Bruxelles (jeun.), 15 novembre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 179, note F. REUSENS ; D. PIGNOLET, « Quant à l'application de l'article 132*bis* du C.I.R. 92 », *Act. dr. fam.*, 2011, p. 30. La Cour constitutionnelle considère toutefois que l'article 136 C.I.R., lu en combinaison avec les articles 257 et 258 du même Code, viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il ne permet

À défaut d'accord, le juge détermine le lieu où l'enfant est inscrit dans les registres de la population (art. 374, § 1<sup>er</sup>, al. 5), ce qui n'est pas son domicile au sens de l'article 108, mais coïncide avec ce dernier dans la majorité des cas. La même précision est conseillée dans des conventions préalables à divorce par consentement mutuel.

- Si les parents sont séparés et que l'un d'eux exerce exclusivement l'autorité parentale et bénéficie d'un droit d'hébergement principal, l'enfant est domicilié à la résidence de ce parent.
- Si le mineur n'a qu'un parent, il a son domicile à sa résidence.
- Le mineur sous tutelle a son domicile chez (*sic*) son tuteur (art. 108, al. 2).

**99. Domicile élu.** Le domicile élu est un domicile fictif, choisi par les parties à une convention, permettant d'y adresser les actes, significations et poursuites relatifs à cette convention<sup>(372)</sup> et de déterminer la compétence territoriale du juge (art. 111)<sup>(373)</sup>. Parfois, c'est la loi qui l'impose<sup>(374)</sup>. L'intérêt du domicile élu est de concentrer les procédures relatives à tous les actes passés par une personne (morale), par exemple une banque. Il pallie les risques d'absence de la personne au moment où elle sera sollicitée.

Le domicile est élu soit en un lieu ou une adresse déterminés, soit chez une personne désignée, auquel cas il emporte la constitution d'un mandat au profit de cette dernière portant sur la réception et la transmission des actes destinés au mandant<sup>(375)</sup>.

---

à aucune condition au contribuable isolé, hébergeant également ses enfants, de bénéficier d'une réduction partielle du précompte immobilier afférent à l'immeuble qu'il occupe (C. const., 5 mai 2011, A.C.C., 2011, p. 1263, M.B., 2011, p. 44642 (extrait), F.J.F., 2012, p. 184, R.A.B.G., 2011, p. 1364, note A. BELLENS, R.W., 2010-2011, p. 1752 (somm.); C. const., 13 décembre 2012, A.C.C., 2012, p. 2315, M.B., 2013, p. 3886, F.J.F., 2014, p. 81, *Fiscologue*, 2013, p. 11, note C.B., J.L.M.B., 2013, p. 604, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 956 (somm.), T.F.R., 2013, p. 452 (somm.)).

(372) Cass., 12 mai 2014, J.L.M.B., 2014, p. 1662, J.T.T., 2014, p. 313, note Ph. GOSSERIES ; Cass., 6 mai 2010, *Pas.*, 2010, p. 1419, R.D.J.P., p. 18 ; Cass., 10 mai 2012, *Pas.*, 2012, p. 1064, R.A.B.G., 2012, p. 1229, note N. CLIJMANS, R.W., 2012-2013, p. 1212, note T. TOREMANS, R.D.C., 2012, p. 935 (somm.) ; Cass., 30 mai 2003, *Pas.*, 2003, p. 1087, concl. av. gén. DUBRULLE, *NjW*, 2004, p. 372, note M. COENE, R.A.B.G., 2005, p. 763, note C. VERGAUWEN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 1151, R.W., 2003-2004, p. 974, note A. SMETS, note C. DECLERCK ; A. DECROËS, « L'élection de domicile et la signification des actes de procédure », R.G.D.C., 2009, p. 348 ; A. DECROËS et J. VAN DROOGHENBROECK, « L'élection de domicile en droit judiciaire », in *Droit judiciaire. Pouvoir du juge fiscal / Répétibilité / Élection de domicile*, Limal, Anthemis, 2011, p. 73.

(373) Sous réserve des règles de compétence territoriale impératives (V. d'HUART, « Le domicile. Une notion plurielle », *o.c.*, n° 95).

(374) Ex. : art. 176 (anc.) – opposition à mariage ; art. 83, 88, 94 et 110 L. hyp. – inscription hypothécaire ; art. 1392 C. jud. – saisie. Pour une analyse plus complète : V. d'HUART, « Le domicile. Une notion plurielle », *o.c.*, n° 84-89.

(375) Cass., 25 février 2013, *Pas.*, 2013, p. 484, R.W., 2014-2015, p. 140 (somm.), note, R.D.C., 2013, p. 463. Pour plus de détails : V. d'HUART, « Le domicile. Une notion plurielle », *o.c.*, n° 90. Sur le cas du *notaire*, à qui la doctrine déconseille d'accepter une élection de domicile : P. WÉRY, « Le mandat »,

En vertu d'un principe de spécialité, ce domicile ne remplace le domicile réel qu'aux fins pour lesquelles il a été choisi<sup>(376)</sup> et seulement entre les parties si l'élection de domicile est conventionnelle (art. 1165).

## 2. Résidence et adresse de référence

**100. Résidence.** La résidence est l'endroit du territoire où une personne réside de manière non fortuite, le lieu où elle fixe son habitation pour un certain temps<sup>(377)</sup>. Assez vague, cette définition traduit le nécessaire respect de la liberté d'aller et venir. Contrairement au domicile, la résidence est déterminée sans égard à l'intention, elle peut être multiple<sup>(378)</sup> et se perd dès qu'on la quitte. Malgré ces différences essentielles avec le domicile, la résidence prend une importance croissante à titre autonome<sup>(379)</sup> comme critère de rattachement dans de nombreux secteurs du droit, notamment en considération de l'insécurité pouvant résulter du critère intentionnel.

En droit civil et dans les matières connexes, la résidence détermine la compétence territoriale du tribunal en matière d'adoption (art. 628, 21°, C. jud.), de protection de la jeunesse (art. 44, al. 1<sup>er</sup>, L. du 8 avril 1965), de protection des malades mentaux (art. 5, § 3, L. du 26 juin 1990 ; art. 627, 6°, C. jud.), d'administration (art. 628, 3°, C. jud.) et le lieu de déclaration du mariage (art. 63, § 1<sup>er</sup>, al. 2). Elle fixe aussi le domaine d'application du contrat de crédit à la consommation (art. VII.2, § 2, C.D.E.) et au bail de résidence principale (L. du 20 février 1991). Elle connaît un regain d'intérêt comme facteur de rattachement en droit international privé des personnes et des familles (ex. : art. 57, 1° *jo.* art. 4 C. D.I.P.).

La résidence conjugale (art. 214) n'est pas une notion purement factuelle : elle est unique pour les deux époux, et donc (théoriquement)

*Rép. not.*, t. IX, l. VII, Bruxelles, Larcier, 2000, n° 56 ; A. MICHIELENS, « Woonstkeuze : een slechte gewoonte », *N.F.M.*, 1996, p. 209.

(376) Cass., 30 mai 2003, précité et Cass., 25 février 2013, *Pas.*, 2013, p. 484, *R.W.*, 2014-2015, p. 140, note (somm.), *R.D.C.*, 2013, p. 463 (refl.) (la fin du mandat ad litem entraîne également la fin de l'élection de domicile au siège de l'avocat). Le domicile élu s'applique aux suites directes et indirectes de la procédure (Cass., 6 mai 2010, *Pas.*, 2010, p. 1419, *R.D.J.P.*, p. 18 ; Cass., 12 mai 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1662, *J.T.T.*, 2014, p. 313, note Ph. GOSSEY ; Cass., 29 mai 2009, *A. & M.*, 2009, p. 534, *R.A.B.G.*, 2009, p. 1170 ; Cass., 10 mai 2006, *Pas.*, 2006, p. 1100, *Rev. dr. pén.*, 2006, p. 1171, note O. MICHIELS, *R.W.*, 2008-2009, p. 455 (somm.)), mais non à d'autres actions entre les mêmes parties (Cass., 14 novembre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 326, *J.T.*, 1987, p. 430, *R.W.*, 1986-1987, col. 1712).

(377) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes, o.c.*, p. 165, n° 156.

(378) N. GALLUS, « Le domicile », *R.P.D.B.*, compl. t. VIII, Bruxelles, Bruylant, 1995, n° 6.

(379) N. GALLUS, in *Précis de droit de la famille, o.c.*, pp. 153-154. La résidence remplit trois autres fonctions : détermination du domicile (art. 102 et 108), critère subsidiaire au domicile (art. 1344bis C. jud.), référence concurrente au domicile (art. 115) (voy. : V. d'HUART, « Le domicile. Une notion plurielle », *o.c.*, n°s 5-7).

contraignante pour l'un d'eux en cas de désaccord (art. 214, al. 2) ; elle fonde de nombreuses règles de compétence territoriale (art. 628, 1° et 2°, C. jud., sous réserve de l'article 629bis) ; elle bénéficie d'une protection particulière dans la mesure où elle localise généralement le « logement principal de la famille » (art. 215)<sup>(380)</sup>.

Certaines personnes n'ont pas toute liberté de résidence :

- Les *mineurs* non émancipés résident chez leurs parents ou chez celui qui exerce sur eux l'autorité parentale et/ou le droit d'hébergement (*infra*, n° 749-750), ou chez leur tuteur le cas échéant, ou encore chez les personnes désignées par les titulaires de l'autorité parentale (ex. : grands-parents)<sup>(381)</sup>.
- Les personnes sous *protection judiciaire (administration)* conservent par principe la faculté de choisir leur résidence. L'article 492/1, § 1<sup>er</sup>, al. 3, 1°, invite le juge de paix ordonnant une mesure de protection judiciaire concernant la personne à statuer sur la capacité de la personne à choisir sa résidence. Si une incapacité est décidée, l'administrateur (de la personne) ne pourra procéder au changement de résidence qu'en vertu d'une autorisation du juge de paix (art. 499/7, § 1<sup>er</sup>, 1°). Si aucun administrateur de la personne n'a été désigné, cette résidence ne peut être modifiée que moyennant l'approbation de l'administrateur des *biens*<sup>(382)</sup>.
- Certains *fonctionnaires publics* ont une résidence légale assortie de plus ou moins larges exceptions ou possibilités de dérogation<sup>(383)</sup>.
- L'employeur peut convenir par *contrat* que la résidence du travailleur se situera à une certaine distance maximale du lieu de travail.

**101. Adresse de référence.** Pour éviter que les personnes sans domicile ou résidence fixe ne perdent contact avec les administrations et l'autorité<sup>(384)</sup>, le législateur a créé l'institution de l'adresse de référence ou de contact (art. 1<sup>er</sup>, § 2, L. du 19 juillet 1991). Sont inscrites à une adresse de référence par la commune où elles sont habituellement présentes, les personnes qui séjournent dans une demeure mobile ou qui, pour des raisons

(380) Sous réserve d'une séparation de fait.

(381) Sur l'incapacité du mineur à effectuer seul une première déclaration d'inscription dans les registres de la population, *infra*, n° 253.

(382) En cas de refus, la personne protégée ou toute personne intéressée peut s'adresser au juge de paix, conformément à la procédure prévue à l'article 1252 du Code judiciaire (art. 499/11).

(383) Le Conseil d'État veille à la proportionnalité de ces exigences aux nécessités du service ou de la fonction (C.E., 22 janvier 1974, R.W., 1973-1974, col. 2213, note H. COUSY).

(384) Ainsi que pour mettre fin à la pratique d'inscrire les personnes sans adresse dans un registre communal spécial (V. d'HUART, « Le domicile. Une notion plurielle », *o.c.*, n° 14).

professionnelles ou par suite de manque de ressources suffisantes, n'ont pas ou plus de résidence.

L'adresse de référence est celle d'une autre personne régulièrement inscrite dans un registre de la population, qui accepte l'inscription de la personne sans résidence. Elle s'engage à lui faire parvenir tout courrier ou document administratif ou judiciaire qui lui est destiné. La proximité de l'institution avec l'élection de domicile est frappante mais trompeuse : l'adresse de référence est un domicile au sens judiciaire (art. 39 C. jud.) et non un domicile élu<sup>(385)</sup>, ce qui ne va pas sans poser de problèmes en matière de significations et de saisie.

---

(385) Cass., 19 avril 2002, *R.C.J.B.*, 2003, p. 317, note (critique) E. LEROY, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1000, obs. (critique) V. d'HUART.



## CHAPITRE 2



# LES DROITS DE LA PERSONNALITÉ

## SECTION I Généralités

**102. Notion. Sources.** Les droits de la personnalité protègent les attributs constitutifs de l'individualité de la personne contre les empiètements de tiers ou de l'autorité. Ce sont des droits subjectifs<sup>(1)</sup> accordés à toute personne, du seul fait de cette qualité, en vue d'assurer l'intégrité des composantes physiques, psychiques et morales de sa personnalité : sa vie, son corps, sa vie privée, son image, son honneur, son nom<sup>(2)</sup>.

La protection conférée par les droits de la personnalité doit être comprise largement et inclure le droit (exclusif) d'en disposer dans les limites assignées à l'autonomie de la volonté et à la maîtrise du corps. Clés de l'autodétermination de la personne, les droits de la personnalité contribuent à l'épanouissement de l'individu libre dans une société ouverte à la différence<sup>(3)</sup>. Ainsi, outre un aspect *protection* (prévenir et sanctionner les atteintes aux composantes de la personnalité)<sup>(4)</sup>, ces droits comportent généralement un aspect *disposition* (utiliser certains attributs de sa personnalité).

---

(1) En ce sens : F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, Anvers, Intersentia, 2001, pp. 466-472 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen-en familierecht*, 14<sup>e</sup> éd., Louvain, Acco, 2013, p. 92, n° 245 ; X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps. Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Bruxelles, Larcier, 1982. *Adde* : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., pp. 19-20, n° 10. *Contra* : F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1990, pp. 735 et s.

(2) Certaine doctrine reconnaît l'existence d'un droit général de la personnalité (P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 245). Ce concept est dogmatique et ne correspond à aucun droit subjectif.

(3) Sur les rapports et discordances entre le concept juridique (abstrait et identique pour tous sans discrimination) et humain (individuel et varié) de personnalité : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., p. 57, n° 82. Pour la reconnaissance d'un droit à l'épanouissement personnel : O. DE SCHUTTER, note sous C.J.C.E., 5 octobre 1994, aff. C-404/92, *Rev. trim. D. H.*, 1995, p. 121. *Adde* : G. CORNU, « Du sentiment en droit civil », *Ann. dr. Liège*, 1963, p. 190 ; D. GUTMAN, *Le sentiment d'identité*, Paris, L.G.D.J., 2000, pp. 12-22, n°s 12-18.

(4) E. LANGENAKEN, « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », *R.G.D.C.*, 2011, p. 422.

Par le dynamisme de leur mise en œuvre, les droits de la personnalité se distinguent des composantes de l'état et de l'identification des personnes, aussi fondamentales mais essentiellement fondatrices ou déclaratives de situations juridiques<sup>(5)</sup>.

Traditionnellement, on les distingue aussi des *droits fondamentaux* portant sur le même objet (ex. : vie privée) en raison de leur portée interindividuelle. Mais l'expansion de leur domaine<sup>(6)</sup> et le développement de l'effet dit horizontal des droits fondamentaux (*Drittwirkung*)<sup>(7)</sup> confèrent à certains d'entre eux une fonction similaire à celle des droits de la personnalité<sup>(8)</sup>, particulièrement importante en droit familial où de nombreuses violations de droits fondamentaux sont le fait d'individus (proches) et non de l'État. Cette distinction s'atténue encore si l'on envisage la seconde dimension de la protection juridique de la personnalité : la liberté d'en disposer. Dans certains secteurs, tel celui de la vie privée, droits fondamentaux et droits de la personnalité font cause commune pour le développement de l'autodétermination<sup>(9)</sup>.

Les droits de la personnalité occupent une place importante et croissante dans de multiples domaines à cause des atteintes qui leur sont portées dans les médias (protection de la vie privée, de l'image, de l'honneur), et grâce à la prise de conscience des progrès éthiques et sociaux engendrés par l'amplification de l'autodétermination ou de la maîtrise de la personne sur son corps (droit à l'intégrité physique, droit à la vie). Pour autant, en Belgique, ces droits ne sont pas consacrés en tant que tels par une réglementation d'ensemble, mais plutôt induits de législations

(5) Sur les rapports entre identité et sentiment d'identité : D. GUTMAN, *Le sentiment d'identité*, pp. 13-14, n° 13 et *passim*.

(6) Certains droits fondamentaux protègent, avec effet direct dans l'ordre interne, des droits subjectifs de l'individu (ex. : art. 12 C.E.D.H. – droit au mariage ; art. 8 et 14 C.E.D.H. – droit successoral).

(7) Voy. not. : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering, o.c.*, pp. 43-44, n° 69, et pp. 661-663, n°s 857-861, où l'auteur explique comment la théorie des « obligations positives » développe l'effet horizontal de la C.E.D.H. ; A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 66-81. Adde : D. SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 1995.

(8) Sur ce rapprochement, voy. : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes, o.c.*, pp. 18-19, n° 9 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht, o.c.*, n° 249.

(9) Voy. not. : C.E.D.H., *Pretty c. Royaume-Uni*, arrêt du 29 avril 2002, § 61, CEDH, 2002-III, p. 155, D., 2002, p. 1596, note, J.L.M.B., 2002, p. 1384, obs. F. ABU DALU, J.C.P., 2002, I, 157, n°s 3 et 13, obs. F. SUDRE, *Gaz. Pal.*, 4-5 octobre 2002, p. 45, note C. PETTIT, J.T., 2002, p. 590, note P. LAMBERT : « Bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 ». Dans le même sens : C.E.D.H., K.A. et A.D. c. Belgique, arrêt du 17 février 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 697, obs. M. DEMARET, R.W., 2006-2007, p. 1617, obs. W. VANDENHOLE, T. *Strafr.*, 2005, p. 426, note A. DIERICKX.

spéciales, de la Constitution, de conventions internationales à effet direct, de constructions jurisprudentielles, voire de théories doctrinales.

La doctrine joue un rôle majeur en ce domaine. Tantôt elle systématise le régime d'un droit jurisprudentiel en vue d'en accroître la prévisibilité<sup>(10)</sup>, tantôt elle formalise des droits si la nécessité sociale existe, soit que les solutions en vigueur sont inadaptées aux situations changeantes<sup>(11)</sup>, soit que de nouveaux problèmes émergent<sup>(12)</sup>, en raison du caractère évolutif de ces droits<sup>(13)</sup>. C'est d'ailleurs la doctrine qui a découvert les droits de la personnalité<sup>(14)</sup>. Les précédents constitutionnels anciens d'octroi de libertés publiques (*Habeas Corpus Act*, *Bill of Rights*, *Déclaration universelle des droits de l'homme*, etc.) ont donné corps à l'idée que pareils droits de l'individu en rapport avec sa personnalité devraient et pourraient être efficaces dans les relations avec d'autres personnes. La paternité de la mise en forme juridique des droits de la personnalité revient à des auteurs français du début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>(15)</sup>, séduits par une première concrétisation normative dans le BGB allemand (§ 823, al. 1<sup>er</sup>), elle-même produit de la doctrine (allemande) du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>(16)</sup>.

**103. Caractères.** Les caractères des droits de la personnalité sont proches de ceux des composantes de l'état ou de l'identification des personnes. Ils ouvrent cependant un champ plus large à l'autonomie de la volonté

(10) Ex. : régime de certains droits de la personnalité avant la naissance de l'individu, régime de certains droits de la personnalité après la mort de la personne (P. DELNOY, « Les droits de la personnalité au décès », in *Les droits de la personnalité* (J.-L. RENCHON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 281).

(11) Ex. : euthanasie.

(12) Ex. : droit à un *environnement naturel sain* ; droit au *respect de la dignité humaine* (T.G.I. Paris (réf.), 21 avril 2009, *J.C.P.*, 2009, n° 18 et n° 25 (interdiction d'exposer des corps humains plastinés) ; Paris, 28 mai 1996, *D.*, 1996, p. 617, note B. EDELMAN (publicité *Benetton* – tatouage H.I.V.) ; C.E. fr., 27 octobre 1995, *Rev. fr. dr. publ.*, 1996, p. 536, notes M. GROS et J.-C. FROMENT, *Rev. fr. dr. adm.*, 1995, p. 1204, concl. P. FRYDMAN, *A.J.D.A.*, 1995, p. 878, obs. J.-H. STAHL et D. CHAUVAUX, *D.*, 1996, jur., p. 177, note G. LEBRETON (« lancer de nain ») ; B. EDELMAN, « La dignité et la personne humaine : un concept nouveau », in *La personne en danger*, Paris, P.U.F., 1999, p. 505 ; J. FIERENS, « La dignité humaine comme concept juridique », *J.T.*, 2002, p. 577 ; B. JORION, « La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif », *Rev. fr. dr. publ.*, 1999, p. 197 ; P. MARTENS, « Encore la dignité humaine : réflexions d'un juge sur la promotion par le juge d'une norme suspecte », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 561 ; B. MATHIEU, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », *D.*, 1996, p. 282 ; B. MATHIEU, « De quelques moyens d'évacuer la dignité humaine de l'ordre juridique », *D.*, 2005, p. 1649 ; F. RIGAUX, *Les attributs du droit de la personnalité face à l'intangibilité de la dignité humaine*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2002).

(13) P. MARCHAL, « L'individu devenu valeur suprême ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, pp. 673-674.

(14) Pour un historique complet : F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, o.c., pp. 27 et s. et pp. 611 et s.

(15) E.H. PERREAU, « Des droits de la personnalité », *Rev. trim. dr. civ.*, 1909, p. 501 ; F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, *Élaboration technique du droit positif*, Paris, Sirey, 1925, pp. 230-232. Pour une première systématisation : R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, Paris, L.G.D.J., 1939.

(16) Voy. : F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, o.c., pp. 611 et s. Adde : F. FERRAND, *Droit privé allemand*, Paris, Dalloz, 1997, p. 380, n° 375.

car l'ordre public et l'organisation de la société sont (de moins en) moins concernés en cette matière.

- *Universalité*. Les droits de la personnalité appartiennent à toute personne du seul fait de son existence, sans considération pour sa capacité d'exercice, ce qui est important pour les mineurs et les personnes majeures vulnérables<sup>(17)</sup>. Certains sont même reconnus à des personnes morales (droit au nom, droit de réponse, *etc.*)<sup>(18)</sup>.
- *Caractère absolu*. Les droits de la personnalité ont un caractère absolu en ce sens qu'ils peuvent être invoqués à l'encontre de tout tiers qui y porterait atteinte, y compris l'autorité. Ils sont opposables *erga omnes*<sup>(19)</sup>, ce qui ne les affranchit pas de limitations, celles-ci devant satisfaire aux critères de prévisibilité, proportionnalité et non-discrimination<sup>(20)</sup> (ex. : droit de réponse, conditions de l'euthanasie, *etc.*).
- *Extrapatrimonialité*. Les droits de la personnalité sont de nature fondamentalement extrapatrimoniale et indisponible ; en tant que tels, ils ne sont pas inclus dans le patrimoine de la personne<sup>(21)</sup> ni évaluables en argent. Cela n'empêche pas que certaines prérogatives liées aux droits de la personnalité, résultant de l'autonomie accrue de l'individu par rapport à ceux-ci (ex. : image, potentialités

(17) Voy. not. : J. FIERENS et G. MATHIEU, « Les droits de la personnalité des personnes mineures ou vulnérables », in *Les droits de la personnalité* (J.-L. RENCHON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 253 ; A. NOTTET, « Les droits personnels du mineur », *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 15 ; J.-L. RENCHON, F. REUSENS et G. WILLEMS, « Le droit au respect de la vie privée dans les relations familiales », in *Les droits de la personnalité* (J.-L. RENCHON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 131 et s. ; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, o.c., pp. 464 et s. ; T. VANSWEEVELT, « Persoonlijksrechten van minderjarigen en grenzen van het ouderlijk gezag : de toestemming van de minder-jarige in een medische behandeling », *R.W.*, 1987-1988, p. 897.

(18) Sur les droits fondamentaux (C.E.D.H.) des personnes morales : A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, o.c., pp. 444 et s., spéc. pp. 453-454 ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., pp. 29-30, n° 20 ; M. ISGOUR, « Examen de la jurisprudence européenne récente en matière de droit à l'image des personnes physiques et d'image de marque des personnes morales », in *Les droits de la personnalité*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 53 et s.

(19) Voy. : F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, o.c., pp. 729-731.

(20) Ex. : C.E.D.H., *Odièvre c. France*, arrêt du 13 février 2003, *CEDH*, 2003-II, p. 1, *D.*, 2003, I.R., p. 739, note, *NjW*, 2003, p. 926, *J.C.P.*, 2003, II, 10049, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE, *R.G.D.C.*, 2003, p. 403, note J. VAN BROECK, *Dr. fam.*, 2003, n° 23, note P. MURAT (conflit entre le droit de l'enfant à connaître ses origines, le droit de la mère au respect de sa vie privée et l'intérêt général – *infra*, n° 605). Pour une analyse approfondie : S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droits fondamentaux, pondération des intérêts : fausses pistes (?) et vrais problèmes », in *Les droits de la personnalité* (J.-L. RENCHON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 299.

(21) Cette thèse est controversée ; voy. not. : F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, o.c., pp. 732 et 758.

physiques<sup>(22)</sup>, etc.), puissent représenter une valeur économique<sup>(23)</sup> et faire l'objet d'une transaction ou d'une renonciation<sup>(24)</sup>, moyennant certains aménagements au droit commun des obligations<sup>(25)</sup>.

- *Intransmissibilité*. Lié à la personne, le droit de la personnalité ne peut être exercé par ou transmis comme tel à une autre personne, pas même à ses ayants droit en cas de décès<sup>(26)</sup>. Néanmoins, une nécessité sociale existe de protéger certains attributs d'une personnalité éteinte, tels l'image, le nom ou l'honneur du défunt. La jurisprudence a dû rencontrer ce problème et a habilité les proches de la personne décédée – non ses héritiers – à exercer en leur nom propre des prérogatives similaires aux droits éteints (ex. : droit des proches à protéger la mémoire du défunt – *infra*, nos 132, 149 et 156)<sup>(27)</sup>.
- *Imprescriptibilité*. Les droits de la personnalité sont imprescriptibles et ne se perdent pas par non-usage. Mais à l'instar des actions d'état, leur mise en œuvre peut être limitée dans le temps<sup>(28)</sup>.
- *Indisponibilité*. Les droits de la personnalité sont hors commerce ; en ce sens, ils ne peuvent être l'objet d'un contrat (art. 1128). Cette interdiction de principe n'exclut pas que certains éléments de la personnalité puissent faire l'objet de dispositions contractuelles (ex. : don d'organes, de gamètes, autorisation de publication de données personnelles). Il s'agit moins d'exceptions ponctuelles au principe d'indisponibilité des droits de la personnalité que de manifestations de leur exercice par leur titulaire<sup>(29)</sup>.

(22) Sur l'aliénation (au sens juridique) du droit à sa force de travail : A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed : theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, o.c., pp. 79-80, nos 191-192.

(23) Ex. : droits sur l'image ou la biographie, pratique de sports, etc.

(24) Ex. : euthanasie. Voy. : Ph. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 253-279.

(25) Ex. : révocabilité du consentement du patient – *infra*, nos 117-1 et 118 ; convention de maternité de substitution – *infra*, n° 119.

(26) F.-X. DELOGNE, « Le sort des droits de la personnalité au décès », *Rev. not. belge*, 1990, p. 127 ; P. DELNOY, « Les droits de la personnalité au décès », o.c., p. 281 ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 36, n° 27, avec une réserve quant au droit au respect de la vie privée (p. 62, n° 46) ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 263. Adde : P. BLONDEL, *La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux à caractère personnel*, Paris, L.G.D.J., 1969.

(27) Comp. : F.-X. DELOGNE, l.c. (« droits d'obédience familiale ») ; P. DELNOY, « Les droits de la personnalité au décès », o.c., spéc. pp. 292-293 et 296 (« continuateurs de la personne » sans lien avec la parenté juridique) ; F. SWENNEN, « Er is leven na de dood. Persoonlijke rechten na overlijden », *T.P.R.*, 2013, p. 1489.

(28) Ex. : réglementation relative au droit de réponse – *infra*, n° 134.

(29) Une autorisation de publier une photo n'emporte aucune renonciation au droit à l'image (P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 261).

**103-1. Nomenclature.** Il n'est pas concevable que chacune des composantes de la personnalité d'un individu soit protégée par un droit de la personnalité spécifique, tant celle-ci ne peut être saisie dans une définition englobante par le droit. La diversité des sources, l'absence de règles juridiques systématiques et le caractère évolutif de ces droits empêchent d'en dresser une liste exhaustive. Sur la base des dispositions légales existantes, de la doctrine la plus récente et des dernières avancées jurisprudentielles, nous classons les droits de la personnalité en deux catégories : ceux en rapport avec le corps de la personne (droit à la vie, droit à la maîtrise du corps, droit au respect de la dépouille mortelle) et ceux en rapport avec ses dimensions psychiques et morales (droit au respect de la vie privée, droit à l'image et à la voix, droit à l'honneur). Les premiers nous retiendront plus que les seconds, dans cette édition qui recentre le propos sur l'autodétermination corporelle.

## SECTION 2

### Droit à la vie

**104. Bibliographie.** M. ADAMS et G. GEUDENS, « De regulering van euthanasie in België. Principiële beschouwingen naar aanleiding van een aantal recente wetsvoorstellen », *R. W.*, 1999-2000, p. 793 ; B. BEIGNIER, « Fin de vie : l'ordre des questions », *D.*, 2003, repères, n° 10 ; F. BUSSCHE en W. DISTELMANS, *Een goede dood. 2002-2012 : tien jaar 'controversiële' euthanasiewet ?*, Bruxelles, VUBPress, 2012 ; M.-F. CALLU, « Autour de la mort : variations sur 'Madame se meurt, Madame est morte' », *Rev. trim. dr. civ.*, 1999, p. 313 ; E. CHVIKA, « Euthanasie : le droit au suicide assisté doit-il être ajouté sur la liste des droits de l'homme ? (à propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 29 avril 2002, *Diane Pretty c/ Royaume-Uni*) », *Dr. fam.*, 2003, chron., n° 9 ; Commission de contrôle et d'évaluation de l'application de la loi dépénalisant l'euthanasie, Rapports bisannuels, 2004, 2006, 2008, 2010, 2012 ; W. DE BONDT, « La nouvelle loi belge relative à l'euthanasie : la consécration de l'autonomie individuelle », *R.I.D.C.*, 2003, p. 233 ; W. DE BONDT, « Euthanasiewet. Tweede evaluatie », *NjW*, 2007, p. 198 ; C. DE BUSSCHERE, « Het levenstestament / Le testament de vie », *Notarius*, 1998, p. 237 (NL) / p. 297 (F) ; E. DE GROOT, « Euthanasie en de rol van de apotheker. Heeft een gewetensclausule een absoluut karakter ? », *Rev. dr. santé*, 2006-2007, p. 324 ; E. DE KEYSER, « Respect voor het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt : gevolgen voor de wet betreffende de euthanasie », *Rev. dr. santé*, 2005-2006, p. 374 ; E. DE KEYSER, « Euthanasie, een medische handeling ? », *NjW*, 2003, p. 1067 ; O. DE SCHUTTER, « L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. D. H.*, 2003, p. 71 ; J.A. DE WIT, « Zelfdoding op een hellend vlak. Levensmoeheid geen reden voor levensbeëindigend handelen », *Medisch Contact*, 2002, n° 45, p. 1664 ; E. DELBEKE, « Euthanasie bij minderjarigen », *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 163 ; K. DEPOORTERE, « Leven, lijden en euthanasie », in *Onze Alma Mater. Leuvense perspectieven*, 1996/4, p. 419 ; X. DIJON, « Entre le droit et la mort. Propositions pour éviter et récuser l'euthanasie », *J.T.*, 1985, pp. 33 et 49 ; M. ENGLERT, « Euthanasie : violer la loi ou la changer ? », *Journ. proc.*, 2001, n° 407, p. 22 ; H. FRAISSE-COLCOMBET, « La législation de l'euthanasie aux

Pays-Bas », *Rev. dr. sanit. soc.*, 2000, p. 317 ; A. GARAY, « Le droit au suicide assisté et la Cour européenne des droits de l'homme : le 'précédent' de la dramatique affaire Pretty », *Gaz. Pal.*, 14-15 août 2002, p. 2 ; G. GENICOT, « La maîtrise du début et de la fin de la vie », in *Les droits de la personnalité* (J.-L. RENCHON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 29 et s. ; J.-P. GRIDEL, « Le refus de soins au risque de la mort », *Gaz. Pal.*, 19-20 juin 2002, p. 3 ; A. GUILLOTIN, « La dignité du mourant », in *Ethique, droit et dignité de la personne. Mélanges Christian Bolze*, Paris, Economica, 1999, p. 317 ; D. HOLLANDERS de OUDERAEN, « Het levenstestament », *Notarius*, 1998, p. 392 ; Z. KIVILCIM-FORSMAN, « Eugénisme et ses diverses formes », *Rev. trim. D. H.*, 2003, p. 515 ; J. LEGEMAATE, « Vergelijkbaar maar niet hetzelfde. Wetgeving voor euthanasie in Nederland en België », *Medisch Contact*, 2002, n° 50, p. 1855 ; Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « L'euthanasie en Belgique et au Pays-Bas », *Rev. trim. D. H.*, 2004, p. 1 ; Y.-H. LELEU, « Regelgeving inzake het zelfbeschikkingsrecht », *T.P.R.*, 2002, p. 1373 ; Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, « Quel statut pour l'embryon et le fœtus dans le champ juridique belge ? », *J.T.*, 2002, p. 657<sup>(30)</sup> ; Y.-H. LELEU, « Maladie et fin de vie en droit belge », *Hanyang Law Review*, vol. 32/1, 2015, pp. 233 et s., et « La maladie », *Keio Law Review*, 2015, n° 32, pp. 175 et s. ; L. LEVENEUR, « L'euthanasie et l'article 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », in *La diversité du droit. Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose* (C. PUIGELIER éd.), Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 793 ; I. LUTTE, « L'expression de la volonté en période de fin de vie », in *Actualités de droit familial et de droit médical. Les droits des personnes les plus faibles* (E. THIRY coord.), Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 45 ; Ph. MALAURIE, « Euthanasie et droits de l'homme : quelle liberté pour le malade ? », *Rép. Defrénois*, 2002, art. 37598, p. 1131 ; M. MALLIEN, « L'extension de l'euthanasie aux mineurs non émancipés. Une analyse des conditions requises par les lois des 28 mai 2002 et 28 février 2014 », *J.D.J.*, n° 342, 2015, p. 17 ; I. MARIN, « L'euthanasie : question éthique, juridique, médicale ou politique ? », in *Le corps humain saisi par la justice*, Paris, Dalloz, 2001, p. 127 ; B. MATHIEU, « La recherche sur l'embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels », *D.*, 2000, p. 451 ; E. MONTERO, *Rendez-vous avec la mort. Dix ans d'euthanasie légale en Belgique*, Limal, Anthemis, 2013 ; H. NYS et S. BLANQUAERT, « Kanttekeningen bij de amendementen van de meerderheid op haar eigen euthanasie-voorstel », *R.W.*, 2000-2001, p. 635 ; J. PRADEL, « La seconde mort de l'enfant conçu (à propos de l'arrêt d'Assemblée plénière du 29 juin 2001) », *D.*, 2001, p. 2907 ; C. PUIGELIER, « Qu'est ce qu'un droit à la vie ? », *D.*, 2003, p. 2781 ; D. ROCHER, « La mort confisquée », *Gaz. Pal.*, 19-20 juin 2002, p. 37 ; C. ROMMELAERE, « Euthanasie des "enfants" et des "déments"... Réflexions sur les propositions de loi », *Rev. dr. santé*, 2013, p. 77 ; G. ROUJOU de BOUBÉE et B. LAMY, « Contribution supplémentaire à l'étude de la protection pénale du fœtus (à propos de l'arrêt de la Chambre criminelle du 30 juin 1999) », *D.*, 2000, p. 181 ; F. TERRÉ, « Le prix de la vie », *J.C.P.*, 2000, I, 2267 ; F. VAN NESTE, « Zelfbeschikking bij het naderende levenseinde », in *Over zichzelf beschikken ? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood* (UFSIA-Centrum Grondslagen van het Recht éd.), Anvers, Maklu, 1996, p. 575 ; T. VANSWEEVELT, « De euthanasiewet : de ultieme bevestiging van het zelfbeschikkingsrecht of een gecontroleerde keuzevrijheid ? », *Rev. dr. santé*, 2003, p. 216 ; T. VANSWEEVELT, « Onbekwamen : de wet patientenrechten en de euthanasiewet », in *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003* (P. SENAËVE et F. SWENNEN éd.), Anvers, Intersentia, 2003, p. 207 ; J. VELAERS, « Het leven, de dood

(30) Y.-H. LELEU, « Maladie et fin de vie en droit belge », *Hanyang Law Review*, vol. 32/1, 2015, pp. 233 et s. et « La maladie », *Keio Law Review*, 2015, n° 32, pp. 175 et s.

en de grondrechten. Juridische beschouwingen over zelfdoding en euthanasie », in *Over zichzelf beschikken ? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood* (UFSIA-Centrum Grondslagen van het Recht éd.), Anvers, Maklu, 1996, p. 469 ; L. VENY, P. GOES, “Een wereldprimeur : de uitbreiding van de Euthanasiewet naar niet-ontvoogde minderjarigen”, *R.W.*, 2014-2015, p. 163 ; L. WEYTS, « Le carnet de décès », in *Le service notarial : réflexions critiques et prospectives. Colloque en hommage à Michel Grégoire*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 323 ; A.W. WIND, N. MENSING VAN CHARANTE et E.J.A. SCHERDER, « Euthanasie bij dementie. Artsen moeten niet-behandelverklaring respecteren », *Medisch Contact*, 2002, n° 46, p. 1694.

## § I. Droit au respect de la vie

**105. Notion. Sources.** Le droit à la vie présente les deux aspects de nombreux droits de la personnalité : permettre à son titulaire de s’opposer à une atteinte illégitime à sa vie et de disposer de sa vie dans le respect de certaines limites. Ce droit, tellement fondamental, n’est pas reconnu comme tel par l’ordre juridique interne, mais seulement de manière indirecte, notamment par les incriminations pénales des atteintes aux personnes.

L’article 2 de la Convention européenne des droits de l’homme<sup>(31)</sup> est la norme internationale la plus explicite sur le droit à la vie. Elle comporte des obligations (négatives) à charge des États de s’abstenir de porter atteinte à la vie des citoyens, surtout dans le cadre du recours à la force publique, mais aussi des obligations (positives) de prendre toutes les mesures nécessaires à la protection de la vie, fût-ce contre les actes de la personne<sup>(32)</sup>, mais dans le respect de son autonomie.

L’article 2 apporte lui-même plusieurs exceptions au droit à la vie, toutes justifiées par l’ordre public au sens le plus sécuritaire du terme. Sont admis sous condition de nécessité et de prévisibilité le droit des États de punir certaines infractions de mort – on peut s’en étonner (art. 2, § 1<sup>er</sup> *in fine*)<sup>(33)</sup> –, le recours policier à la force (art. 2, § 2, b et c) et la légitime défense (art. 2, § 2, a)<sup>(34)</sup>.

(31) Voy. : S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l’homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme 1999-2001*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 25 et s. ; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., pp. 61 et s.

(32) Ex. : suicide de détenus (C.E.D.H., *Keenan c. Royaume-Uni*, arrêt du 3 avril 2001, CEDH, 2001-III, p. 93 ; C.E.D.H., *Tanrilibir c. Turquie*, arrêt du 16 novembre 2000, R. W., 2002-2003, p. 716, note F. VANNESTE ; C.E.D.H., *Arskaya c. Ukraine*, arrêt du 5 décembre 2013, N.J.B. (Pays-Bas), 2014, p. 528 (refl.) ; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., p. 69, n° 101).

(33) En Belgique, la peine de mort, même commuée automatiquement en détention à perpétuité, a été abolie (L. du 10 juillet 1996). Voy. aussi : les lois du 4 décembre 1998 portant assentiment au 2<sup>e</sup> Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort, fait à New York le 15 décembre 1989 et portant assentiment au 6<sup>e</sup> protocole additionnel à la C.E.D.H. concernant l’abolition de la peine de mort, fait à Strasbourg le 28 avril 1993.

(34) Voy. not. : C.E.D.H., *Gül c. Turquie*, arrêt du 14 décembre 2000, inédit. Ces exceptions n’empêchent toutefois pas un contrôle de la Cour : voy., C.E.D.H., *Gorovenky et Bugara c. Ukraine*, arrêt

**106. Titularité. Embryon et fœtus.** Accordé à toute personne, le droit au respect de la vie suppose-t-il la reconnaissance préalable de l'existence de la personne sur les plans juridique, biologique ou anthropologique ? Au centre de cette interrogation se trouvent le statut de l'embryon et du fœtus et ses répercussions dans les domaines de l'interruption volontaire de grossesse, de la procréation médicalement assistée et de la responsabilité civile (ou médicale) pour dommage causé à l'enfant à naître.

Comme on l'a montré (*supra*, n° 12), l'enfant à naître n'est pas titulaire du droit à la vie protégé par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le respect dû à l'embryon et au fœtus est coulé dans un corps de règles cohérent qui les protège suffisamment<sup>(35)</sup>. Le progrès éthique qui, selon certains, serait marqué par une attribution à l'embryon ou au fœtus de la qualité de personne au sens dudit article 2<sup>(36)</sup> est largement contrebalancé, selon nous, par le risque de bouleverser les équilibres atteints sur le plan de l'autonomie corporelle de la femme enceinte (*infra*, n° 121)<sup>(37)</sup>. Le législateur s'est donc gardé, à juste titre, de conférer un statut juridique à l'embryon, même dans les législations récentes sur des pratiques médicales pouvant l'impliquer<sup>(38)</sup>, et n'en propose qu'une définition fonctionnelle, sans portée ontologique<sup>(39)</sup>.

du 12 janvier 2012, *Vigiles*, 2013, p. 117, note H. BERKMOES ; C.E.D.H., *Saso Gorgiev c. Macédoine*, arrêt du 19 avril 2012, *Vigiles*, 2013, p. 117, note H. BERKMOES.

(35) Dans le même sens en droit français : C.E.D.H. (gr. ch.), *Vo c. France*, arrêt du 8 juillet 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 368, note M.D., R.W., 2005-2006, p. 1157, obs. N. VAN LEUVEN, N.J.B. (*Pays-Bas*), 2004, p. 2100, obs. Voy. aussi : J.-L. FAGNART, « Aspects juridiques des traumatismes du foetus », in *L'expertise de l'enfant et de la personne âgée. Les deux pôles de la vie* (P. LUCAS et M. STEHMAN éd.), Anthemis, Limal, 2011, p. 57 ; G. GENICOT, « La maîtrise du début et de la fin de la vie », in *Les droits de la personnalité* (J.-L. RENCHON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 29 et s. ; Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, « Quel statut pour l'embryon et le fœtus dans le champ juridique belge ? », *o.c.*, p. 657 ; C. LABRUSSE-RIOU et F. BELLIVIER, « Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé », *o.c.*, p. 579.

(36) Voire de l'art. 3 (traitements inhumains et dégradants) – en ce sens : B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, La Documentation française, 1999, pp. 358 et s.

(37) En ce sens : Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « La maîtrise de son corps par la personne », *o.c.*, p. 597, nos 38-39 ; Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, « Quel statut pour l'embryon et le fœtus dans le champ juridique belge ? », *o.c.*, p. 658, n° 5. Sur les rapports entre les normes relatives à l'euthanasie et à l'I.V.G. : Y.-H. LELEU, « Regelgeving inzake het zelfbeschikkingsrecht », *T.P.R.*, 2002, p. 1377 ; C. LEMMENS, « Levensinbeslissingen en zwangere vrouwen. Recht op zelfbepaling of dwingt de foetus tot naastenliefde ? », *Rev. dr. santé*, 2010-2011, p. 303.

(38) C. const., 5 octobre 2011, n° 146/2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 905 (somm.), *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 368, note S. PANIS (selon la Cour, les droits reconnus par l'article 22bis de la Constitution aux enfants ne s'étendent pas à l'embryon et au fœtus au sens de la loi du 19 décembre 2008 relative à l'obtention et à l'utilisation de matériel corporel humain destiné à des applications médicales humaines ou à des fins de recherche scientifique).

(39) Ex. : art. 2, al. 1<sup>er</sup>, a), b), c) et d), L. du 6 juillet 2007 – *infra*, n° 118.

## § 2. Droit à la maîtrise de sa vie

**107. Acceptation juridique.** Jadis, l'existence d'un droit à la maîtrise de sa vie<sup>(40)</sup> incluant la faculté d'en disposer était douteuse dans un système juridique hétéronomiste et fraîchement laïcisé (*supra*, n° 6). L'essor des droits fondamentaux, sur le plan juridique, la déconfessionnalisation, sur les plans philosophique et politique, et l'orientation plus individuelle de la recherche de l'épanouissement, sur les plans psychologique et social, ont émancipé l'individu et atténué le contrôle social sur la mort voulue.

Avec l'adoption de la loi relative à l'euthanasie (L. du 28 mai 2002), la maîtrise de sa propre vie est entrée dans l'ordre juridique et a quitté celui du fait, à savoir le suicide qu'aucune norme n'a jamais pu empêcher. L'apport de la nouvelle législation est qu'une décision létale réfléchie peut à présent être mise en œuvre par des tiers non criminalisés. Ainsi, le droit à la maîtrise de sa vie est-il élargi à ceux qui ne peuvent l'exercer de manière autonome ou ne veulent l'exercer de manière douloureuse. Ce droit n'est bien entendu pas illimité, comme aucun droit de la personnalité dans son volet « disposition ».

**108. Suicide (autonome).** Le droit de disposer de sa vie par le suicide n'est pas reconnu en tant que tel par le système juridique – ce serait absurde<sup>(41)</sup> – et certainement pas à titre de droit fondamental<sup>(42)</sup>. À notre

(40) L'expression « droit à la maîtrise de sa vie » remplace, pour nous, celle plus traditionnelle du droit à disposer de sa vie, à la fois en raison de sa connotation positive dans une matière toujours tragique et parce qu'elle traduit l'idée d'aboutissement ultime du droit à la maîtrise de son corps que nous voulons substituer au traditionnel droit à la disposition de l'intégrité physique (*infra*, n° 116).

(41) Le droit du patient au refus de traitement (art. 8, § 4, L. du 22 août 2002) prime l'obligation de prêter secours à personne en danger (G. GENICOT, *Le droit médical et biomédical*, o.c., p. 137 ; Y.-H. LELU, « La loi du 22 août 2002 relative aux droits des patients », *J.T.*, 2003, p. 655, n° 33), mais ne constitue pas un « suicide autonome » dans la mesure où il astreint le médecin à un suivi en soins (palliatifs) « de qualité » (art. 5) ou à se positionner face à une demande ultérieure d'euthanasie (*infra*, n° 109).

(42) C.E.D.H., *Pretty c. Royaume-Uni*, arrêt du 29 avril 2002, §§ 39-40, CEDH, 2002-III, p. 155, D., 2002, p. 1596, note, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1384, obs. F. ABU DALU, *J.C.P.*, 2002, I, 157, n°s 3 et 13, obs. F. SUDRE, *Gaz. Pal.*, 4-5 octobre 2002, p. 45, note C. PETTITI, *J.T.*, 2002, p. 590, note P. LAMBERT ; C.E.D.H., *Haas c. Suisse*, arrêt du 20 janvier 2011, *J.D.E.*, 2011, p. 119, *N.J.B. (Pays-Bas)*, 2011, p. 751 ; C.E.D.H., *Koch c. Allemagne*, arrêt du 19 juillet 2012, *N.J.B. (Pays-Bas)*, 2012, p. 2625 ; C.E.D.H., *Gross c. Suisse*, arrêt du 14 mai 2013, *N.J.B. (Pays-Bas)*, 2013, p. 1980, *T. Strafr.*, 2013, p. 264 (refl.), *T.V.W.*, 2013, p. 253 (où la Cour reconnaît une violation de l'article 8 C.E.D.H. tout en rappelant qu'elle n'a pas à se prononcer sur la possibilité légale pour un médecin de prescrire un médicament permettant le suicide). La Cour européenne des droits de l'homme, dans une jurisprudence nuancée, impose aux États de prendre des précautions de nature à éviter le suicide, notamment de *personnes détenues* (voy. not. C.E.D.H., *De Donder et De Clippel c. Belgique*, arrêt du 6 décembre 2011, *Juristenkrant*, 2011, p. 1, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1029, note L. MISSON et G. DUJARDIN, *R.A.B.G.*, 2012, p. 483, note Y. VAN DEN BERGE, *R.W.*, 2013-2014, p. 638, *T. Strafr.*, 2012, p. 47 ; C.E.D.H., *Arskaya c. Ukraine*, arrêt du 5 décembre 2013, *N.J.B. (Pays-Bas)*, 2014, p. 528 (refl.)), dans le respect de leur autonomie (rapp. et comp. : l'art. 390 du Code de procédure pénale français autorisant l'alimentation forcée de détenus grévistes de la faim). Voy. : L. MISSON, G. DUJARDIN, « Suicide d'un détenu psychotique en prison : quid des risques de poursuites pénales contre les responsables pénitentiaires, judiciaires, voire politiques ? », *J.L.M.B.*, 2012, p. 1050 ; J. ROZIE, « Zelfdoding en strafrecht : het

avis, cette question n'émerge au droit qu'au travers de ses implications pour les tiers, soit dans son exécution (complicité de suicide ou de tentative de suicide, provocation et assistance au suicide<sup>(43)</sup>, non-assistance à personne en danger), soit dans ses répercussions (assurance-vie<sup>(44)</sup>, indice de désunion irrémédiable<sup>(45)</sup>). Pour le surplus, le suicide est un fait devant lequel le droit doit s'incliner.

**109. Euthanasie et suicide (médicalement) assisté<sup>(46)</sup>.** L'euthanasie est le fait d'administrer intentionnellement la mort à autrui à sa demande<sup>(47)</sup>. Sa dépénalisation par la loi du 28 mai 2002<sup>(48)</sup> répond, adéquatement selon nous, à une demande sociale et prend rang dans une nouvelle hiérarchie des valeurs. Le respect de l'autonomie du malade doit primer sur la défense de la vie à tout prix, celle-ci ne s'entendant pas seulement en termes biologiques mais aussi d'un point de vue qualitatif. Il y a, croyons-nous, plus d'humanité à concevoir le cadre juridique et les conditions d'expression d'une décision individuelle d'un patient en souffrance qu'à soumettre dans l'abstrait l'opportunité d'accéder à une telle demande à la seule norme éthique. Cette approche est exemplaire de la fonction

taboe doorbroken », R. W., 2013-2014, p. 282 ; J. VELAERS, « Het leven, de dood en de grondrechten. Juridische beschouwingen over zelfdoding en euthanasie », in *Over zichzelf beschikken ? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood* (UFSIA-Centrum Grondslagen van het Recht éd.), Anvers, Maklu, 1996, p. 469.

(43) En France, l'article 63 du Code pénal dispose que l'assistance à un suicide peut être considérée comme une non-assistance à personne en danger, tandis que les articles 318-1 et 318-2 du Code pénal répriment la provocation au suicide. Voy. : T.G.I. Paris, 11 avril 1995, *J.C.P.*, 1996, II, 22729, note I. LUCAS-GALLAY (ouvrage *Suicide. Mode d'emploi*) ; J. BORRICAND, « La répression de la provocation au suicide : de la jurisprudence à la loi », *J.C.P.*, 1988, 3359. En Belgique, la Cour de cassation considère que les articles 2 et 8 de la C.E.D.H. n'excluent pas le caractère punissable de l'assistance au suicide (art. 422bis C. pén.) (Cass., 23 mars 2010, *Pas.*, 2010, I, p. 951, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 963 (somm.), *Rev. dr. santé*, 2010-2011, p. 261, note E. DELBEKE, *T. Strafr.*, 2010, p. 334, note J. VAN GAEVER).

(44) L'art. 15 de la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie répute la personne décédée de mort naturelle pour ce qui concerne l'exécution des contrats auxquels elle était partie (contrats d'assurance-vie en particulier). En matière d'assurance R.C., voy. : J. LEGRAND, « Suicide et sinistre intentionnel », *For. ass.*, 2013, p. 219.

(45) Anciennement injure grave : Civ. Nivelles, 13 octobre 1998, *Div. Act.*, 1999, p. 13 ; Civ. Anvers, 24 mars 1975, R. W., 1974-1975, col. 2542.

(46) L'auteur est membre de la Commission fédérale de contrôle et d'évaluation de l'application de la loi relative à l'euthanasie et s'exprime à titre personnel.

(47) Il n'y a pas lieu de distinguer euthanasie *passive* et *active* (G. GENICOT, *Le droit médical et bio-médical*, o.c., p. 653 ; Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « L'euthanasie en Belgique et aux Pays-Bas », *Rev. trim. D. H.*, 2004, p. 9, n° 2) ; comp. : R.O. DALCQ, « À propos de l'euthanasie. Exposé présenté aux commissions réunies de la justice et des affaires sociales du Sénat », *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 3 ; *contra* : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., p. 145, n°s 303 et s.), ni d'exclure le *suicide médicalement assisté* du champ d'application de la loi (Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « L'euthanasie en Belgique et aux Pays-Bas », o.c., p. 9, n° 3). Sur l'*arrêt de traitement médical* à la demande du patient, voy. *infra*, n° 113. Les *soins palliatifs* sont régis par la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient ; E. DELBEKE, *Juridische aspecten van zorgverlening aan het levende*, Anvers, Intersentia, 2012.

(48) C.A., 14 janvier 2004, *NjW*, 2004, p. 270, note E. BREMS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 309, *T.P.B.*, 2005, p. 49 (somm.), *Juristenkrant*, 2004, n° 83, p. 15, obs. M. VANDENVELDE (rejet d'un recours en annulation).

accompagnatrice du nouveau droit des personnes (*supra*, n° 7). Elle permet au droit belge de se distinguer, positivement, sur la scène mondiale. Le droit luxembourgeois a emprunté la même voie<sup>(49)</sup>, tandis que le droit français préfère encore réglementer le « laisser mourir » dans le Code de la santé publique, d'une manière moins centrée sur la volonté du patient<sup>(50)</sup>. Les tragiques attermoissements dans l'affaire « Vincent Lambert » résultent du fait que la loi prône la décision collégiale (médecin-famille), sans hiérarchiser au sein de la famille les consentements de substitution (l'épouse avant la mère) ni faire droit à la volonté du patient, même mortifère<sup>(51)</sup>.

En Belgique, le médecin<sup>(52)</sup> qui pratique une euthanasie dans les conditions légales ne commet pas d'homicide (art. 3, L. du 28 mai 2002)<sup>(53)</sup>. Aucune autre personne n'est habilitée à pratiquer l'acte d'euthanasie ; les

(49) Loi du 16 mars 2009 relative à l'euthanasie et à l'assistance au suicide. L'adoption de la loi luxembourgeoise a provoqué la modification des pouvoirs constitutionnels du Grand-Duc qui, dans l'exercice de son droit de sanction des lois, refusait de l'approuver, faisant prévaloir des valeurs personnelles dans l'exercice de ses fonctions, ce qui nous paraît contraire à la méthode contemporaine de création des normes en droit des personnes et des familles (ou dans les domaines apparentés du droit pénal) (*supra*, n° 6 et *infra*, n° 121).

(50) Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, dite loi Leonetti. L'idée générale de cette législation est de favoriser les soins palliatifs, d'interdire l'« euthanasie active » et d'encadrer l'« euthanasie passive », concrètement en empêchant le médecin de pratiquer une « obstination déraisonnable » dans le soin des malades en fin de vie. Un équilibre est aussi recherché entre le fait d'éviter des souffrances jugées inutiles à un patient qu'on estime voué à la mort et celui de le maintenir en vie. La loi Leonetti a été modifiée en 2015, sans prendre l'orientation autonomiste. Alors que l'objet principal de la proposition de loi modificative visait à autoriser une « aide active médicalisée à mourir », seul un recours sous conditions à « une sédation profonde et continue » a recueilli la majorité requise (voy., A. PANET, « L'euthanasie : le droit comparé, source d'inspiration pour la législation française ? », in *Les solidarités entre générations* (H. FULCHIRON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1061).

(51) Vincent Lambert, se trouve (encore à l'heure de mettre l'ouvrage sous presse) en état végétatif profond depuis plusieurs années. Le Conseil d'État français a validé la décision de suppression d'alimentation et d'hydratation prise par certains proches (famille conjugale) en accord avec le corps médical, conformément au processus décisionnel collégial de loi Leonetti, mais contre la volonté d'autres proches (famille parentale). L'opposition de ceux-ci est idéologique, de tendance catholique radicale et ouvertement soutenue par les lobby « *pro life* ». La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas reconnu de violation de l'article 2 de la C.E.D.H. en cas d'exécution de la dite décision administrative (C.E.D.H., *Lambert et autres c. France*, arrêt du 5 juin 2015, *J.L.M.B.*, 2015, p. 1208, *NjW*, 2015, p. 630, note A. COPPENS). Comme parfois, la France se montre réticente à implémenter cet arrêt et laisse de nouveaux recours judiciaires être introduits. *Adde* : G. GENICOT, « Arrêt de traitement, droit à la vie, autonomie personnelle et patients vulnérables. Réflexions autour de l'affaire Vincent Lambert », *J.T.*, 2016, p. 17.

(52) E. DE KEYSER, « Euthanasie, een medische handeling ? », *NjW*, 2003, p. 1067 ; Y.-H. LELEU, « Maladie et fin de vie en droit belge », *o.c.*, p. 237 et « La maladie », *o.c.*, p. 175.

(53) La loi relative à l'euthanasie n'a pas modifié le Code pénal (comp. : art. 294-295 C. pén. néerlandais). Cette méthode présente un avantage par rapport à une autre, suggérée mais rejetée par choix politique et philosophique, consistant à s'en tenir à l'*état de nécessité* qui suppose une appréciation par le juge des valeurs en présence. Le recours à cette notion conserve cependant son utilité lorsqu'une euthanasie est pratiquée *en dehors du cadre légal*, par exemple si le patient ou le médecin ne remplit pas (toutes) les conditions requises (voy. : C.E., section de législation, avis du 2 juillet 2001 sur les propositions de loi relatives à l'euthanasie et aux soins palliatifs, *Rev. trim. D. H.*, 2001, p. 259, note F. RIGAUX ; R.O. DALCQ, « À propos de l'euthanasie. Exposé présenté aux commissions réunies de la justice et des affaires sociales du Sénat », *o.c.*, pp. 4-5).

pharmaciens qui délivrent les substances létales ont été inclus dans le système législatif (art. 3bis, L. du 10 novembre 2005)<sup>(54)</sup>.

La Cour européenne des droits de l'homme ne s'est pas prononcée sur la conformité d'une législation autorisant l'euthanasie à l'article 2 de la Convention<sup>(55)</sup>, mais celle-ci ne nous paraît pas douteuse dans un cadre réglementaire assurant l'intégrité de la demande<sup>(56)</sup>.

Seule la demande d'euthanasie est un droit du patient, le médecin pouvant refuser de pratiquer l'acte, et le pharmacien de délivrer les produits, en invoquant une « *clause de conscience* » (art. 14)<sup>(57)</sup>.

- *Conditions relatives au patient.* La loi permet l'euthanasie aux personnes majeures et aux mineurs émancipés capables, ainsi qu'aux mineurs de tout âge inférieur à 18 ans, mais dotés de discernement (L. du 28 février 2014, *infra*, n° 109-1). Demeurent exclues du droit de demander l'euthanasie, les personnes sous statut de protection<sup>(58)</sup> ou incapables en fait (patients dans le coma, patients dont l'état mental ne permet plus l'expression d'un consentement valable). Seule une modification législative pourrait offrir à ces derniers la possibilité de demander l'euthanasie, à d'autres conditions

(54) Sur cette problématique : E. DE GROOT, « Euthanasie en de rol van de apotheker », *Rev. dr. santé*, 2006-2007, p. 324.

(55) C.E.D.H., *Pretty c. Royaume-Uni*, arrêt du 29 avril 2002, § 41 *in fine*, CEDH, 2002-III, p. 155, D., 2002, p. 1596, note, J.L.M.B., 2002, p. 1384, obs. F. ABU DALU, J.C.P., 2002, I, 157, n°s 3 et 13, obs. F. SUDRE, *Gaz. Pal.*, 4-5 octobre 2002, p. 45, note C. PETTITI, J.T., 2002, p. 590, note P. LAMBERT ; L. LEVENEUR, « L'euthanasie et l'article 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », in *La diversité du droit. Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose* (C. PUIGELIER éd.), Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 793 ; G. WILLEMS, « L'appréhension par la Cour de Strasbourg du droit de la personne et de la famille : respect des singularités nationales et commune garantie des droits de l'homme », in *Les droits de l'homme. Une réalité quotidienne*, Collection du Jeune Barreau de Mons, Limal, Anthemis, 2014, p. 167. La Cour européenne des droits de l'homme s'est en revanche prononcée sur la réglementation de l'assistance au suicide (C.E.D.H., *Haas. c. Suisse*, arrêt du 20 janvier 2011, J.D.E., 2011, p. 119, N.J.B. (Pays-Bas), 2011, p. 751 : obligation pour les États à mettre en place une procédure propre à assurer qu'une décision de mettre fin à sa vie corresponde bien à la libre volonté de l'intéressé ; C.E.D.H., *Gross c. Suisse*, arrêt du 14 mai 2013, N.J.B. (Pays-Bas), 2013, p. 1980, T. *Strafr.*, 2013, p. 264 (refl.), T.V.W., 2013, p. 253 : où la Cour reconnaît une violation de l'article 8 C.E.D.H. tout en rappelant qu'elle n'a pas à se prononcer sur la possibilité légale pour un médecin de prescrire un médicament permettant le suicide).

(56) E. BREMS, note sous C.A., 11 janvier 2004, NjW, 2004/4, p. 270 ; O. DE SCHUTTER, « L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002) », *Rev. trim. D. H.*, 2003, p. 1087 ; Y.-H. LELEU, « Regelgeving inzake het zelfbeschikkingsrecht », *o.c.*, p. 1378 ; Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « L'euthanasie en Belgique et aux Pays-Bas », *o.c.*, p. 17, n° 8 ; C.E., avis du 2 juillet 2001, *Rev. trim. D. H.*, 2001, p. 259 ; *contra* : M. ADAMS et H. NYS, « Euthanasie in de Lage Landen. Vergelijkende beschouwingen bij de Belgische euthanasiewet », *o.c.*, p. 31, note 31.

(57) Le médecin (ou l'hôpital) doit cependant être transparent envers le patient quant à son attitude personnelle et assurer son suivi médical en temps utile (J. HERREMANS et Y.-H. LELEU, « De la clause de conscience en matière d'euthanasie », *La Libre Belgique*, 5 juin 2003).

(58) La demande d'euthanasie fait partie des actes dont la loi exclut toute représentation et assistance (art. 497/2, 18°), tout en ne faisant pas partie des actes sur lesquels le juge de paix est expressément appelé à se prononcer. Pour plus de détails, voy. *infra*, n° 182/7.

probablement, la difficulté étant de respecter le principe ou l'esprit du colloque singulier puisque des tiers devront être associés à la décision<sup>(59)</sup>.

- *Conditions relatives à la situation médicale.* Le patient majeur ou mineur émancipé doit se trouver dans une « situation médicale sans issue » et (faire) état d'une « souffrance physique ou psychique constante et insupportable qui ne peut être apaisée et qui résulte d'une affection accidentelle ou pathologique grave et incurable » (art. 3, § 1<sup>er</sup>). La souffrance, si elle doit découler d'une situation médicale objectivable<sup>(60)</sup>, n'est pas réductible à la douleur et peut être morale ou psychique ; elle revêt un caractère subjectif et dépend du vécu du malade<sup>(61)</sup>. Ainsi, la loi n'exclut pas que des personnes très âgées demandent l'euthanasie sans devoir justifier être affectées d'une pathologie incurable à court ou moyen terme. La conjonction de maladies non létales liées au grand âge (ex. : paralysie, surdité, cécité, douleurs chroniques) peut être sans issue et leur accumulation induire une souffrance inapaisable<sup>(62)</sup>.

Les vérifications s'opèrent dans un « colloque singulier » patient-médecin, sur avis obligatoire d'un second médecin indépendant (art. 3, § 2)<sup>(63)</sup>. La notion de « situation médicale sans issue » est significative de la volonté de ne pas limiter l'euthanasie à la phase terminale au nom de l'autonomie du patient<sup>(64)</sup>. Le fait que

(59) G. GENICOT, *Le droit médical et biomédical, o.c.*, p. 663.

(60) Il ressort des rapports de la Commission fédérale d'évaluation de la loi relative à l'euthanasie que le cancer est la principale pathologie conduisant à une demande d'euthanasie, suivie par les affections neuromusculaires évolutives pour les décès prévus à brève échéance, tandis que les affections neuropsychologiques sont la principale source d'euthanasie pour les patients dont le décès n'est pas prévu à brève échéance. La dépression à un stade sévère a pu également justifier des demandes (W. DE BONDT, « Euthanasiewet. Tweede evaluatie », *NjW*, 2007, pp. 202-203 ; *Rapports bisannuels* 2004, 2006, 2008, 2010, 2012 de la Commission de contrôle et d'évaluation de l'application de la loi dépénalisant l'euthanasie). Pour un bilan : F. BUSSCHE (en W. DISTELMANS, *Een goede dood. 2002-2012 : tien jaar 'controversiële' euthanasiewet ?*, Bruxelles, VUBPress, 2012 ; E. MONTERO, *Rendez-vous avec la mort. Dix ans d'euthanasie légale en Belgique*, Limal, Anthemis, 2013).

(61) Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « L'euthanasie en Belgique et aux Pays-Bas », *o.c.*, p. 28 ; W. DE BONDT, « Euthanasiewet. Tweede evaluatie », *o.c.*, p. 202.

(62) Par contre, la seule invocation d'une « fatigue de vivre » ne répond pas aux conditions légales (ex. demande d'euthanasie après un (seul) épisode dépressif consécutif à un deuil à un âge avancé). Le Hoge Raad néerlandais a refusé d'autoriser « l'euthanasie sur demande » pour « fatigue de vivre » (H.R., 24 décembre 2002, *Brongersma, N.J.B. (Pays-Bas)*, 2003, p. 167 ; voy. : H.J.J. LEENEN, *Handboek gezondheidsrecht*, t. I, *Rechten van de mensen in de gezondheidszorg*, 4<sup>e</sup> éd., Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2000, pp. 332-334 ; J. DE HAAN, « The New Dutch Law on Euthanasia », *Med.L.Rev.*, 2002, pp. 62-63).

(63) Sur l'importance, notamment sur les plans éthique et philosophique, de maintenir l'euthanasie dans ce colloque singulier : Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « L'euthanasie en Belgique et aux Pays-Bas », *o.c.*, p. 30, n° 30.

(64) C'est au médecin, et non au patient, qu'il appartient d'établir le caractère sans issue de la pathologie et de décider qu'il n'existe pas ou plus de thérapie envisageable. Ce critère est objectif (*Doc. parl.*, Sén., sess. 2001-2002, n° 2-244/4, n° 4).

le décès n'interviendra pas à brève échéance renforce très logiquement le contrôle : délai de réflexion d'un mois et consultation d'un autre médecin, psychiatre ou spécialiste de la pathologie concernée (art. 3, § 3).

- *Conditions relatives à la demande d'euthanasie.* Au centre du processus se trouve la demande du patient. Elle doit être volontaire, réfléchie et répétée, tout en demeurant révocable. Une information et une concertation préalables sont organisées (art. 3, § 2)<sup>(65)</sup>. La demande est écrite par le patient ou actée par un tiers (désintéressé) s'il n'est plus en état d'écrire ou de signer (art. 3, § 4).
- *Conditions relatives à la déclaration anticipée d'euthanasie.* Le cas des patients dont les capacités volitives sont diminuées crée une tension entre la consécration légale de l'autodétermination, par hypothèse reconnue à tous, et la nécessité de s'assurer de la qualité de la volonté qui la véhicule.

Les majeurs encore capables en fait et en droit, mais craignant une évolution vers une incapacité future, peuvent rédiger une « déclaration anticipée » et y exprimer leur volonté qu'un médecin pratique une euthanasie ou qu'une personne de confiance répercute ce souhait au moment opportun auprès d'un médecin (art 4, § 1<sup>er</sup>)<sup>(66)</sup>. C'est plus qu'un refus de traitement et autre chose qu'un souhait de soins palliatifs. Pour donner suite à de telles directives, le médecin doit constater la réunion des conditions de fond de l'euthanasie et l'*inconscience* du patient (art. 4, § 2)<sup>(67)</sup>.

Cette faculté rend douloureuse, par contraste, la quête de légitimité des arrêts actifs de la vie des personnes devenues incapables sans avoir rédigé une telle déclaration, des personnes qui l'ont toujours été, et des mineurs privés de cette possibilité (voy. ci-dessous).

En outre, comme la durée de validité de la déclaration anticipée est limitée à 5 ans (art. 4, § 1<sup>er</sup>), les patients capables en fait, mais diagnostiqués atteints de maladie neurodégénérative (ex. : *Alzheimer*), n'ont pas, en l'état de la législation, d'autre choix que de former une demande *actuelle* d'euthanasie, les privant, à nos yeux d'une manière discriminatoire, d'un temps de vie lucide. Or ils sont, à

(65) Cette phase peut comprendre la consultation d'autres personnes, notamment l'équipe soignante, les proches, une éventuelle personne de confiance ou toute autre personne à la demande du patient. Sur le rôle de la personne de confiance : E. LANGENAKEN, « La personne de confiance garante des droits de la personnalité des personnes vulnérables », *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 271.

(66) Modèle disponible à l'adresse : [www.health.fgov.be/AGP/FR/euthanasie/](http://www.health.fgov.be/AGP/FR/euthanasie/) ; E. LANGENAKEN, *l.c.* ; I. LUTTE, « L'expression de la volonté en période de fin de vie », in *Actualités de droit familial et de droit médical. Les droits des personnes les plus faibles* (E. THIRY éd.), Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 45.

(67) La souffrance est devenue impossible à vérifier.

notre avis, dans les conditions d'obtenir l'euthanasie si leur maladie est létale à terme, et si elle leur cause actuellement une souffrance au degré requis par la loi<sup>(68)</sup>.

- *Contrôle de l'euthanasie.* Le respect d'une procédure de contrôle *a posteriori* des euthanasies est la dernière condition de leur dépénalisation. Le médecin doit signaler son acte à une Commission fédérale pluridisciplinaire (art. 6, § 2) qui vérifie le respect du cadre légal en amont des autorités judiciaires<sup>(69)</sup>. Elle analyse le document d'enregistrement à remplir par les médecins qui pratiquent une euthanasie, un formulaire en deux volets, le premier identifiant les protagonistes et le second, anonyme, décrivant le contexte de l'euthanasie (art. 7)<sup>(70)</sup>. Si la Commission n'est pas convaincue du respect des conditions légales, elle décide à la majorité simple de lever l'anonymat ou, à la majorité des deux tiers, de transmettre le dossier au procureur du Roi qui décidera s'il y a lieu de poursuivre le médecin (art. 8, al. 3<sup>(71)</sup>).

**109-1. (suite) Patients mineurs.** L'ouverture de l'euthanasie aux mineurs (L. du 28 février 2014)<sup>(72)</sup> rappelle une limite de la loi originale et les difficultés que le législateur rencontre pour modifier cette loi sans donner suite aux demandes de renforcement d'autres conditions, émanant des courants sociaux opposés à l'euthanasie<sup>(73)</sup>. L'opportunité d'ouvrir l'euthanasie aux enfants et aux jeunes adultes étaient connue dès 2002, mais fut exclue du débat pour permettre à celui-ci de progresser. D'un côté on signalait une discrimination fondée sur l'âge car les situations sont comparables ; de l'autre on reconnaissait la difficulté d'accorder à la volonté d'un mineur la même portée que celle d'un majeur. La loi a concilié le droit du mineur à la maîtrise de son corps (art. 12 L.D.P.) avec la nécessité de s'assurer que sa demande d'euthanasie, bien plus grave qu'un arrêt de traitement, soit volontaire et réfléchi, en fonction de l'âge du patient et

(68) Ainsi, l'écrivain belge Hugo Claus a choisi de mourir par euthanasie en mars 2009, à 78 ans, alors qu'il n'était encore qu'au premier stade de la maladie d'Alzheimer. Cette situation a été critiquée par voie de presse par l'ex-primat de l'église catholique, le Cardinal Danneels. Sur cette problématique et dans le même sens : G. GENICOT, « Le grand âge en droit médical, entre ombres et lumière », in *Le droit des seniors* (Fr. GEORGES éd.), Liège, éd. Jeune Barreau, 2010, pp. 349 et s.

(69) Le ministère public conserve toute latitude pour poursuivre des faits d'euthanasie qui n'auraient pas été déclarés à la Commission.

(70) Document disponible à l'adresse : [www.health.fgov.be/agg/fr/euthanasie/](http://www.health.fgov.be/agg/fr/euthanasie/).

(71) À ce jour, une plainte relative à une pratique d'euthanasie a été transmise au parquet, relative à une dame âgée, dépressive après le décès de sa fille, sa seule famille.

(72) E. DELBEKE, « Euthanasie bij minderjarigen », *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 163 ; Y.-H. LELEU, « Maladie et fin de vie en droit belge », *o.c.*, p. 237 et « La maladie », *o.c.*, p. 175.

(73) C. ROMMELAERE, « Euthanasie des "enfants" et des "déments"... Réflexions sur les propositions de loi », *Rev. dr. santé*, 2013, p. 77 ; G. GENICOT, « Rejet du recours en annulation de la loi étendant l'euthanasie aux mineurs : validation d'une évaluation logique et récente », note sous C. const., n° 153/2015 du 29 octobre 2015, *J.L.M.B.*, 2015, pp. 1933 et s.

des droits des titulaires de l'autorité parentale. La loi a surtout évité un contrôle externe préalable, pour y préférer l'accord des parents. C'est une ouverture du « colloque singulier » limitée et justifiée par la vulnérabilité du mineur (voir ci-après).

Les conditions sont plus contraignantes<sup>(74)</sup> : le mineur fait « sa » demande écrite (art. 3, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>) ; il doit être « conscient » au moment de cette demande ; il doit avoir une « capacité de discernement » appréciée par un pédopsychiatre ou un psychologue (art. 3, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>) ; les parents doivent marquer leur « accord » (art. 3, § 2, 7<sup>o</sup>)<sup>(75)</sup>.

Une autre différence avec l'euthanasie des majeurs est l'exclusion de la *souffrance psychique* et de la possibilité d'euthanasie au stade *non terminal* de la maladie ou en état d'*inconscience*. Ces restrictions sont un nouveau compromis politique, regrettable.

Les conditions d'ouverture de l'euthanasie aux mineurs font apparaître une dernière limite : l'impossibilité des euthanasies néonatales (ex. nouveau-né atteint d'une maladie mortelle). Pour ces enfants sans capacité de discernement, seul un arrêt de traitement accompagné de soins palliatifs est possible. Les parents ont le droit de le demander (art. 5 et 12 L. du 22 août 2002). Le médecin doit respecter cette décision et accompagner de soins les derniers jours de l'enfant<sup>(76)</sup>.

Reste la situation où aucun traitement n'est appliqué au nouveau-né ou au très jeune enfant (ex. coma), pour laquelle des incertitudes subsistent sur la question de savoir si un refus d'alimentation et d'hydratation accompagné d'une sédation palliative est, ou non, un arrêt de traitement.

La loi du 28 février 2014 ouvrant l'euthanasie aux mineurs ne devrait recevoir que de très rares applications dans la pratique<sup>(77)</sup>. Dans le

(74) E. DELBEKE, « Euthanasie bij minderjarigen », *o.c.*, p. 165 ; « Euthanasie voor kinderen », *NjW*, 2014, p. 301, note ; M. MALLIEN, « L'extension de l'euthanasie aux mineurs non émancipés. Une analyse des conditions requises par les lois des 28 mai 2002 et 28 février 2014 », *J.D.J.*, 2015, n° 342, p. 17 ; L. VÉNY et P. GOES, « Een wereldprimeur : de uitbreiding van de Euthanasiewet naar niet-ontvoogde minderjarigen », *R.W.*, 2014-2015, p. 163 ; G. GENICOT, « Rejet du recours en annulation de la loi étendant l'euthanasie aux mineurs : validation d'une évolution logique et récente », *o.c.*, pp. 1933 et s.

(75) L'ensemble de ces garanties a justifié le rejet du recours en annulation dirigé à l'encontre de la loi du 28 février 2014 : C. const., 29 octobre 2015, n° 153/2015, *R.W.*, 2015-2016, p. 519 (somm.), *J.L.M.B.*, 2015, p. 1932, note G. GENICOT. Comp. : Le droit néerlandais permet la demande d'euthanasie dès l'âge de 16 ans sans l'accord des parents (mais avec leur « association » à la décision) et dès l'âge de 12 ans avec l'accord des parents (art. 2, §§ 3 et 4, L. du 12 avril 2001). On demande au médecin de s'assurer que le mineur concerné « peut être jugé capable d'apprécier convenablement ses intérêts en la matière » et, en pratique, la collaboration des parents est systématiquement obtenue. Pour plus de détails : Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « L'euthanasie en Belgique et aux Pays-Bas », *o.c.*, pp. 42-43, n° 49.

(76) En France, les parents n'ont pas le dernier mot. Le médecin décide si l'état du nouveau-né (ou plus généralement du mineur) justifie un arrêt de traitement souhaité par les parents.

(77) La pratique aux Pays-Bas renseigne un nombre extrêmement faible d'euthanasie de mineurs (5 cas depuis 2002).

débat sur l'euthanasie des mineurs a dès lors resurgi un argument souvent développé en matière biomédicale : « Une loi rarement appliquée a peu d'utilité sociale ou une utilité disproportionnée par rapport à l'atteinte qu'elle porte aux valeurs ». À notre avis, et de manière générale, cet argument ne légitime pas l'inertie législative dans les matières biomédicales. Si l'ouverture d'une institution à tendance auto-déterministe permet aux personnes qui en éprouvent le besoin d'en bénéficier, elle ne diminue pas les droits de ceux qui n'éprouvent pas ce besoin, et remplit son objectif principal d'accroître les possibilités d'épanouissement personnel (pour autant bien sûr que le législateur trace des limites éthiquement acceptables)<sup>(78)</sup>.

### SECTION 3

#### Protection et maîtrise du corps

**110. Bibliographie.** J.-P. BAUD, « Le corps, personne par destination », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 13 ; I. BOONE, « Het wegnemen en transplanteren van organen volgens het Belgische recht », *T.P.R.*, 1996, p. 91 ; G.J. BOYLE, J.S. SVOBODA, C.P. PRICE et J.N. TURNER, « Circumcision of Healthy Boys : Criminal Assault ? », *Journal of Law and Medicine*, 2000, p. 301 ; N. BROECKX, « Orgaantransplantatie », in *Handboek Gezondheidsrecht* (T. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS éd.), vol. II, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 1139 à 1213 ; Chr. BYK, « Transplantation d'organes et droit ; une greffe réussie ? Expérience française, contexte européen », *J.C.P.*, 1997, I, 4026 ; Chr. BYK, « La loi relative au respect du corps humain », *J.C.P.*, 1994, I, 3788 ; B. DE SMET, « De gedwongen behandeling van TBC-patienten », *R.W.*, 2002-2003, p. 75 ; A. DEMOOR, « Transplantatie van organen. Of : Zal het recht dwingen tot naastenliefde », *Jura Falc.*, 1976-1977, p. 69 ; X. DIJON, « Quelle parole pour le corps ? (Wanneer mag het lichaam spreken ?) », in « Considérations juridiques et éthiques sur la famille (Gezin : juridische en ethische verkenningen) », *Cahier CEPES*, n° 3, 1992, p. 27 ; X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps*, Bruxelles, Larcier, 1982 ; X. DIJON, « Vers un commerce du corps humain ? », *J.T.*, 2006, p. 501 ; E. DOS REIS, G. RUFFIEUX, J. TEREL et G. WILLEMS, « La maternité de substitution », in *Parenté, Filiation, Origine. Le droit et l'engendrement à plusieurs* (H. FULCHIRON et J. SOSSON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 169 ; W. DREESSEN, « Orgaantransplantatie en mensenrechten », *Jura Falc.*, 1984-1985, p. 500 ; B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable. L'être ou le néant : l'alternative légitime », *J.T.*, 2015, p. 209 ; B. EDELMAN, « L'homme aux cellules d'or », *D.*, 1989, p. 225 (égal. paru in *La personne en danger*, Paris, P.U.F., 1999, p. 289) ; Th. FOSSIER et Th. VERHEYDE, « La stérilisation à des fins contraceptives des incapables majeurs », *J.C.P.*, 2001, I, 1477 ; F. FRESNEL, « La stérilisation volontaire contraceptive », *D.*, 2001, p. 2045 ; N. GALLUS, « La validité de la convention de gestation pour autrui », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?* (G. SCHAMPS et

(78) La même logique inspire les lois biomédicales belges (ex. procréation médicalement assistée, transsexualisme) mais aussi plusieurs lois de droit des familles (ex. mariage entre personnes de même sexe, abolition de prohibitions à mariage).

J. SOSSON dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 181 ; N. GALLUS, « L'adoption par les parents intentionnels de l'enfant né d'une mère porteuse », *Act. dr. fam.*, 2013, p. 100 ; G. GENICOT, « La maîtrise du début et de la fin de la vie », in *Les droits de la personnalité* (J.-L. RENCHON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 29 et s. ; G. GENICOT, « Gestation pour autrui, autonomie personnelle et maîtrise corporelle : plaidoyer pour un droit neutre et libéré », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?* (G. SCHAMPS et J. SOSSON dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 15 ; G. GENICOT, « Comparaison sans raison n'est pas solution », *J.L.M.B.*, 2015, p. 269 ; G. GENICOT, « Handicap grave non décelé in utero : panorama des réponses jurisprudentielles », *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 177 ; J.-B. GRENOUILLEAU, « Commentaire de la loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes », *D.-S.*, 1977, chron., p. 213 ; M. HARICHAUX, « Le corps objet », in *Bioéthique et droit* (R. DRAÏ et M. HARICHAUX éd.), Paris, P.U.F., 1988, p. 130 ; M. HERZOG-EVANS, « Tendances actuelles du droit des fouilles corporelles », *Gaz. Pal.*, 24-26 février 2002, p. 3 ; A. HUYGENS, « Wrongful-life-vordering overleeft cassatietoets niet », *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 195 ; C. LABRUSSE-RIOU, « Servitude, servitudes : portes ouvertes et fermées sur un statut du corps humain aux mains de la science », in *L'homme, la nature et le droit*, Paris, Bourgois, 1988, p. 308 ; E. LANGENAKEN, « À propos de l'intervention du droit pénal dans les pratiques sexuelles minoritaires par delà le consentement des partenaires », *Rev. dr. pén.*, 2003, p. 474 ; E. LANGENAKEN, « La loi du 7 mai 2004 relative aux expérimentations sur la personne humaine », *J.T.*, 2005, p. 465 ; Y.-H. LELEU, « Du droit au respect de l'intégrité physique à la maîtrise du corps : le droit de la personnalité comme vecteur d'autodétermination », in *Les droits de la personnalité* (J.-L. RENCHON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 23 et s. ; Y.-H. LELEU, « Refus de comparer pour exonérer ? », *J.L.M.B.*, 2015, p. 278 ; Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « La maîtrise de son corps par la personne », *J.T.*, 1999, p. 589 ; P. LEWIS, « Feeding Anorexic Patients Who Refuse Food », *Medical Law Review*, 1999, p. 21 ; G. LOISEAU, « Le rôle de la volonté dans le régime de protection de la personne et de son corps », *Rev. dr. Mc Gill*, 1992, vol. 37, p. 965 ; J.M.M. MAEIJER, « Transplantatie van organen en het privaatrecht », *T.P.R.*, 1969, p. 153 ; P. MARTENS, « Encore la dignité humaine : réflexions d'un juge sur la promotion par le juge d'une norme suspecte », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 561 ; C. MASON, « Exorcising Excision : Medico-Legal Issues Arising From Male and Female Genital Surgery in Australia », *Journal of Law and Medicine*, 2001, p. 58 ; G. MATHIEU, « La gestation pour autrui », in *Le secret des origines en droit de la filiation* (G. MATHIEU éd.), Waterloo, Kluwer, 2014, p. 357 ; G. MATHIEU, « La procréation médicalement assistée hétérologue », in *Le secret des origines en droit de la filiation* (G. MATHIEU éd.), Waterloo, Kluwer, 2014, p. 317 ; C. NEIRINCK, « La qualification de donneur dans l'assistance médicale à la procréation », in *Parenté, Filiation, Origine. Le droit de l'engendrement à plusieurs* (H. FULCHIRON et J. SOSSON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 273 ; S. et Y. OSCHINSKY, « La Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (Conseil de l'Europe) », *J.T.*, 1997, p. 465 ; S. et Y. OSCHINSKY, « Prélèvement et transplantation d'organes », *J.T.*, 1987, p. 169 ; E. PIRE, « Retour sur le privilège de la femme enceinte », *D.*, 2003, p. 2243 ; L. PLUYM, *Draagmoederschap*, Bruxelles, Larcier, 2014 ; L. PLUYM, « Juridische aspecten van draagmoederschap », in *Medisch begeleide voortplanting in juridisch en ethisch perspectief* (S. TACK et G. VERSCHULDEN éd.), Anvers, Intersentia, 2014, p. 119 ; L. PLUYM, « De invloed van

draagmoederschap op adoptie », *T. Fam.*, 2013, p. 142 ; G. SCHAMPS et J. SOSSON, *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013 ; J. SOSSON, « Mère porteuse mariée : danger ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 629 ; J. SOSSON, « La créancier d'un lien légal avec la mère génétique d'un enfant conçu par gestation pour autrui : une question de filiation ou d'adoption ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 176 ; J. SOSSON et J. MARY, « Gestation pour autrui pratiquée à l'étranger : l'intérêt de l'enfant, sésame d'une reconnaissance en Belgique ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 552 ; C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal. Recht en het nader gebruik van cellen en weefsels*, Anvers, Intersentia, 2003 ; C. TROUET, « Nader gebruik van lichaamsmateriaal en rechten van patienten en proefpersonen », *T.P.R.*, 2003, p. 77 ; UFSIA-Centrum Grondslagen van het Recht (éd.), *Over zichzelf beschikken ? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Anvers, Maklu, 1996 ; N. VAN GELDER, « Menselijk lichaamsmateriaal voor wetenschappelijk onderzoek », in *Handboek Gezondheidsrecht* (T. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS éd.), vol. II, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 1263 à 1299 ; J.H.S. VAN HERTEN, « De rechtspositie van lichaam, lijk, stoffelijke resten, organen en niet-menselijke implantaten », *W.P.N.R.*, 1984, p. 155 ; F. VAN NESTE, « Het zelfbeschikkingsrecht. Een kritische studie », *R.W.*, 1991-1992, p. 689 ; G. VERSCHULDEN et L. PLUYM, « Chronique de jurisprudence belge concernant la gestation pour autrui (droit interne) », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?* (G. SCHAMPS et J. SOSSON dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 195 et s. ; G. WILLEMS, « La gestation pour autrui : brève synthèse des réflexions relatives à un éventuel encadrement législatif », *Ann. Dr. Louvain*, 2014, p. 113 ; G. WILLEMS et J. SOSSON, « Légiférer en matière de gestation pour autrui : quelques repères de droit comparé et de droit international », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?* (G. SCHAMPS et J. SOSSON dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 239.

## § I. Droit à la protection du corps

**111. Notion. Sources.** *Noli me tangere* – le corps, plus précisément ou traditionnellement l'intégrité physique<sup>(79)</sup>, est inviolable sans l'accord de la personne et parfois même, mais de plus en plus rarement, contre la volonté de celle-ci. Toute atteinte portée par un tiers – individu ou autorité – au corps d'une personne non consentante est illégitime et passible de sanctions pénales et/ou de réparation civile<sup>(80)</sup>.

La conception traditionnelle de l'intégrité physique, empreinte de la logique du droit pénal selon laquelle le consentement n'exclut pas l'infraction, cède la place à une logique autonomiste situant le droit à la protection du corps sur le terrain des droits subjectifs privés<sup>(81)</sup>, l'autorité

(79) Notion plus large que la corporéité, l'intégrité physique recouvre, au sens large, également l'intégrité psychique.

(80) Considérant un viol comme une atteinte à l'intégrité physique de la personne : Cass., 17 octobre 2007, *Rev. dr. pén.*, 2008, p. 427, *R.W.*, 2008-2009, p. 570, note B. KETELS, *Juristenkrant*, 2008, p. 3, obs. B. KETELS.

(81) En droit des obligations : *nemo praecise potest cogi ad factum* – voy. : M. STORME, « *Nemo praecise potest cogi ad factum* – Het adagium herbezocht », in *Gezin en recht in een postmoderne samenleving. Twintig jaar post-universitaire cyclus Willy Delva (1973-1993)*, Gand, Mys & Breesch, 1994, p. 3.

se réservant le droit d'intervenir à la marge. La jurisprudence relie ce droit à la personnalité<sup>(82)</sup> et accepte que le consentement de la victime d'une atteinte à son corps exclue le prononcé d'une peine (ex. : sadomasochisme – *infra*, n° 124), voire toute poursuite (ex. : relation médicale – *infra*, n° 113).

Ce droit est protégé par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme interdisant les traitements inhumains ou dégradants<sup>(83)</sup>, l'article 8 tendant à être mis à profit dans le volet autonomiste de la protection de l'intégrité physique, à savoir le droit à la maîtrise de son corps (*infra*, n° 116). S'agissant des mineurs, l'article 22*bis* de la Constitution protège leur intégrité morale, physique et sexuelle.

**112. Exceptions.** Le droit de la personne à la protection de son corps n'est pas illimité et peut se heurter à d'autres intérêts, créant un conflit de valeurs qu'il convient d'arbitrer. Ainsi, l'atteinte à la personne d'autrui peut-elle parfois être légitime, selon le contexte et le but poursuivi. Tantôt elle est autorisée ou imposée par la loi, tantôt elle est organisée par la jurisprudence.

**113. (suite) A. Atteintes commises par un médecin.** En théorie, les interventions d'un médecin sur le corps du patient sont constitutives de coups et blessures volontaires (art. 392 C. pén.). L'immunité pénale est cependant acquise si l'intervention respecte quatre conditions<sup>(84)</sup> : le consentement éclairé du patient<sup>(85)</sup>, la finalité thérapeutique<sup>(86)</sup>, l'absence

(82) À propos d'une stérilisation chirurgicale : Cass., 14 décembre 2001, *Pas.*, 2001, p. 2129, concl. J. du JARDIN, *J.L.M.B.*, 2002, p. 532, obs. Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *J.T.*, 2002, p. 261, obs. C. TROUET, *R.G.D.C.*, 2002, p. 328, concl. J. du JARDIN, note C. TROUET, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.494, concl. J. du JARDIN, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 239, note J.-L. FAGNART, *J.L.M.B.*, 2003, pp. 8 et 32 (rapport d'activité de la Cour de cassation). À propos des tests génétiques en matière de filiation : Cass., 17 décembre 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 1233, *R.W.*, 1998-1999, p. 1144, note F. SWENNEN, *J.D.J.*, 1999, n° 185, p. 44, note J. JACQMAIN, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1681 (rapport d'activité de la Cour de cassation).

(83) Voy. : L. DUTHEIL-WAROLIN, « La Cour européenne des droits de l'homme aux prises avec la preuve de violations du droit à la vie ou de l'interdiction de la torture : entre théorie classique aménagée et innovation européenne », *Rev. trim. D. H.*, 2005, p. 334.

(84) Corr. Bruxelles, 27 septembre 1969, *J.T.*, 1969, p. 635 ; Bruxelles, 12 février 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 996, *Rev. dr. pén.*, 2014, p. 717 ; G. GENICOT, *Le droit médical et biomédical, o.c.*, pp. 90 et s. ; F. SWENNEN, « Juridische grondslagen voor de strafrechtelijke immuniteit van de geneesheer i.h.b. de vereiste van het therapeutische oogmerk », *Rev. dr. santé*, 1997-1998, p. 3.

(85) Cass., 5 juin 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 821, *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 141, note T. VANSWEEVELT (absence de consentement éclairé à l'avortement dans le chef d'une patiente nigérienne prostituée).

(86) La notion de santé doit être comprise au sens large, incluant aussi le bien-être psychique. En ce sens : Corr. Bruxelles, 27 septembre 1969, *J.T.*, 1969, p. 635 (transsexualisme) ; Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 17 février 1998, *J.C.P.*, 1998, I, 144, obs. G. VINEY ; Nîmes, 14 décembre 1998, *J.C.P.*, 2000, IV, 1436 (chirurgie esthétique ; obligation de moyens ; devoir d'information aggravé). Sur la définition de l'Organisation Mondiale de la Santé (« un état complet de bien-être physique et mental permettant le plein épanouissement de la personnalité de chacun »), voy. : Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, Bruxelles, De Boeck, 2001, p. 18, n° 12.

de disproportion entre les risques et les bénéfices escomptés de l'intervention<sup>(87)</sup> et le respect des règles de l'art.

Les deux dernières conditions retiennent particulièrement l'attention. Le consentement éclairé est un droit du patient (art. 8, L. du 22 août 2002), ressortissant à la catégorie des droits de la personnalité<sup>(88)</sup>, essentiellement révocable<sup>(89)</sup> et qui ouvre au patient en cas de violation un droit à réparation civile, sur la base de la responsabilité contractuelle ou délictuelle<sup>(90)</sup>.

Le consentement des incapables est donné suivant un mécanisme de représentation dit « en cascade »<sup>(91)</sup>, déléguant le droit de consentir à une succession, dans un ordre déterminé, de personnes proches du patient, *in fine* le médecin (art. 14)<sup>(92)</sup>. Si la personne fait l'objet d'une mesure de protection, l'exercice des droits de patient est un des actes dont le juge de paix doit préciser la capacité ou non de l'accomplir (art. 492/1, § 1<sup>er</sup>, 15<sup>o</sup>). En cas d'incapacité et d'absence de mandataire médical au sens de l'article 14, l'administrateur ne peut exercer ces droits que moyennant une autorisation spéciale du juge de paix (art. 499/7, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>).

L'obligation d'intervenir dans les règles de l'art est confirmée par le droit du patient à des soins de qualité (art. 5)<sup>(93)</sup>. Une erreur médicale lui

(87) À concilier avec le droit à la maîtrise de son corps et la liberté thérapeutique du médecin (Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, o.c., pp. 116-120, nos 141-143).

(88) Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « La maîtrise de son corps par la personne », o.c., p. 592, nos 13-15. Dans le même sens : Cass., 14 décembre 2001, *Pas.*, 2001, p. 2129, concl. J. du JARDIN, *J.L.M.B.*, 2002, p. 532, obs. Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *J.T.*, 2002, p. 261, obs. C. TROUET, *R.G.D.C.*, 2002, p. 328, concl. J. du JARDIN, note C. TROUET, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.494, concl. J. du JARDIN, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 239, note J.-L. FAGNART, *J.L.M.B.*, 2003, pp. 8 et 32 (rapport d'activité de la Cour de cassation).

(89) Sur le droit de refuser un traitement (art. 8, § 4, L. du 22 août 2002), disculpant le médecin de l'incrimination de non-assistance à personne en danger : G. GENICOT, *Le droit médical et biomédical*, o.c., p. 137 ; Y.-H. LELEU, « La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient », o.c., p. 654, n° 33 ; comp. en France : Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, dite loi Leonetti (*supra*, n° 109) ; C.E. fr., 26 octobre 2001, *J.C.P.*, 2002, II, 10025, note J. MOREAU, *D.*, 2001, p. 3253, note, *Dr. fam.*, 2002, n° 53, note J.-J. FRION, *Gaz. Pal.*, 16-17 octobre 2002, p. 26, note J.-J. FRION.

(90) Un certain flou persiste en jurisprudence quant à la nature, contractuelle ou quasi délictuelle, de la responsabilité médicale (voy. not. : G. GENICOT, « Faute, risque, aléa, sécurité », in *Droit médical* (Y.-H. LELEU éd.), Bruxelles, Larcier, 2005, p. 67 ; E. LANGENAKEN, « Droits du patient, droits de la personnalité, indemnisation : quelle cohérence ? », in *Les droits de la personnalité* (J.-L. RENCHON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 93 et s.) ; T. VANSWEEVELT, « La violation de l'obligation d'information en tant que dommage autonome », *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 266.

(91) Le droit d'introduire une plainte (art. 11) peut également être exercé, à l'exception du frère ou de la soeur majeur du patient, par les différentes personnes visées à l'art. 14, § 2, al. 1<sup>er</sup> et 2, mais sans qu'il faille respecter l'ordre y énoncé (A.R. du 15 février 2007).

(92) Voy. not. : G. GENICOT, *Le droit médical et biomédical*, o.c., pp. 211 et s., et « Le grand âge en droit médical, entre ombres et lumière », o.c., pp. 328 et s. ; E. THIRY, « La représentation du patient incapable et le rôle du médecin », in *Actualités de droit familial et de droit médical. Les droits des personnes les plus faibles* (E. THIRY éd.), Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 89 ; M.-N. VEYS, *De wet patiëntenrechten in de psychiatrie*, Bruxelles, Larcier, 2008.

(93) *Adde* : art. 34 C. déont. méd.

ouvre un choix entre les actions pénale et civile<sup>(94)</sup>. Ce choix est décisif quant à la preuve de l'absence de consentement éclairé<sup>(95)</sup>.

Jusqu'à très récemment, l'indemnisation du dommage né d'un soin de santé était exclusivement fondée sur la responsabilité médicale, elle-même basée sur la faute du médecin<sup>(96)</sup>. La loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé rompt avec cette logique et a créé un droit à l'indemnisation des accidents médicaux d'origine non fautive par un Fonds, suivant une procédure amiable de résolution du litige, sans pour autant supprimer le recours au juge civil pour obtenir réparation la base de la responsabilité<sup>(97)</sup>. Le législateur belge ouvre ainsi, à l'image du droit français<sup>(98)</sup>, une double voie d'indemnisation, l'une basée sur la solidarité nationale, l'autre sur la responsabilité individuelle.

**114. (suite) B. Protection de l'intégrité physique d'autrui.** La *légitime défense* et autres causes de justification et d'excuse en droit pénal rendent possibles, comme on l'a vu pour le cas extrême de l'atteinte à la vie, certaines atteintes à l'intégrité physique d'autrui.

Dans un but de protection de la personne contre elle-même, la loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des *malades mentaux* autorise la privation de liberté en vue du traitement médical si la personne met en danger autrui ou elle-même (*infra*, n<sup>os</sup> 240 et s.).

(94) Voy. not. : G. GENICOT, *Le droit médical et biomédical, o.c.*, pp. 305 et s.

(95) En ce sens : Y.-H. LELEU et G. GENICOT, obs. sous Cass., 14 décembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 537 ; Civ. Bruxelles, 4 janvier 2010, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14.654 ; Cass., 15 janvier 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 728, note G. GENICOT, *Pas.*, 2010, p. 184, *R.C.J.B.*, 2010, p. 507, note J. KIRKPATRICK ; *contra* : C. TROUET, note sous l'arrêt précité, *J.T.*, 2002, p. 261.

(96) Sur la responsabilité civile du médecin, voy. not. : G. GENICOT, *Le droit médical et biomédical, o.c.*, pp. 265 et s. ; E. LANGENAKEN, « Le critère du 'cours normal des choses' en responsabilité médicale », *Con. M.*, 2012, p. 96 ; Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical, o.c.*, pp. 97 et s., n<sup>os</sup> 118 et s. ; H. NYS, *La médecine et le droit, o.c.*, pp. 140 et s., n<sup>os</sup> 342 et s. ; Th. VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, Anvers/Bruxelles, Maklu/Bruylant, 1996 ; Civ. Bruxelles, 17 octobre 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1101, note G. GENICOT ; Anvers, 19 mars 2012, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 29, note S. ILLEGEMS.

(97) Voy. not. : G. GENICOT, *Droit médical et biomédical, o.c.*, pp. 442 et s. Sur les préliminaires maladroits de cette loi (Loi du 15 mai 2007 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé ; Loi du 15 mai 2007 concernant le règlement des différends dans le cadre de la loi du 15 mai 2007 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé) : E. ANKAERT, « Foutloze medische aansprakelijkheid : van twistappel tot wet », *T.V.W.*, 2007, pp. 455-458 ; E. LANGENAKEN, « La réforme de l'indemnisation du dommage issu des soins de santé », in *Droit de la responsabilité* (B. KOHL dir.), CUP, vol. 107, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, p. 281 ; G. SCHAMPS, « L'indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : Qu'en est-il ? », *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 364.

(98) Loi du 4 mars 2002, dite « loi Kouchner ». Voy. : D. MARTIN, « Le dispositif français d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux, par la voie du règlement amiable », in *Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2008, p. 474.

Et dans un souci encore plus général de protection de la santé publique, le législateur impose des mesures de *vaccination*<sup>(99)</sup> ou de *visite médicale* obligatoires<sup>(100)</sup>.

**115. (suite) C. Administration de la preuve.** En matière *pénale*, certaines restrictions à la protection de l'intégrité physique sont légitimes en vue d'obtenir une preuve pertinente dans l'action publique. L'atteinte minimale à l'intégrité physique que constitue un prélèvement d'A.D.N., d'urine ou de sang doit céder devant la recherche de la vérité judiciaire. La vérification du taux d'alcoolémie peut s'effectuer *manu militari* dans certains cas<sup>(101)</sup>. La contrainte d'une personne à subir un test génétique<sup>(102)</sup> est graduelle : au stade de l'information, le procureur du Roi doit obtenir le consentement éclairé (quant au contexte juridique) de la personne (art. 44*ter*, § 3, C.i.cr.) ; au stade de l'instruction, le juge peut ordonner un prélèvement en présence d'un fait qualifié infraction sanctionnée au moins d'une peine maximale de 5 ans d'emprisonnement, et s'il existe des indices que la personne y est directement liée (art. 90*undecies* C.i.cr.)<sup>(103)</sup>.

En matière civile, seuls sont en jeu des intérêts privés, de sorte que le consentement de la personne sera toujours requis<sup>(104)</sup>. Un juge saisi d'une action relative à la filiation peut ordonner un examen sanguin ou

(99) A.R. du 26 octobre 1966 rendant obligatoire la vaccination contre la poliomyélite. Applications : Cass., 1<sup>er</sup> octobre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 923, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 138 ; Gand, 20 mars 1996, R.W., 1996-1997, p. 1257, *Rev. dr. santé*, 1995-1996, p. 35, T.G.R., 1996, p. 105 ; *adde* : obs. S. VAN DROOGHENBROECK, in *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 249 (non-contrariété à l'art. 8 C.E.D.H. de l'A.R. du 26 octobre 1966 rendant obligatoire la vaccination antipoliomyélitique).

(100) Gand, 20 mars 1996, R.W., 1996-1997, p. 1257, note P. LEMMENS (non-contrariété à l'art. 8 C.E.D.H.).

(101) En cas de *flagrant crime ou délit* (à l'exception des infractions aux lois et règlements relatifs à la police du roulage), le procureur du Roi peut charger un médecin de procéder aux constatations médicales relatives à l'état d'ivresse de l'auteur présumé et de la victime de l'infraction, et requérir à cet effet le médecin de procéder à un prélèvement sanguin (art. 44*bis* C.i.cr.). S'agissant des infractions au droit de la *circulation routière*, un échantillon sanguin ne peut être prélevé sous la contrainte physique, mais le refus de s'y soumettre sans justes motifs est constitutif de délit (art. 34, § 2, 3<sup>o</sup>, et 63 L. coord. relatives à la police de la circulation routière). En cette matière, un *test d'urine* ne peut pas non plus être effectué sous contrainte, et son refus n'est pas constitutif de délit, mais ouvre la voie à prélèvement sanguin (art. 61*bis* et 63, § 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup>).

(102) Voy. : C. MEUNIER, « L'analyse génétique en procédure pénale », in *Le point sur les procédures (1<sup>re</sup> partie)*, CUP, 2000, Liège, p. 257 ; M.-N. VERHAEGHEN, « La nouvelle loi relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale », *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 255.

(103) M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles Larcier, 2009, pp. 316-317. Voy. auparavant : Cass., 31 janvier 2001, *J.T.*, 2001, p. 402, note ; Cass., 25 février 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 287, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 34, note N. COLETTE-BASECQZ. *Adde* sur le droit antérieur : C. HENNAU-HUBLET et M.-N. VERHAEGHEN, « Les tests d'identification génétique en matière pénale », *J.T.*, 1998, p. 801.

(104) En Allemagne, l'examen biologique peut être effectué sous la contrainte (R. FRANK, « L'examen biologique sous contrainte dans le cadre de l'établissement de la filiation en droit allemand », *R.I.D.C.*, 1995, p. 905).

génétique (art. 331*octies*), et si la personne – légitimement<sup>(105)</sup> – refuse de s’y soumettre, le juge en déduira les conséquences qui s’imposent<sup>(106)</sup>.

**115-1. (suite) D. L’expérimentation sur sujet humain.** Les expérimentations médicales jouent un rôle essentiel dans le progrès de la recherche en matière de soins de santé et dans le développement de médicaments performants. Cet enjeu, au voisinage d’intérêts économiques majeurs, a conduit le législateur à autoriser que de telles expérimentations puissent être réalisées sur sujets humains. Mais pour éviter toute instrumentalisation de la personne, une loi du 7 mai 2004 encadre l’exercice du droit de s’y soumettre<sup>(107)</sup>. Cette loi transpose une directive du Parlement européen et du Conseil du 2 avril 2001 suivant une méthode éprouvée par la loi du 11 mai 2003 relative à la recherche en matière d’embryons, à savoir une pondération entre, d’une part, des impératifs de souplesse dans l’intérêt de la recherche et, d’autre part, le nécessaire respect du droit d’autodétermination des personnes et la protection des sujets d’expérimentations.

Son domaine d’application exclut les expérimentations sur l’embryon *in vitro*, le matériel biologique humain<sup>(108)</sup> ou les cadavres (art. 2, 23°), objets d’autres législations (*infra*, n<sup>os</sup> 117-1 et 118).

(105) Comp. : C.E.D.H., *Mikulic c. Croatie*, arrêt du 7 février 2002, § 64, CEDH, 2002-I, p. 141, J.C.P., 2002, I, 157, n° 13, obs. F. SUDRE, J.C.P., 2003, I, 148, note J. RUBELLIN-DEVICHI (primauté du droit de l’enfant à connaître ses origines sur l’intérêt du père prétendu au respect de son intégrité physique). Voy. : D. VAN GRUNDBERBECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering, o.c.*, p. 420, n° 566. Certains juges ordonnent, à tort selon nous, l’examen de sang ou d’A.D.N. sous peine d’astreinte : Anvers, 18 décembre 2001, R.W., 2002-2003, p. 949, note F. SWENNEN ; Civ. Namur, 28 juin 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 690 ; Civ. Gand, 21 septembre 1995, R.W., 1998-1999, p. 97, note (critique) P. SENAËVE, J.D.J., 1998, n° 179, p. 40, note ; *contra* : Civ. Bruxelles, 24 octobre 1989, *Pas.*, 1990, III, p. 51, R.G.D.C., 1990, p. 162. Sur la controverse, voy. : G. MAHIEU et D. PIRE, « La filiation », *o.c.*, n° 20 et les références citées (note 6) ; K. WAGNER, *Casebook 20 jaar duwangsom*, Gand, Mys & Breesch, 2001, pp. 276-277.

(106) Cass., 17 décembre 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 1233, R.W., 1998-1999, p. 1144, note F. SWENNEN, J.D.J., 1999, n° 185, p. 44, note J. JACQMAIN, J.L.M.B., 1999, p. 1681 (rapport d’activité de la Cour de cassation) ; *adde* : *infra*, n° 623.

(107) Voy. not. : S. CALLENS, « Experimenten op mensen ingebed in wettelijke regeling », *Juristenkrant*, 2004, n° 92, p. 16 ; S. CALLENS et M. GOOSSENS, « Experimenten op mensen. Overzicht van en reflecties bij de wet van 7 mei 2004 », *NjW*, 2004, p. 1190 ; M. GOBERT, « La loi sur l’expérimentation humaine – L’impact de l’arrêt de la Cour d’arbitrage du 16 novembre 2005 supprimant une partie de la loi du 7 mai 2004 sur l’expérimentation humaine et les conséquences de la modification législative du 27 décembre 2005 », *Rev. dr. santé*, 2006-2007, p. 76 ; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical, o.c.*, pp. 763 et s. ; E. LANGENAKEN, « La loi du 7 mai 2004 relative aux expérimentations sur la personne humaine », *J.T.*, 2005, p. 465 et « La loi belge du 7 mai 2004 relative aux expérimentations sur sujets humains », *Responsabilité*, 2005, vol. 5, n° 19, p. 31 ; A. VIJVERMAN, « Medische experimenten op mensen. De wet van 7 mei 2004 en haar toepassing in de praktijk : de krachtlijnen en het toepassingsgebied van de wet », *Rev. dr. santé*, 2006, p. 2 ; Avis n° 40 du Comité consultatif de bioéthique du 12 février 2007 concernant le champ d’application de la loi du 7 mai 2004 relative aux expérimentations sur la personne humaine.

(108) Mais ses obtention, prélèvement et utilisation sont régis par la loi du 19 décembre 2008, elle-même articulée à la loi du 11 mai 2003 relative aux embryons et gamètes (*infra*, n° 117-1).

Les expérimentations doivent suivre une *procédure d'autorisation* impliquant le consentement éclairé du sujet (art. 5-6)<sup>(109)</sup> et répondre aux exigences de « bonnes pratiques cliniques », celles-ci pouvant être définies par arrêté royal (art. 4)<sup>(110)</sup>.

Les mineurs et les personnes les plus vulnérables, non exclues du domaine de la loi, sont protégées par des dispositions spécifiques (art. 7-8, réd. L. des 17 et 19 mars 2013). L'obtention du consentement est régie de manière analogue au système de représentation « en cascade » prescrit par la loi relative aux droits du patient (art. 8 ; *supra*, n° 113)<sup>(111)</sup>. Le juge de paix ordonnant une mesure de protection judiciaire concernant la personne doit d'ailleurs se prononcer sur la capacité de celle-ci à consentir à une expérimentation sur la personne humaine (art. 492/1, § 1<sup>er</sup>, 16°).

La loi étend son contrôle au déroulement de l'expérimentation, qui peut, le cas échéant, être suspendue ou interdite par le ministre de la Santé, préalablement interpellé par un comité d'éthique (art. 22-23). Elle inflige au promoteur une responsabilité objective, sans faute, et une obligation d'assurance en cas de dommage direct ou indirect à l'expérimentation (art. 29)<sup>(112)</sup>.

## § 2. Droit à la disposition de son corps et des éléments de celui-ci

**116. Maîtrise du corps : droit de la personnalité.** Pour concrétiser en droit la nécessité et l'importance de l'autonomie corporelle du sujet, il faut reconnaître à la personne un droit à la maîtrise de son corps et de ses éléments, et abandonner l'approche traditionnellement restrictive quant à la disposition de ceux-ci. Sur le plan de la méthode, celle que nous préconisons au fil de ces pages, il s'agit d'accompagner une demande sociale croissante en ce sens, impossible et injustifiable d'endiguer (*supra*, n° 6)<sup>(113)</sup>, mais qu'il convient d'encadrer par des normes pour rendre contraignantes les limites reconnues à la maîtrise (*supra*, n° 7).

(109) Les chercheurs doivent ainsi informer les participants sur les risques significatifs connus ou prévisibles de cette expérimentation (rappr. : Civ. Gand, 11 octobre 2004, *NjW*, 2005, p. 636, note S. CALLENS, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 210, note, *Juristenkrant*, 2005, p. 5, obs. Th. VANSWEEVELT).

(110) Ex. : bonnes pratiques de fabrication en ce qui concerne les médicaments à usage humain (A.R. du 30 juin 2004, mod. par l'A.R. du 18 mai 2006).

(111) Pour plus de détails : G. GENICOT, *Le droit médical et biomédical*, o.c., pp. 794 et s.

(112) Pour plus de détails : Th. VANSWEEVELT, « De wet experimenteren op de menselijke persoon : objective aansprakelijkheid en verzekering », *Rev. dr. santé*, 2005-2006, p. 22.

(113) *Contra*, not. : X. DIJON, « Vers un commerce du corps humain ? », *J.T.*, 2006, p. 501 ; J.-L. RENCHON, « Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté dans le droit des personnes et de la famille », in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen. Études réunies et présentées par Alain Wijfels*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 269 et « Le droit de la personne et de la famille :

La clé technique du renversement de perspective souhaité, annoncé, et réalisé, réside à notre avis dans le rattachement de la maîtrise du corps à la catégorie des droits de la personnalité comportant, pour leur titulaire, une faculté d'en disposer. Cette faculté, véhiculée par le consentement éclairé de la personne, ne serait plus limitée par la traditionnelle indisponibilité du corps humain, mais par des normes plus larges, inspirées autant par le droit que par l'éthique : l'ordre public, la dignité humaine et la protection de l'espèce<sup>(114)</sup>.

Nous concédons volontiers vouloir étendre au maximum le champ de la libre disponibilité du corps et de ses éléments, convaincus à la fois de ce que l'autodétermination contribue à l'épanouissement de l'individu<sup>(115)</sup> et de la difficulté croissante, dans une société pluraliste, à légitimer le droit d'ingérence de l'autorité ou de tiers dans ce domaine par des principes supérieurs, qui masquent parfois des jugements de valeur ou des postures idéologiques.

Les développements qui suivent illustrent l'état actuel du droit quant à la maîtrise du corps et la manière dont le législateur ou le juge relayent les courants d'opinion quant aux limites de ce droit.

**117. Prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules sur un sujet vivant à des fins de transplantation thérapeutique.** Les transplantations d'organes, pour lesquelles la demande excède très largement l'offre, doivent être encouragées et le droit peut y contribuer. Le législateur est intervenu

de l'indisponibilité à l'autodétermination », in *Un héritage napoléonien. Bicentenaire du Code civil en Belgique* (D. HEIRBAUT et G. MARTYN éd.), Malines, Kluwer, 2005, p. 99 ; J.-P. MARGUENAUD, « Sadomasochisme et autonomie personnelle », *Rev. trim. dr. civ.*, 2005, p. 341 ; S. SOTTIAUX, « Ondanks afwijzing klacht Belgische sm-rechter. Straatsburg beschermt sadomasochisme », *Juristenkrant*, 2005, p. 12 ; A. DIERICKX, « De strafrechtelijke benadering van sadomasochisme. Een commentaar naar aanleiding van het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 17 februari 2005 in de zaak K.A. en A.D./België », *T. Strafr.*, 2005, p. 387.

(114) En ce sens : Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « La maîtrise de son corps par la personne », *o.c.*, p. 589, n° 2 et p. 594, n° 18 et s., et « Rapport belge », in *Droit de la santé : aspects nouveaux*, Journées suisses 2009 de l'Association Henri Capitant, à paraître, <http://www.henricapitant.org/node/130> ; Y.-H. LELEU, G. GENICOT et E. LANGENAKEN, « La maîtrise de son corps par la personne. Concept et applications », in *Les droits de la personnalité* (J.-L. RENCHON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 23. Comp. : C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal. Recht en het nader gebruik van cellen en weefsels*, Anvers, Intersentia, 2003, pp. 372 et s., n° 661 et s. (fondement de la maîtrise : art. 8 C.E.D.H.) ; *adde* : X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps*, *o.c.* ; F. VAN NESTE, « Het zelfbeschikkingsrecht. Een kritische studie », *R.W.*, 1991-1992, p. 689.

(115) La jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme marque une très nette évolution en ce sens (*supra*, n° 102 ; C.E.D.H., *X. c. Finlande*, arrêt du 3 juillet 2012, *N.J.B. (Pays-Bas)*, 2012, p. 2353, *T.V.W.*, 2012, p. 288). En ce sens : F. TULKENS, « Le droit au respect de la vie familiale. Égalité et non-discrimination », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 634. *Contra* : M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.*, 2008, p. 31 ; J.-L. RENCHON, « Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté dans le droit des personnes et de la famille », *o.c.*, et « Le droit de la personne et de la famille : de l'indisponibilité à l'autodétermination », *o.c.*

par la loi du 13 juin 1986<sup>(116)</sup>, remaniée en profondeur par la loi du 3 juillet 2012<sup>(117)</sup>, pour fixer des limites au consentement du donneur vivant<sup>(118)</sup> en vue de le protéger notamment contre l'exploitation vénale de son corps, et *bypasser* la maîtrise du donneur mort sur son corps, dans l'intérêt général.

Le domaine d'application de la loi est étroit et doit être combiné avec celui de la loi du 19 décembre 2008 relative à l'obtention et à l'utilisation du matériel corporel humain destiné à des applications médicales humaines ou à des fins de recherche scientifique (*infra*, n° 117-1).

Sont visés par la loi de 1986<sup>(119)</sup> le don, le contrôle, la caractérisation, le prélèvement, la conservation, le transport et la transplantation d'organes<sup>(120)</sup> destinés à la *transplantation*.

Sont exclus de la loi de 1986, les dits organes s'ils sont utilisés à des fins de *recherche et d'expérimentation* au sens de la loi du 19 décembre 2008<sup>(121)</sup>, sauf s'ils sont destinés à être transplantés dans le corps humain (art. 1<sup>er</sup>, al. 2, réd. L. du 3 juillet 2012)<sup>(122)</sup>.

La loi définit la notion d'*organe* : une partie différenciée du corps humain, constituée de différents tissus, qui maintient, de façon largement autonome, sa structure, sa vascularisation et sa capacité à exercer des fonctions physiologiques (art. 1<sup>er</sup>*ter*, 6°). Les gamètes, gonades, embryons et la moelle osseuse sont exclus du champ d'application de la loi (art. 1<sup>er</sup>*quater*). Le prélèvement doit être fait par un médecin, dans

(116) Voy. : I. BOONE, « Het wegnemen en transplanteren van organen volgens het Belgische recht », *T.P.R.*, 1996, p. 91 ; N. BROECKX, « Orgaantransplantatie », in *Handboek Gezondheidsrecht* (T. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS éd.), vol. II, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 1139 à 1213 ; S. DE CLERCQ, « Het wegnemen en transplanteren van organen », *T.V.W.*, 2006, p. 439 ; Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, o.c., pp. 214-222, nos 259-270 ; S. et Y. OSCHINSKY, « Prélèvement et transplantation d'organes », *J.T.*, 1987, p. 169 ; J. VANDE MOORTELE, « Het wegnemen en transplanteren van organen volgens de Belgische wet », *Vl. T. Gez.*, 1988-1989, p. 318 ; Th. VANSWEEVELT, « Orgaantransplantatiewet », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, feuillets mobiles ; R. VERELST, « De wet op het wegnemen en transplanteren van organen », *Vl. T. Gez.*, 1987-1988, p. 97.

(117) Dans le cadre de la transposition de la directive 2010/53/UE du 7 juillet 2010 relative aux normes de qualité et de sécurité des organes humains destinés à la transplantation, et, de façon technique par la loi du 7 février 2014. La loi a également été remaniée, plus techniquement, par la loi du 7 février 2014.

(118) Sur la transplantation d'organes *post mortem* : *infra*, n° 129.

(119) Selon les travaux préparatoires de la loi du 3 juillet 2012, il s'agit de «(créer) un cadre qui couvre toutes les étapes de la chaîne du don à la transplantation et vise à réduire les risques et maximiser les avantages des transplantation d'organes» (Projet de loi du 19 avril 2012, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2011-2012, n° 53-2158/1, p. 5).

(120) Depuis les modifications apportées par les lois du 19 décembre 2008 et du 3 juillet 2012, les *tissus* et *cellules* ne sont plus visés par la loi de 1986 mais par celle de 2008 (*supra*, n° 117-1). Pour une analyse plus approfondie : N. BROECKX, « Orgaantransplantatie », o.c., pp. 1140 à 1143.

(121) Art. 3, § 1 et § 3, a, de la loi du 19 décembre 2008. Voy., aussi Projet de loi du 19 avril 2012, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2011-2012, n° 53-2158/1, p. 10.

(122) Transplantations à caractère mixte : N. BROECKX, « Orgaantransplantatie », o.c., p. 1148.

un centre de transplantation ou dans un hôpital<sup>(123)</sup> (art. 3) et sans but lucratif (art. 4).

La *transplantation* est le transfert d'un organe de donneur à receveur pour restaurer certaines fonctions du corps humain (art. 1<sup>er</sup>ter, 14°). Si le donneur peut être une personne en vie ou l'ayant été, le receveur doit nécessairement être une personne vivante (art. 1<sup>er</sup>ter, 2° et 10°). L'un et l'autre doivent avoir disposé de la personnalité juridique, de sorte que la transplantation d'organe à partir d'un enfant mort-né, d'un embryon ou d'un fœtus, ne peut pas être régie par la loi du 13 juin 1986<sup>(124)</sup>.

En principe, le prélèvement sur une personne vivante suppose sa majorité et son consentement (révocable) éclairé (art. 5, 8 et 9) et écrit (art. 8, § 2). Sont donc exclues les personnes incapables en droit ou inaptes à manifester leur volonté (art. 5, al. 2)<sup>(125)</sup>. Les personnes sous mesure de protection, mais aptes à manifester leur volonté, peuvent voir enlevée par le juge de paix leur capacité de consentir à un prélèvement d'organes (art. 492/1, § 1<sup>er</sup>, 17°). En l'absence d'indication dans l'ordonnance de mise sous protection, la personne demeure capable de donner son consentement.

En vue d'assurer sa compatibilité avec le respect du droit à l'intégrité physique du donneur, la loi pose en principe général le droit pour celui-ci de révoquer, à tout moment, le consentement qu'il a donné (art. 8, § 1).

Le donneur ne peut faire valoir aucun droit à rémunération, mais pourra être défrayé (art. 4, § 2).

La loi précise les conditions de fond et de consentement dans plusieurs situations qui, en fait, recouvrent une majorité d'opportunités de transplantation :

(123) À la condition que cet hôpital ait conclu un accord de collaboration avec un centre de transplantation qui est responsable du prélèvement et de la transplantation (art. 3, § 2, réd. L. du 3 juillet 2012).

(124) N. BROECKX, « Orgaantransplantatie », *o.c.*, p. 1145.

(125) Les personnes en coma dépassé subiront un prélèvement d'organes « post mortem » si le décès est constaté suivant la procédure légale (*infra*, n° 129). On notera que le critère factuel de capacité retenu par le législateur à l'article 5, alinéa 2, peut avoir pour conséquence que le consentement donné par un candidat donneur incapable en *fait* à ce moment précis de manifester sa volonté, mais néanmoins déclaré *capable* de consentir par le juge de paix, sera nul (N. BROECKX, « Orgaantransplantatie », *o.c.*, p. 1174).

- Si le prélèvement est porteur de conséquences graves pour le donneur<sup>(126)</sup> ou<sup>(127)</sup> concerne des éléments non régénérables, il faut que la vie du receveur soit en danger et<sup>(128)</sup> qu'il ne soit pas possible de recourir avec le même résultat à des éléments prélevés sur une personne décédée (art. 6).
- Si le prélèvement est envisagé sur un mineur<sup>(129)</sup>, il ne peut être opéré que sur un donneur ayant atteint l'âge de 12 ans, apte à exprimer sa volonté (art. 7, § 2), et à condition :
  - de n'être destiné qu'à une transplantation sur un frère ou sur une sœur,
  - d'être exempt de conséquences graves et de tout risque sanitaire pour le donneur,
  - de concerner des organes ou tissus régénérables<sup>(130)</sup>.

Le consentement libre, conscient et écrit du donneur ayant atteint l'âge de 12 ans<sup>(131)</sup> est requis et est à tout moment révocable (art. 7, § 2, 8 et 9, réd. L. du 3 juillet 2012).

### 117-1. Prélèvement de tissus, cellules et matériel humain destinés à des applications médicales humaines ou à des fins de recherche scientifique.

La loi du 19 décembre 2008<sup>(132)</sup> relative à l'obtention et à l'utilisation de

(126) Cette condition, s'attachant à assurer une proportionnalité entre les inconvénients subis par le donneur et les avantages recueillis par le receveur, est complétée par l'article 3, § 1<sup>er</sup> selon lequel le médecin a l'obligation d'exclure de la sélection des donneurs potentiels la personne vivante à l'égard de laquelle le don présente un « risque sanitaire inacceptable » pour celle-ci (N. BROECKX, « Orgaantransplantatie », o.c., pp. 1180 à 1184).

(127) Le régime particulier s'applique à plus forte raison lorsque les deux branches de l'alternative sont rencontrées (P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 8<sup>e</sup> éd., o.c., n° 486).

(128) Condition cumulative.

(129) Voy. : B. SINDIC, « De la capacité du mineur en matière de prélèvement et de transplantation d'organes », *Ann. Dr. Louvain*, 2002, p. 225.

(130) Ces conditions strictes et cumulatives réduisaient la possibilité pour un mineur âgé de 12 ans de consentir à un don d'organe à l'hypothèse limitée du don de moëlle osseuse à un frère ou une sœur. Du fait que ce type de don a été expressément exclu du champ d'application de la loi du 13 juin 1986 (art. 1<sup>quater</sup>, réd. L. du 3 juillet 2012), l'on n'aperçoit pas l'occurrence dans laquelle il pourrait encore être admis. Voy., N. BROECKX, « Orgaantransplantatie », o.c., pp. 1184 et 1185.

(131) Selon les travaux parlementaires, seul le consentement du mineur âgé de plus de 12 ans, et non celui de ses parents ou de son tuteur, est requis. Il s'agit d'une exception à la possibilité pour des parents de consentir en lieu et place de leur enfant mineur, en vertu de leur autorité parentale (art. 372 et s.). Cette exception est en phase avec l'évolution récente du droit médical pour les mineurs, où la loi relative aux droits des patients (art. 8 et 12, § 2) reconnaît au mineur la capacité d'exercer seul ses droits de patient s'il est estimé apte à apprécier raisonnablement ses intérêts. Si les parents contestent la capacité de leur enfant mineur à consentir au prélèvement d'organe, ils peuvent saisir le juge (Projet de loi du 19 avril 2012, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2011-2012, n° 53-2158/1, pp. 26 à 28).

(132) Cette loi transcrit la directive européenne 2004/23/CE du 31 mars 2004 relative à l'établissement de normes de qualité et de sécurité pour le don, l'obtention, le contrôle, la transformation, la conservation, le stockage et la distribution des tissus et cellules humains. Pour un commentaire : B. FONTEYN et P. SLEGGERS, « L'utilisation de matériel corporel à des fins scientifiques : commentaires à propos de la loi du 19 décembre 2008 », *J.T.*, 2009, p. 205 ; G. GENICOT, *Le droit médical et biomédical*, o.c., pp. 742 et s. ; Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « Le statut juridique du corps humain en Belgique. Rapport belge », in *Le droit de la santé : aspects nouveaux. Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. LIX,

matériel corporel humain destiné à des applications médicales humaines ou à des fins de recherche scientifique envisage<sup>(133)</sup>, de manière globale, diverses opérations pouvant être réalisées avec du matériel corporel humain. Elle consacre la maîtrise du donneur sur son corps lors de l'obtention et de l'utilisation d'éléments de celui-ci, avec une première réglementation législative du « droit de destination », cette maîtrise prolongée sur un élément détaché du corps de la personne. Elle ménage aussi les nécessités de la recherche biomédicale.

La loi régule une utilisation non thérapeutique pour le donneur d'éléments de son corps dans un intérêt social et général, et concentre pour cette raison l'essentiel des difficultés éthiques et juridiques<sup>(134)</sup>. Les aspects interindividuels de la loi retiendront davantage notre attention que d'autres, notamment ceux réglementant les biobanques, la conservation et le stockage de matériel humain.

La loi réglemente uniquement le don, l'obtention, le prélèvement et l'usage du matériel corporel destiné à des applications humaines ou à des fins de recherche scientifique (art. 3, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>), ces notions étant définies techniquement en début de loi (art. 2).

La plupart des éléments corporels humains sont visés, ainsi que la plupart des interventions sur ceux-ci, conformément à un principe d'ouverture favorisant l'innovation en matière de recherche scientifique.

La loi vise à éviter des doubles emplois avec d'autres réglementations. Sont ainsi exclus du champ d'application de la loi (art. 3, § 3) : le prélèvement d'organes en vue de leur transplantation (L. du 13 juin 1986 ; *supra*, n° 117) ; les opérations effectuées avec le sang et les dérivés sanguins (L. du 5 juillet 1994)<sup>(135)</sup> ; des opérations effectuées avec des cellules et tissus destinés à être utilisés pour une application sur ou dans la même personne ; le prélèvement et les opérations à objectif exclusivement diagnostique au bénéfice de la personne chez qui le matériel corporel a été prélevé ; les gamètes et embryons (L. des 11 mai 2003 et 6 juillet 2007 ; *infra*, n° 118).

Bruxelles, Bruylant/LB2V, 2009, p. 63 ; H. NYS, « Bloed, zweet en tranen. Kritische ontleding van de wet van 19 december 2008 inzake het verkrijgen en het geruik van menselijk lichaamsmateriaal », R.W., 2009-2010, p. 178 ; N. VAN GELDER, « Menselijk lichaamsmateriaal voor wetenschappelijk onderzoek », in *Handboek Gezondheidsrecht* (T. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS éd.), vol. II, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 1263 à 1299.

(133) Modifiée par les lois du 23 décembre 2009, 19 mars 2013 et 10 avril 2014. L'entrée en vigueur des deux dernières lois modificatives est postposée à une date à fixer par un arrêté royal non encore adopté à ce jour.

(134) En ce sens : G. GENICOT, *Le droit médical et biomédical*, o.c., p. 745.

(135) La loi du 19 décembre 2008 modifie ces lois (également : l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions des soins de santé ; la loi du 20 juillet 2006 relative à la création et au fonctionnement de l'Agence Fédérale des Médicaments et des Produits de Santé ; la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes).

L'encadrement est à la marge. Les prélèvements doivent être effectués sous la responsabilité d'un médecin dans un hôpital agréé<sup>(136)</sup> (art. 4, § 1<sup>er</sup>) et dans un cadre de gratuité, qui n'exclut pas le défraiement (art. 6). En raison de la finalité principalement scientifique, et accessoirement ou indirectement thérapeutique de l'intervention, le législateur affirme avec force la nécessité du consentement écrit du sujet, ainsi que la limitation de principe aux donneurs majeurs (art. 10, § 1<sup>er</sup>)<sup>(137)</sup>.

Le consentement doit être donné « de façon éclairée, sciemment et librement » (art. 10, § 5, al. 1<sup>er</sup>). L'objet de la loi le commande : le donneur devra être informé non seulement des conséquences et des risques du prélèvement, mais surtout de l'utilisation des cellules et tissus cédés, du type d'utilisation et de la finalité de celle-ci (art. 10, § 5, al. 2)<sup>(138)</sup>. Ce consentement est spécial et révocable (art. 10, § 5, al. 3 et 4). Il sera toutefois inopérant si le juge ordonnant une mesure de protection de la personne a déclaré celle-ci incapable de consentir à un prélèvement de matériel corporel sur des personnes vivantes (art. 492/1, § 1<sup>er</sup>, 19°).

Au vu de ces exigences, on ne peut donc approuver que la loi ait permis un système « *opting out* » qui rend toute personne potentiellement donneuse de tissus, cellules et matériel humain *post mortem* (art. 12 rendant applicable notamment l'art. 10, L. du 13 juin 1986 ; *infra*, n° 129) : l'atteinte à la maîtrise du corps par le consentement présumé ne se justifie plus par un motif d'utilité sociale si le prélèvement n'a pas de fin thérapeutique, à savoir sauver une autre vie<sup>(139)</sup>.

Si l'objectif du prélèvement ou de toute opération est exclusivement et directement préventif, diagnostique ou thérapeutique au bénéfice du donneur, les dispositions relatives au consentement et à la responsabilité ne sont pas régies par la loi (art. 9), mais par le droit commun et la loi relative aux droits des patients.

La loi régleme aussi le *droit de destination*, prolongement de la maîtrise de la personne sur son corps vers les parties détachées de celui-ci<sup>(140)</sup>. Ainsi, pour tout usage secondaire de matériel corporel humain,

(136) Toute publicité en la matière est interdite, à l'exception de certaines campagnes de santé publique (art. 5). L'obtention de cellules souches du sang périphérique pourra également avoir lieu dans un centre de transfusion. Pour une critique : B. FONTEYN et P. SLEGGERS, « L'utilisation de matériel corporel à des fins scientifiques : commentaires à propos de la loi du 19 décembre 2008 », *o.c.*, p. 209.

(137) Les exceptions à ce principe, notamment pour les mineurs, sont globalement similaires à celles prévues par la loi du 13 juin 1986 (art. 10, § 3 ; *supra*, n° 117).

(138) Il devra en outre consentir préalablement à cette fin.

(139) En ce sens : G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, *o.c.*, pp. 681 et 754 ; V. PIRARD et E. HEINEN, « L'opting out en matière de prélèvements post mortem à des fins de recherches ou d'applications médicales : un système éthique sous conditions », *J.L.M.B.*, 2013, p. 12 ; S. STERCKX, « Arguments démontrant le caractère non éthique de l'article 12 de la loi relative à l'obtention et à l'utilisation de matériel corporel », *J.L.M.B.*, 2013, p. 8.

(140) Voy. à propos du droit de destination : Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « La maîtrise de son corps par la personne », *o.c.*, p. 598, n° 43 ; C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal. Recht en het*

comme pour tout autre usage que celui pour lequel le donneur a consenti, celui-ci doit en être averti et son consentement écrit doit être obtenu au préalable (art. 20, § 1<sup>er</sup>). Réaliste, le législateur pondère les intérêts en présence : si ce consentement est « impossible » à demander ou lorsque la demande de consentement est « exceptionnellement inappropriée », l'avis positif d'un comité d'éthique y suppléera (art. 20, § 1<sup>er</sup>, al. 3)<sup>(141)</sup>. Ce n'est donc certainement pas un droit de propriété que conserve le sujet, mais ce qui subsiste de sa maîtrise, à savoir un droit de la personnalité opposable *erga omnes* qui lui permet de contester que d'autres fassent commerce (au sens juridique) ou tirent profit (au sens économique) des ces éléments<sup>(142)</sup>.

La loi consacre enfin l'existence des structures de stockage et de gestion du matériel prélevé, principalement les « banques de matériel corporel humain », encore appelées « biobanques »<sup>(143)</sup>, et leur réserve l'exclusivité du « commerce » de matériel humain au sens de la loi, notamment le stockage, la traçabilité et l'organisation de la diffusion de l'information relative à celui-ci. Elle contient des dispositions protectrices de la vie privée des donneurs et organise un retour d'informations vers le donneur dans son intérêt thérapeutique. Par cette réglementation complexe, le législateur et les autorités déléguées (qui n'ont pas toutes produit les normes attendues) poursuivent le moyen terme entre la prévention de toute marchandisation du matériel corporel humain et la souplesse nécessaire à l'innovation.

**118. Procréation médicalement assistée (P.M.A.) et recherche sur embryons *in vitro*.** On ne peut masquer l'évidence que les progrès techniques de l'assistance à la procréation ont renforcé « la revendication à l'autonomie de la volonté dans la réalisation du désir d'enfant »<sup>(144)</sup>. Le législateur doit en prendre acte et accompagner cette demande plutôt que

*nader gebruik van cellen en weefsels*, o.c., pp. 144-145, n<sup>os</sup> 243-246 et pp. 518-520, n<sup>os</sup> 941-942. Sur le consentement conjoint des membres du couple relativement à « leurs » embryons surnuméraires : art. 8 L. du 11 mai 2003.

(141) En totale contradiction avec les principes régissant la maîtrise du corps, la loi stipule que si l'usage secondaire l'est à des fins de *recherche* uniquement, ce consentement est « réputé avoir été donné » sauf si le donneur ne s'y est pas expressément opposé (art. 20, § 2) (*opting out*). Pour une critique : G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, o.c., p. 761.

(142) Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « La maîtrise de son corps par la personne », o.c., p. 591, n<sup>os</sup> 9-11 et p. 599, n<sup>o</sup> 45 ; Y.-H. LELEU, « Recherche sur les embryons : la fortune sourira-t-elle aux audacieux ? », in *Le quinzième jour*, Liège, 2003/06 ; comp. : C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal. Recht en het nader gebruik van cellen en weefsels*, o.c., pp. 340 et s., n<sup>os</sup> 615 et s., et pp. 468 et s., n<sup>os</sup> 842 et s. Sur l'intéressement de la personne aux profits économiques réalisés au départ d'éléments de son corps : B. EDELMAN, « L'homme aux cellules d'or », *D.*, 1989, p. 225 (égal. paru in *La personne en danger*, Paris, P.U.F., 1999, p. 289).

(143) Elle délègue à cet égard largement leur organisation à l'Exécutif par le biais de deux arrêtés royaux du 28 septembre 2009 (modifiés en 2011 et 2014).

(144) N. GALLUS, « La procréation médicalement assistée et les droits de l'homme. Cour européenne des droits de l'homme (Grande chambre), *Evans c. Royaume-Uni*, 10 avril 2007 et *Dickson c. Royaume-Uni*, 4 décembre 2007 », *Rev. trim. D. H.*, 2008, p. 885.

tenter de la canaliser, ce désir poussant les personnes au contournement des réglementations trop restrictives (*supra*, n° 7).

La P.M.A. relève de la maîtrise de la personne sur son corps, dont la limite relative à la protection de l'intégrité de l'espèce suffit, à notre avis, pour prévenir d'éventuelles dérives « eugéniques ». Elle est d'ailleurs consacrée par la loi. Sur le plan juridique, la P.M.A. interfère avec la question, impossible à résoudre, du statut de l'embryon (*supra*, n° 106) et avec la nécessité d'autoriser des recherches ou des interventions sur celui-ci, soit dans l'intérêt général, soit dans celui d'un projet parental concret. Elle interagit aussi avec le droit de la filiation ou de l'adoption, pour l'heure ni hostiles<sup>(145)</sup> ni indifférents<sup>(146)</sup>.

Quand la loi ne réglementait pas la P.M.A., elle était pratiquée en Belgique avec succès et sans excès, donnant réponse au désir d'enfant de nombreux couples en difficulté de procréer<sup>(147)</sup>.

Chronologiquement, c'est d'abord la *recherche* sur les embryons *in vitro* qui a retenu l'attention du législateur dans ce domaine (L. du 11 mai 2003). Cette réglementation a été voulue suffisamment souple pour maintenir la performance de la recherche scientifique, largement bénéficiaire d'une longue période de liberté déontologiquement contrôlée<sup>(148)</sup>. La loi du 11 mai 2003 traitait néanmoins déjà de certains aspects des P.M.A., ouvrant la voie à une réglementation plus globale, celle de la

(145) Sur la licéité de l'adoption consécutive à une maternité de substitution, *infra*, n° 119.

(146) Ex. : art. 318, § 4 ; *infra*, n° 626 ; *adde* : M. COENE, « De toverkunst van Isis », *T.P.R.*, 1994, p. 1879.

(147) Il n'existe pas de droit fondamental à l'accès aux P.M.A., celles-ci étant encore conçues comme un remède à une incapacité de procréer. Elles relèvent par contre du domaine (*scope*) de l'article 8 C.E.D.H., de sorte que toute discrimination à ce sujet fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle est prohibée (art. 14 C.E.D.H.) (C.E.D.H., *Dickson c. Royaume-Uni*, arrêt du 4 décembre 2007, *Juristenkrant*, 2008, p. 6, *N.J.B. (Pays-Bas)*, 2008, p. 457, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 737, *R.W.*, 2009-2010, p. 1145 ; C.E.D.H., *Evans c. Royaume-Uni*, arrêt du 10 avril 2007, *J.T.D.E.*, 2007, p. 157 (somm.), *N.J.B. (Pays-Bas)*, 2007, p. 1307, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 708, note M.D., *R.W.*, 2009-2010, p. 466, *T.J.K.*, 2010, p. 84 ; C.E.D.H. (gr. ch.), *S.H. et autres c. Autriche*, arrêt du 3 novembre 2011, *Juristenkrant*, 2012, p. 2, *J.D.E.*, 2011, p. 313 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 555, note G. WILLEMS, *R.W.*, 2013-2014, p. 317, *T.V.W.*, 2012, p. 49). En ce sens et pour une analyse approfondie : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., pp. 366 et s., nos 484 et s., spéc. p. 370, n° 488 ; G. WILLEMS, « Cour de Strasbourg et procréation médicalement assistée avec tiers donneur : des choix interprétatifs empreints de judicial self-restraint », *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 509 ; *Adde* : N. GALLUS, « La procréation médicalement assistée et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Droit des familles, genre et sexualité* (N. GALLUS éd.), Limal, Anthemis, 2012, p. 203 ; N. GALLUS, « La procréation médicalement assistée et les droits de l'homme. C.E.D.H. *Evans c. Royaume-Uni*, 10 avril 2007 et *Dickson c. Royaume-Uni*, 4 décembre 2007 », o.c., p. 879 ; C. LOMBARDINI et A. CAMBI, « La reproduction artificielle et le respect des droits de l'homme », note sous *Trib. Féd. Suisse*, 15 mars 1989, *Rev. trim. D. H.*, 1992, p. 91.

(148) Y.-H. LELEU, « La loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro* », *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 715. Comp. : A. SÉRIAUX, « Droit naturel et procréation artificielle : quelle jurisprudence ? », *D.*, 1985, p. 59.

loi du 6 juillet 2007 relative à la P.M.A. et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes<sup>(149)</sup>.

La loi du 6 juillet 2007 définit ses concepts clés (art. 2) et réglemente quatre problématiques : la P.M.A. en tant que telle (art. 3-8), les embryons surnuméraires (art. 9-36), les gamètes (art. 37-65) et le diagnostic génétique préimplantatoire (art. 66-72).

Dans les principes qu'elle consacre et les limites qu'elle pose, la loi confirme la maîtrise de la personne, ou celle de chaque membre d'un couple<sup>(150)</sup>, sur son corps et sur certains éléments de celui-ci, ici les gamètes et les embryons. Elle vise tant leur prélèvement que leur utilisation, exclus du champ de la loi du 19 décembre 2008 (*supra*, n° 117-1). L'existence d'un projet parental peut en effet limiter l'autonomie des individus, à l'instar de la nécessaire protection des embryons, supérieure à celle des gamètes. Dans la logique belge des lois bioéthiques, l'accès à la P.M.A. est placée sous la responsabilité de la personne ou des couples et de l'équipe médicale des centres agréés, et non sous celle de l'autorité.

Les lois de 2007 et 2003 fixent des limites à la marge, en phase avec celles générales de la maîtrise sur le corps.

La loi du 6 juillet 2007 n'ouvre le prélèvement de gamètes et la demande d'implantation d'embryons ou d'insémination de gamètes qu'aux femmes ayant respectivement moins de 45 et 47 ans (art. 4).

La loi du 11 mai 2003 interdit : le clonage reproductif (art. 6 – validant *a contrario* les recherches portant sur le clonage thérapeutique<sup>(151)</sup>), la constitution d'embryons *in vitro* à des fins de recherche sans exploiter les possibilités de recherche sur des embryons surnuméraires (art. 4), l'implantation d'embryons humains chez des animaux ou l'hybridation, l'implantation des embryons soumis à des recherches chez les humains, la recherche ou le traitement à caractère *eugénique* ou axés sur la *sélection du sexe* (avec des exceptions – art. 5).

(149) Voy. : M.-N. DERESE et G. WILLEMS, « La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 279 ; G. GENICOT, *Le droit médical et biomédical*, o.c., pp. 588 et s. et « La maîtrise du début de la vie : la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée », *J.T.*, 2009, p. 17 et « La maîtrise du début et de la fin de vie », in *Les droits de la personnalité* (J.-L. RENCHON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 39 et s. ; P. HERBOTS, « Medisch begeleide voortplanting. Enkele topics », *NjW*, 2008, p. 336 ; H. NYS et T. WUYTS, « De wet betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten », *R.W.*, 2007-2008, p. 762 et *De wet betreffende de medisch begeleide voortplanting*, Anvers, Intersentia, 2007.

(150) Quant à la possibilité, pour l'un des membres du couple, de rompre le projet commun et d'imposer à l'autre sa « volonté négative », voy. : G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, o.c., pp. 595-596.

(151) Y.-H. LELEU, « La loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro* », o.c., pp. 729-730, n° 30.

On ne rencontre donc pas, en matière de P.M.A., de limites liées à l'intérêt thérapeutique (sauf en cas de diagnostic préimplantatoire<sup>(152)</sup>), ni surtout aux choix de vie et au statut du couple<sup>(153)</sup>. Cette ouverture ressort de la très large définition des « auteurs du projet parental » : toute personne ayant pris la décision de devenir parent par le biais d'une procréation médicalement assistée, qu'elle soit effectuée ou non au départ de ses propres gamètes ou embryons (art. 2, f)<sup>(154)</sup>. Cette définition n'exclut donc pas, par exemple, un projet mené en solitaire, pas plus qu'un projet de gestation pour autrui (*infra*, n° 119). L'option prise de l'autonomie des acteurs<sup>(155)</sup> et cette neutralité sont conformes au principe d'égalité des personnes et des couples que promeut l'ordre juridique belge (art. 2, f ; art. 5). Il n'appartient pas moins à l'équipe médicale (pluridisciplinaire), en colloque singulier avec les intéressés, d'apprécier en opportunité la demande, comme c'était le cas auparavant. Le centre de fécondation, à qui est confié le monopole des activités de P.M.A.<sup>(156)</sup>, a le droit d'invoquer une clause de conscience (art. 5, al. 1<sup>er</sup>).

Un aspect fondamental de la loi est la prévalence du consensualisme à tous les stades du processus, au point qu'il se présente comme contractuel, confirmant le recul du principe de l'indisponibilité du corps<sup>(157)</sup>.

(152) Le diagnostic prénatal n'est autorisé que « dans l'intérêt thérapeutique d'un enfant déjà né, pour autant qu'il ne s'agisse pas du seul objectif du projet parental » (art. 68). On peut en déduire qu'initier une P.M.A. pour concevoir un enfant (dit très improprement « médicament ») dont certains organes (régénérables) permettront la survie d'un frère ou d'une sœur malades, n'est pas prohibé si tel n'est pas le seul mobile du projet parental, autrement dit s'il est voulu pour lui-même aussi (G. GENICOT, *Le droit médical et biomédical*, o.c., p. 602 ; H. NYS et T. WUYTS, « De wet betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten », o.c., p. 775).

(153) En ce sens : M.-N. DERESE et G. WILLEMS, « La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », o.c., p. 303.

(154) F. CAILLEAU, « L'impasse du genre dans les procréations médicalement assistées », in *Droit des familles, genre et sexualité* (N. GALLUS éd.), Limal, Anthemis, 2012, p. 191.

(155) M.-N. DERESE et G. WILLEMS, « La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », o.c., p. 300.

(156) Et de cryoconservation, ou de diagnostic génétique préimplantatoire (centre de génétique humaine – art. 71).

(157) Pour une description de cette évolution, voy. l'avis du comité consultatif de bioéthique n° 43 du 10 décembre 2007 sur la commercialisation de parties du corps humain. Pour une critique : J.-L. RENCHON, « Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté dans le droit des personnes et de la famille », o.c., p. 269. En France, en ce sens, sur fond de règlement contraignant et, depuis trop longtemps, en « voie de révision » : M. GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos de la maternité de substitution) », *Rev. trim. dr. civ.*, 1992, p. 489 ; comp. : M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle – Indisponibilité du corps humain et justice sociale », o.c., p. 31 ; M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public », o.c., p. 317 et in *La personne, la famille et le droit – 1968-1998 – Trois décennies de mutations en occident*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1999, p. 135 ; D. ROMAN, « À corps défendant – La protection de l'individu contre lui-même », *D.*, 2007, p. 1284 ; A. SERIAUX, « Le principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain », in *Le droit, la médecine et l'être humain*, P.U. Aix-Marseille, 1996, p. 147.

La demande est adressée au centre de fécondation par la personne ou le couple ayant un projet parental<sup>(158)</sup>, sans qu'un formalisme ne soit en principe prescrit<sup>(159)</sup>.

Une convention sera rédigée entre le ou les auteurs du projet parental et le centre de fécondation (art. 7), tendant à régler tous les aspects du processus procréatif aux fins de vider *a priori* les désaccords susceptibles de surgir. Et préalablement à toute implantation d'embryons ou insémination de gamètes, une autre convention doit régler l'affectation, dans certaines circonstances, des embryons ou gamètes surnuméraires cryoconservés (art. 13 et 42).

La nécessité de prélever les cellules reproductrices, puis d'isoler l'embryon hors du corps de la femme, de même que l'existence d'embryons fécondés mais non implantés, ont obligé le législateur à régler leur sort, sans prendre parti quant à leur statut civil (*supra*, n<sup>os</sup> 12 et 106). L'affectation est décidée par les auteurs dans la convention et par eux seuls ; les embryons ne peuvent en aucun cas faire l'objet d'une affectation différente (art. 11 et 38). Ainsi la maîtrise de la personne sur son corps s'étend-elle aussi à ces éléments, bien qu'il soient plus dignes de protection que d'autres (droit de destination – *supra*, n<sup>o</sup> 117-1) et le consentement donné présente un caractère de spécialité.

Quatre destinations sont concevables pour les embryons (art. 10) et les gamètes (art. 37 et 40) :

- prioritairement, la cryoconservation en vue de la réalisation du projet parental ;
- subsidiairement (à défaut de projet parental ou à l'expiration du délai de cryoconservation)<sup>(160)</sup>, l'intégration dans un protocole de recherche scientifique (L. du 11 mai 2003) ;
- la destruction ;

(158) Le consentement à un acte de procréation médicalement assistée ne figure pas au rang des actes pour lesquels le juge doit se prononcer sur la capacité de la personne protégée à les accomplir (art. 492/2, § 1<sup>er</sup>), mais il ne peut pas être accompli par l'administrateur (art. 497/2, 16<sup>o</sup>). Aucune règle particulière n'est prévue : si le juge a décidé, alors qu'il n'en était pas obligé, que la personne n'est pas capable de les poser, personne ne peut les poser.

(159) Certaines *modalités* sont formalisées (ex. : sollicitation d'un don de gamètes ou d'embryons (art. 32 et 61) ; prorogation du délai de conservation d'embryons (art. 18 et 47)). Voy. : Bruxelles, 1<sup>er</sup> mars 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 754 ; avis n<sup>o</sup> 29 du Comité consultatif de bioéthique du 21 juin 2004 relatif au don d'embryon.

(160) Le délai de cryoconservation pour les embryons est de 5 ans, pour les gamètes de 10 ans. À l'expiration de ces délais, le centre effectue « la dernière instruction » exprimée par les auteurs du projet parental dans la convention, sans pouvoir la modifier (G. GENICOT, « La maîtrise du début de la vie : la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée », *o.c.*, p. 24).

– le don en vue d'une P.M.A. au profit d'un autre couple<sup>(161)</sup>.

Conformément au principe de révocabilité du consentement en cette matière, les instructions des auteurs du projet parental peuvent être modifiées, par écrit, jusqu'à l'accomplissement de la dernière instruction donnée (art. 8, 14 et 43), sous réserve de l'expiration du délai de conservation des gamètes ou des embryons surnuméraires.

S'il s'agit d'un couple, les instructions et modifications doivent être faites « de commun accord », ce qui ne va pas sans poser de difficultés en cas de rupture ou de décès. En cas de rupture, il faut reconnaître à l'ex-partenaire le droit d'imposer sa volonté négative à l'autre<sup>(162)</sup>. En cas de décès, l'implantation d'embryons ou l'insémination par des gamètes *post mortem* est permise si elle était expressément prévue dans la convention et dans un double délai minimal (6 mois) et maximal (2 ans) (art. 15-16 et 44-45)<sup>(163)</sup>.

Le don d'embryons surnuméraires ou de gamètes est gratuit<sup>(164)</sup>, de même que leur affectation à un programme de recherche (art. 19 et 48).

L'anonymat du don d'embryons (art. 22), pas de gamètes (art. 57)<sup>(165)</sup>, est de principe. Une conséquence juridique marquante en

(161) Pour plus de détails, voy. not. : H. NYS et T. WUYTS, « De wet betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten », *o.c.*, pp. 767 et s. Pour plus de détails et une critique du caractère proclamé « irrévocable » du don (art. 30 et 59) : G. GENICOT, « La maîtrise du début et de la fin de la vie », *o.c.*, pp. 64-65.

(162) Dans le même sens : G. GENICOT, *Le droit médical et biomédical*, *o.c.*, p. 596. La formulation de l'art. 14, selon lequel le centre « tiendra compte de la dernière instruction donnée de commun accord par les deux auteurs du projet parental », est ambiguë dans un cas semblable à celui de l'affaire *Evans* (C.E.D.H., *Evans c. Royaume-Uni*, arrêt du 10 avril 2007 *J.T.D.E.*, 2007, p. 157 (somm.)), *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 708, note M.D. ; voy. L. AZOUX BACRIE, « Du consentement à la procréation médicalement assistée et de son retrait à une approche contestable (À propos de l'arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007) », in *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme* (Fr. KRENC et M. PUECHAVY dir.), Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 91). Dans cette affaire, après avoir posé qu'au sens de l'art. 8 de la Convention, la notion de vie privée englobe « le droit au respect de la décision d'avoir un enfant ou de ne pas en avoir », la Cour considère qu'en autorisant un homme à révoquer son consentement à l'implantation chez son ex-compagne d'embryons conçus conjointement par eux – implantation qui constituait pour celle-ci l'ultime possibilité de devenir mère génétique, en raison de l'ovariectomie qu'elle avait dû subir à la suite de graves tumeurs précancéreuses –, le Royaume-Uni n'a pas excédé la marge d'appréciation dont il dispose, s'agissant du juste équilibre à ménager entre des intérêts privés diamétralement opposés et tous deux dignes de protection, et n'a, partant, violé ni l'art. 8 ni l'art. 14 de la Convention.

(163) G. GENICOT, *Le droit médical et biomédical*, *o.c.*, p. 604. La clause de conscience des centres peut contrer un tel projet.

(164) Comp. : X. DIJON, « Vers un commerce du corps humain ? », *o.c.*, p. 502 : la gratuité ne peut éluder la vérification préalable que l'objet d'un acte juridique soit « dans le commerce » au sens de l'article 1128 du Code civil.

(165) Le don *non anonyme* résultant d'un accord entre le donneur et le ou les receveurs et autorisé (art. 57). Voy. : V. DEPADT-SEBAG, « Le don de gamètes ou d'embryons dans les procréations médicalement assistées : d'un anonymat imposé à une transparence autorisée », *D.*, 2004, p. 891 ; C. LABRUSSE-RIOU, « L'anonymat du donneur : étude critique du droit positif français », in *Le droit, la médecine et l'être humain*, P.U. Aix-Marseille, 1996, p. 81 et in *Écrits de bioéthique*, coll. Quadrige, Paris, P.U.F., 2007, p. 196 ; G. MATHIEU, « La procréation médicalement assistée hétérologue », in *Le secret des origines en droit de la filiation* (G. MATHIEU éd.), Waterloo, Kluwer, 2014, p. 317 ;

est qu'aucun lien de filiation ne pourra être établi entre l'enfant à naître et le donneur (art. 27, al. 2, et 56, al. 2)<sup>(166)</sup>.

Pour ce qui concerne l'établissement de la filiation, la loi renvoie au droit commun en précisant, de manière assez lacunaire, qu'à dater de l'implantation ou de l'insémination, les règles de la filiation « jouent (*sic*) en faveur du ou des auteurs du projet parental ayant reçu (les) embryons surnuméraires(/gamètes) » (art. 27, al. 1<sup>er</sup>, et 56, al. 1<sup>er</sup> ; *infra*, n° 626)<sup>(167)</sup>.

Loi du 5 mai 2014 relative à la comaternité a donné plus de consistance à ce renvoi aux règles du Code civil. Les couples féminins ayant recouru à une P.M.A. pourront établir sans détour par l'adoption la filiation légale de la conjointe coparente (art. 325/2) ou acter sa reconnaissance (art. 325/4). La convention modalisant le projet parental devient un élément central de preuve en cas de contestation d'une filiation, qu'elle soit paternelle, maternelle ou comaternelle. La comaternité est en effet purement intentionnelle, élargissant les fondements juridiques de la filiation en droit belge.

L'établissement de la filiation du donneur de sperme ayant contribué à la réalisation du projet parental de P.M.A. d'un couple de femmes demeure exclue en raison de la règle de l'anonymat (art. 27, al. 2, et 56, al. 2 ; *infra*, n° 626). Il n'en va pas de même pour donneur de sperme « artisanal », hors projet parental de P.M.A.

**119. (suite) Maternité de substitution.** Depuis plusieurs années, le législateur est sollicité pour réglementer la maternité de substitution<sup>(168)</sup>,

C. NEIRINCK, « La qualification de donneur dans l'assistance médicale à la procréation », in *Parenté, Filiation, Origine. Le droit de l'engendrement à plusieurs* (H. FULCHIRON et J. SOSSON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 273.

(166) G. GENICOT, « La maîtrise du début de la vie : la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée », *o.c.*, p. 21. Règle constante : X. DIJON, « La filiation paternelle de l'enfant né par insémination artificielle avec donneur », *R.G.D.C.*, 1990, p. 95 ; M.-N. VEYS, « Afstamming na medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap », *R.G.D.C.*, 2006, p. 402 ; J. SOSSON, « Procréations médicalement assistées avec donneur et action en recherche de paternité : quelle interprétation donner aux articles 27 et 56 de la loi du 6 juillet 2007 ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1102. Pour une critique, C. LABRUSSE-RIOU, « Difficultés, contradictions et apories du droit de la « bioéthique » », in *Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle – Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, pp. 285-286.

(167) Bruxelles, 29 mai 2012, *T. Fam.*, 2013, p. 101, note U. CERULUS : autorisation de reconnaître l'enfant par l'homme qui a consenti au projet parental, même si sa relation avec la mère a cessé, peu importe qu'il n'est pas le père biologique de l'enfant (art. 329bis) puisqu'il faut assimiler au père biologique celui qui a consenti à la P.M.A.

(168) Sur l'ensemble de la question, voy. : A. DE WOLF, « Draagmoederschap in België en Frankrijk : een stand van zaken », in *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief* (K. BOELE-WOELKI et M. ODERKERK éd.), Anvers, Intersentia, 1999, pp. 96 et s. ; E. DOS REIS, G. RUFFIEUX, J. TEREL et G. WILLEMS, « La maternité de substitution », in *Parenté, Filiation, Origine. Le droit et l'engendrement à plusieurs* (H. FULCHIRON et J. SOSSON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 169 ; N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 355 et s. ; N. GALLUS, « La gestation pour autrui réalisée à

compte tenu du développement de ce phénomène en marge d'un droit qui n'a pas encore entendu la demande de régulation. Un phénomène licite, qui n'enfreint ni la loi ni le droit, tout d'abord parce que la mère de substitution est maîtresse de son corps et, ensuite, parce que la loi du 6 juillet 2007 relative à la P.M.A. ni aucune autre ne l'interdisent<sup>(169)</sup>, contrairement à la loi française, par exemple. En droit français, les articles 16-7 et 16-9 du Code civil frappent de nullité absolue toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui<sup>(170)</sup>. Cette interdiction de principe a pu induire une pratique de refus de reconnaissance des effets sur la filiation de l'enfant des gestations pour autrui en France ou à l'étranger<sup>(171)</sup>, condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Mennesson et Labassée*<sup>(172)</sup>.

l'étranger et les controverses sur la reconnaissance des actes de naissance des enfants », *Act. dr. fam.*, 2011, pp. 164 à 167 ; C. HENRICOT, « Contrat de gestation pour autrui : incidence de l'absence de mention du nom de la mère porteuse sur la (dis)qualification des 'actes de naissances' », *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, pp. 700 à 704 ; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, o.c., pp. 812-968 et *Droit familial de l'enfance*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 52 et 67 ; G. MATHIEU, « La gestation pour autrui », in *Le secret des origines en droit de la filiation*, G. MATHIEU (éd.), Waterloo, Kluwer, 2014, p. 357 ; L. PLUYM, *Draagmoederschap*, Bruxelles, Larcier, 2014 ; L. PLUYM, « Juridische aspecten van draagmoederschap », in *Medisch begeleide voortplanting in juridisch en ethisch perspectief* (S. TACK et G. VERSCHULDEN éd.), Anvers, Intersentia, 2014, p. 119 ; G. SCHAMPS et J. SOSSON, *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013 ; P. SENAËVE, « Juridische aspecten van het draagmoederschap », *VI. T. Gez.*, 1987-1988, p. 247 ; F. TERRÉ, « Génétique et sujet de droit », *Arch. phil. dr.*, 1989, p. 163 ; G. VERSCHULDEN, « Afstamming », o.c., pp. 696-730, n<sup>os</sup> 1266-1329 ; J.B.M. VRANKEN, « Contractualisering en draagmoederschap », *T.P.R.*, 1997, p. 1751 ; G. WILLEMS, « La gestation pour autrui : brève synthèse des réflexions relatives à un éventuel encadrement législatif », *Ann. Dr. Louvain*, 2014, p. 113.

(169) Pour une synthèse des propositions de loi : N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, o.c., pp. 392 et s. ; J. SOSSON et G. MATHIEU, « L'enfant né d'une gestation pour autrui : quelle filiation ? Quels liens avec la mère porteuse ? », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?* (G. SCHAMPS et J. SOSSON dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 377. Dans son avis n<sup>o</sup> 30 du 5 juillet 2004, le comité consultatif de bioéthique considère que la gestation pour autrui « est éthiquement acceptable en principe », quoi qu'elle fasse l'objet de conceptions éthiques divergentes. Voy. not. : Avis du Conseil d'État du 14 février 2006, *Doc parl.*, Sén., sess. 2005-2006, n<sup>o</sup> 3-417/3.

(170) Les motifs demeurent globalement l'indisponibilité du corps humain, l'indisponibilité de l'état des personnes et la non-patrimonialité du corps humain. Voy. : Cass. fr. (1<sup>ère</sup> ch.), 17 décembre 2008, *J.C.P.*, 2009, II, 10020, note A. MIRKOVIC, *J.C.P.*, 2009, II, 10021, note L. D'AVOUT, *Dr. fam.*, février 2009, comm., p. 15, note P. MURAT, *Gaz. Pal.*, 2009, n<sup>o</sup> 3, p. 18, note B. WEIS-GOUT. Voy. en sens divers : M. BANDRAC, G. DELAISI DE PARSEVAL et V. DEPADT-SEBAG, « Repenser la prohibition de la gestation pour autrui », *D.*, 2008, p. 434 ; L. BRUNET, « Un arrêt en trompe-l'œil sur la gestation pour autrui ; retour du droit ou recul de la raison juridique ? », *D.*, 2009, p. 340 ; B. FEUILLET, « Quel sort pour l'enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger ? », *Responsabilité*, 2009, n<sup>o</sup> 34, p. 27.

(171) Nullité de la transcription d'actes de naissance d'enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui : Cass. fr., 17 décembre 2008, *R.C.D.I.P.*, 2009, p. 740 ; Cass. fr., 6 avril 2011, *R.C.D.I.P.*, 2011, p. 722 et p. 727 ; Cass. fr., 13 septembre 2013, *R.C.D.I.P.*, 2013, p. 910. *Contra* : Cass. fr., 3 juillet 2015, arrêts n<sup>os</sup> 619 et 620.

(172) C.E.D.H., *Mennesson c. France* et C.E.D.H., *Labassée c. France*, arrêts du 26 juin 2014, *J.D.J.*, 2014, n<sup>o</sup> 336, p. 45 (somm.), *N.J.B. (Pays-Bas)*, 2014, p. 2372, *R.C.D.I.P.*, 2015, p. 144, note S. BOLLEE, *R.C.J.B.*, 2015, p. 5, note L. VAN BUNNEN. Alors que des époux ayant recouru à une mère porteuse américaine avaient bénéficié d'actes de naissance établis aux États-Unis, chacun des père et mère d'intention comme parents légaux, la Cour de cassation française avait avalisé l'annulation de

En Belgique, aucun consensus n'a à ce jour été dégagé et le législateur a semblé plus préoccupé de régler l'établissement de la filiation que le processus de gestation pour autrui. Or, dans ce cadre, certaines problématiques méritent d'être réglées, à nouveau pour recevoir du législateur des limites en phase avec celles imparties à la maîtrise du corps, et notamment régler les questions du défraiement, du suivi de la grossesse et de la remise de l'enfant (droit de repentir).

En l'état du droit, diverses configurations sont possibles, toutes dotées d'implications différentes en termes de concordance, à l'issue du processus, entre la vérité biologique, la vérité socio-affective et les règles d'établissement de la filiation. Ainsi, quel que soit le sexe des parents d'accueil à qui elle accepte de remettre l'enfant, un embryon implanté dans l'utérus d'une mère de substitution peut être issu :

- soit de la rencontre des gamètes du couple (hétérosexuel) d'accueil ; la mère et le père d'accueil sont parents biologiques ;
- soit de la rencontre d'un ovocyte de la mère porteuse avec les gamètes du futur père ; la mère d'accueil n'est pas parent biologique ; le père d'accueil l'est ;
- soit de l'insémination de la mère porteuse avec les gamètes de deux autres personnes ; aucun des parents d'accueil n'est parent biologique.

Le droit envisage traditionnellement la maternité de substitution sous l'angle contractuel de la « convention de gestation pour autrui », dont on soutient régulièrement la nullité pour illicéité de cause et/ou

---

la transcription au sein des registres d'état civil français des actes de naissance américains au motif de leur contrariété à la loi française ainsi qu'aux principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. Distinguant le droit au respect de la vie familiale des *parents* d'intention du droit au respect de la vie privée des *enfants* en cause, la Cour conclut qu'un juste équilibre entre les intérêts en présence a été respecté pour les parents dès lors qu'ils ne démontrent pas que l'impossibilité d'obtenir la reconnaissance d'un lien de filiation les empêche de bénéficier en France de leur droit au respect de leur vie familiale. Par contre, la méconnaissance du droit au respect de la vie privée des enfants est censurée par la Cour, étant donné que l'obstacle français tant à la reconnaissance qu'à l'établissement de leur lien de filiation (biologique) emporte une grave restriction de leur droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, et étant donné le poids qu'il y a lieu d'accorder à l'intérêt de l'enfant. La Cour a confirmé sa jurisprudence dans l'arrêt *Paradiso et Campanelli* contre l'Italie (C.E.D.H., *Paradiso et Campanelli c. Italie*, arrêt du 27 janvier 2015, *J.D.J.*, 2015, n° 343, p. 40 (somm.), note). Récemment, la Cour de cassation française, réunie en assemblée plénière, s'est à nouveau prononcée sur cette question par deux arrêts, sommairement motivés, du 3 juillet 2015. Par son premier arrêt, la Cour casse un arrêt de la cour d'appel qui rejetait la demande de transcription de l'acte de naissance d'un enfant né d'une GPA à l'étranger, au motif que la juridiction d'appel n'avait pas légalement constaté l'irrégularité, le caractère falsifié ou la non correspondance à la réalité de l'acte à transcrire (arrêt n° 619). Dans son deuxième arrêt, la Cour valide un arrêt de Cour d'appel autorisant la transcription de l'acte de naissance d'un enfant né d'une GPA à l'étranger (arrêt n° 620).

contrariété à l'indisponibilité de l'état des personnes<sup>(173)</sup>. À tort selon nous, car aucune règle de droit ne fonde cette thèse si la convention a pour objet le corps *de la mère de substitution*, dont elle a la maîtrise, et si la convention ne porte ni rémunération (principe de gratuité) ni mesures de suivi de la grossesse contraires à la dignité de la femme enceinte, ni dispositions relatives à la remise et/ou à l'état de l'enfant<sup>(174)</sup>. Les modalités licites d'une telle convention sont susceptibles de recevoir exécution, en nature si l'exécution n'empiète pas sur l'intégrité physique de la mère de substitution, par équivalent dans le cas contraire, couvrant un éventuel dommage moral ou matériel<sup>(175)</sup>.

Comme la maîtrise de la mère de substitution ne concerne que son corps, rien ne permet de la contraindre à remettre l'enfant au couple d'accueil. Tel est, à notre avis, le fondement juridique de cette latitude

(173) Voy. : N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, o.c., pp. 357 et s. Comp. : N. GALLUS, « La validité de la convention de gestation pour autrui », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?* (G. SCHAMPS et J. SOSSON dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 181 ; M. GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les 'principes' d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos de la maternité de substitution) », o.c., p. 489 ; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, o.c., pp. 860 et s., n<sup>os</sup> 390 et s. ; L. VAN BUNNEN, « La gestation pour autrui et les droits de l'homme », note sous C.E.D.H., *Mennesson c. France* et C.E.D.H., *Labassee c. France*, arrêts du 26 juin 2014, R.C.J.B., 2015, p. 32 ; G. VERSCHULDEN et L. PLUYM, « Chronique de jurisprudence belge concernant la gestation pour autrui (droit interne) », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?* (G. SCHAMPS et J. SOSSON dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 195 et s. En jurisprudence : Liège, 6 septembre 2010, *J.T.*, 2010, p. 634, *J.L.M.B.*, 2011, p. 52, obs. P. WAUTELET, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1125, note C. HENRICOT, S. SAROLEA, J. SOSSON, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 159, *Rev. dr. étr.*, 2010, p. 407 et p. 579, *T. Vreemd.*, 2011, p. 117, note K. VANVOORDEN et Civ. Nivelles, 6 avril 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 162, note N. GALLUS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 695, note C. HENRICOT, *Rev. dr. étr.*, 2011, p. 459 (somm.) (caractère illicite de la convention de gestation mais admission de la reconnaissance paternelle au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant) ; Civ. Bruxelles, 18 décembre 2012, *Rev. dr. étr.*, 2014, p. 477 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 544, note J. SOSSON et J. MARY ; Gand, 30 avril 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 831 (somm.), R.G.D.C., 2012, p. 372, note G. VERSCHULDEN, *T. Fam.*, 2013, p. 140, note L. PLUYM, *T.J.K.*, 2012, p. 261, note L. PLUYM ; Civ. Dinant, 6 février 2014, *Rev. dr. étr.*, 2014, p. 479 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 626, note J. SOSSON (caractère illicite de la convention mais admission de la reconnaissance paternelle dès lors qu'il est le père biologique de l'enfant) ; *contra* : Civ. Hasselt, 19 mars 2013, *Juristenkrant*, 2013, p. 1, *Limb. Rechtsl.*, 2013, p. 304, note, R.W., 2014-2015, p. 1472. En France : Cass. fr. (1<sup>re</sup> ch.), 17 décembre 2008, précité ; Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 9 décembre 2003, *Rép. Defrénois*, 2004, p. 592, note J. MASSIP, *D.*, 2004, p. 1998, note E. POISSON-DROCOURT ; Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 29 juin 1994, *D.*, 1994, p. 581, note Y. CHARTIER, *J.C.P.*, 1995, II, 22362, note J. RUBELLIN-DEVICHI ; Cass. fr. (ass. plén.), 31 mai 1991, *D.*, 1991, p. 417, rapp. Y. CHARTIER, note D. THOUVENIN, *J.C.P.*, 1991, II, 21752, obs. J. BERNARD, note F. TERRÉ, *Rev. trim. dr. civ.*, 1991, p. 517, note D. HUET-WEILLER, et 1992, p. 489, obs. M. GOBERT ; *contra* : Paris, 15 juin 1990, *J.C.P.*, 1991, II, 21653, note B. EDELMAN et C. LABRUSSE-RIOU, *D.*, 1990, p. 540, note F. BOULANGER, *J.T.*, 1991, p. 767, obs. X. DIJON et J.-P. MASSON. Voy. : M. GOBERT, o.c. ; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, o.c., pp. 860 et s., n<sup>os</sup> 390 et s.

(174) Voy. et comp. : J. KLIJNSMA, « De verzakelijking van het menselijk lichaam. Over de spanning tussen mens en mensheid inzake de praktijk van het commercieel draagmoederschap », *Ars Aequi (Pays-Bas)*, 2008, p. 11 ; T. KRUGER, « Kinderhandel : welke rechters moeten/mogen de zaak horen ? », *T. Vreemd.*, 2006, p. 171.

(175) Voy. : N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, o.c., pp. 848 et s., n<sup>os</sup> 384 et s. ; *contra*, semble-t-il pour l'ensemble des dispositions du contrat s'il comporte un engagement de remise de l'enfant : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n<sup>o</sup> 351.

traditionnellement reconnue à la mère de substitution<sup>(176)</sup>. Seraient donc nulles les clauses d'une convention de gestation pour autrui portant sur la remise de l'enfant et, dans l'état actuel de la législation, sur l'établissement de la filiation ou une adoption à intervenir (art. 6 et 1128).

Une jurisprudence toujours plus fournie légitime *a posteriori* des maternités de substitution, principalement en prononçant (jadis homologuant) des *adoptions*, dans l'intérêt supérieur de l'enfant (à avoir au moins un parent)<sup>(177)</sup>, ou validant une reconnaissance par le père d'accueil<sup>(178)</sup>. À juste titre, car l'enfant serait dépourvu de filiation si la nullité prétendue du contrat, commandée par une règle de droit sans lien avec son intérêt *in concreto*, entachait de nullité tous les autres actes juridiques

(176) En ce sens : G. GENICOT, « Gestation pour autrui, autonomie personnelle et maîtrise corporelle : plaider pour un droit neutre et libéré », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?* (G. SCHAMPS et J. SOSSON dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 155 ; Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « La maîtrise de son corps par la personne », *o.c.*, p. 598, n° 44 ; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître, o.c.*, p. 869, n° 394. Rappr. : art. 348, al. 4, C. civ. (consentement à l'adoption postérieur à deux mois après la naissance – *infra*, n° 692). *Adde* : Fr. GRANET-LAMBRECHTS, « Maternités de substitution, filiation et état civil. Panorama européen », *Dr. fam.*, 2007, Études, p. 34 ; M. BANDRAC, G. DELAISI DE PARSEVAL et V. DEPADT-SEBAG, « Repenser la prohibition de la gestation pour autrui », *o.c.*, p. 434.

(177) Ex. : Anvers, 14 janvier 2008, *R.W.*, 2007-2008, p. 1774, note F. SWENNEN, réformant Civ. Anvers (jeun.), 11 octobre 2007, *R.W.*, 2007-2008, p. 1777, note F. SWENNEN ; Civ. Bruxelles (jeun.), 6 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1083, *T.J.K.*, 2009, p. 357, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 172, note J. SOSSON ; Civ. Turnhout (jeun.), 4 octobre 2000, *J.D.J.*, 2001, p. 61 (abrégé), *R.W.*, 2001-2002, p. 206 ; Civ. Bruxelles (jeun.), 4 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1182, *Rev. dr. santé*, 1997-1998, p. 124, obs. E. MONTERO ; Gand, 16 janvier 1989, *T.G.R.*, 1989, p. 52 ; Civ. Bruxelles, 6 avril 2010, *Rev. dr. étr.*, 2010, p. 577 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1164 ; Civ. Namur (jeun.), 7 janvier 2011, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 96, note N. GALLUS ; Civ. Bruxelles, 23 août 2012, *Act. dr. fam.*, 2013, note N. GALLUS ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht, o.c.*, n° 350 ; Civ. Hasselt, 19 mars 2013, *Juristenkrant*, 2013, p. 1, *Limb. Rechtsl.*, 2013, p. 304, note, *R.W.*, 2014-2015, p. 1472 ; G. VERSCHELDEN, « Afstamming », *o.c.*, p. 713, n° 1290 ; N. GALLUS, « L'adoption par les parents intentionnels de l'enfant né d'une mère porteuse », *Act. dr. fam.*, 2013, p. 100 ; J. LARUELLE, « L'adoption », in *Chroniques notariales* (Y.-H. LELEU coord.), vol. 62, Bruxelles, Larcier, 2015, n° 125, pp. 86-88 ; L. PLUYM, « De invloed van draagmoederschap op adoptie », *T. Fam.*, 2013, p. 142.

(178) Bruxelles, 1<sup>er</sup> mars 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 754 (avec toutefois une application erronée selon nous de l'ancien art. 319bis) ; Liège, 6 septembre 2010, *J.T.*, 2010, p. 634, *J.L.M.B.*, 2011, p. 52, obs. P. WAUTELET, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1125, note C. HENRICOT, S. SAROLEA, J. SOSSON, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 159, *Rev. dr. étr.*, 2010, p. 407 et p. 579, *T. Vreemd.*, 2011, p. 117, note K. VANVOORDEN ; Civ. Liège, 15 mars 2013, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 93, *Rev. not. belge*, 2014, p. 160, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, note C. HENRICOT ; Civ. Nivelles, 6 avril 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 162, note N. GALLUS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 695, note C. HENRICOT, *Rev. dr. étr.*, 2011, p. 459 (somm.) ; Civ. Gand, 31 mai 2001, *R.G.D.C.*, 2002, p. 27, note G. VERSCHELDEN (contestation par le mari de la mère porteuse de sa paternité légale ; cela permet ultérieurement la reconnaissance de l'enfant par le père d'accueil) ; Civ. Hasselt, 19 mars 2013, *Juristenkrant*, 2013, p. 1, *Limb. Rechtsl.*, 2013, p. 304, note, *R.W.*, 2014-2015, p. 1472 (contestation de la présomption de paternité du mari de la mère porteuse par le père biologique et d'intention) ; Civ. Dinant, 6 février 2014, *Rev. dr. étr.*, 2014, p. 479, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 626, note J. SOSSON (contestation de la présomption de paternité du mari de la mère porteuse par le père biologique et d'intention). Voy., néanmoins, la critique adressée à l'encontre de cette décision, au regard de l'article 318, § 4 : J. SOSSON, « Mère porteuse mariée : danger ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 629. *Adde* : G. WILLEMS et J. SOSSON, « Légiférer en matière de gestation pour autrui : quelques repères de droit comparé et de droit international », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?* (G. SCHAMPS et J. SOSSON dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 241.

accomplis ou à accomplir dans le cadre du processus<sup>(179)</sup>. Une telle attitude fait prévaloir un principe abstrait, l'indisponibilité de l'état, voire un choix de valeurs, sur la réponse à donner au besoin d'ancrage juridique d'un enfant dans une famille (*supra*, n° 7). Contrariant le désir d'enfant, elle provoque des manœuvres de contournement de la norme inadaptée, comme on l'a vu en France (voy. ci-dessus et *supra*, n° 6).

En Belgique, après la remise volontaire de l'enfant aux parents d'accueil, l'intégration juridique de celui-ci dans leur famille s'effectue par les mécanismes du droit commun d'établissement de la filiation, y compris celle de la coparente éventuelle, ou par adoption, et dans ce dernier cas en deux temps : une reconnaissance paternelle et une adoption plénière par la mère d'accueil, sous réserve de situations particulières, à déconseiller, d'accouchement anonyme à l'étranger de la mère de substitution (*infra*, n° 626)<sup>(180)</sup>. En l'état actuel, la Belgique n'encourt dès lors aucun reproche européen<sup>(181)</sup>. *De lege ferenda*, et à condition de respecter le droit de la mère de substitution à la maîtrise de son corps dont s'induit le droit de ne pas remettre son enfant né en Belgique, une solution plus adaptée consisterait à autoriser une reconnaissance prénatale par les père et mère d'accueil, conditionnée à la remise de l'enfant<sup>(182)</sup>.

**120. Stérilisation chirurgicale. Contraception.** La stérilisation volontaire chirurgicale masculine (vasectomie) ou féminine (ligature tubaire) est légitime au nom du droit de maîtrise du corps<sup>(183)</sup>. Elle suppose un

(179) Voy. not. en ce sens : M. GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les 'principes d'indisponibilité' du corps humain et de l'état des personnes (à propos de la maternité de substitution) », o.c., p. 489 ; P. DE HERT et P. HERBOTS, « Wettelijke regeling van draagmoederschap dringt zich op », *Juristenkrant*, 2008, n° 179, p. 10 ; I. MARTENS, « Familierechtelijke aspecten van draagmoederschap in België en Nederland. De zaak Baby D », *T.J.K.*, 2006, p. 5 ; K. SAARLOOS et J. VAN BERKEL, « From Russia with love : ouderschap na draagmoederschap en de Wet conflictenrecht afstamming [Nederland] », *N.I.P.R. (Pays-Bas)*, 2008, p. 117 ; F. SWENNEN, « Adoptie na draagmoederschap revisited », *R. W.*, 2007-2008, p. 1775, note précitée.

(180) Civ. Bruxelles, 18 décembre 2012, *Rev. dr. étr.*, 2014, p. 477 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 544, note J. SOSSON et J. MARY ; Bruxelles, 31 juillet 2013, *Rev. dr. étr.*, 2014, p. 477 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 544, note J. SOSSON et J. MARY, *T. Vreemd.*, 2014, p. 126 (somm.). Pour un état des lieux sur les difficultés générées par la GPA réalisée à l'étranger : J. SOSSON et J. MARY, « Gestation pour autrui pratiquée à l'étranger : l'intérêt de l'enfant, sésame d'une reconnaissance en Belgique ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 552. Sur le choix entre l'adoption et la reconnaissance, voy. : J. SOSSON, « La créancier d'un lien légal avec la mère génétique d'un enfant conçu par gestation pour autrui : une question de filiation ou d'adoption ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 176.

(181) C.E.D.H., *D. et autres c. Belgique*, décision du 8 juillet 2014, *Juristenkrant*, 2014, p. 296, *T.J.K.*, 2015, p. 48 (somm.), note L. PLUYM, *T. Vreemd*, 2015, p. 39 (non-violation de l'article 8 de la C.E.D.H. par la Belgique du fait du délai requis pour permettre l'entrée sur le territoire d'un enfant issu d'une gestation pour autrui pratiquée en Ukraine).

(182) Dans le même sens : G. GENICOT, *Le droit médical et biomédical*, o.c., p. 542. Comp. H. JACOBS, « Draagmoederschap », *T. Fam.*, 2009, p. 42.

(183) Sur la reconnaissance d'un « droit au planning familial » par divers instruments internationaux, not. les art. 8 et 12 C.E.D.H et l'art. 24 (f) de la Conv. de New York relative aux droits de l'enfant, voy. : D. VAN GRUNDBERBECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., pp. 354-355, n°s 469-471 et les références citées.

consentement éclairé<sup>(184)</sup>, qui s'impose avec une force accrue dès lors que la stérilisation ne présente pas toujours un intérêt thérapeutique et porte le plus souvent atteinte de façon définitive et irréversible à la possibilité de fonder une famille<sup>(185)</sup>. Elle peut engager la responsabilité du médecin pour grossesse non planifiée (*wrongful pregnancy*)<sup>(186)</sup>.

Tel n'est pas le cas de la stérilisation pratiquée sur des personnes aux capacités volitives diminuées, ou sans consentement (éclairé) ni nécessité thérapeutique<sup>(187)</sup>. Elle pourrait même constituer une atteinte aux

(184) Cass., 14 décembre 2001, *Pas.*, 2001, p. 2129, concl. J. du JARDIN, *J.L.M.B.*, 2002, p. 532, obs. Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *J.T.*, 2002, p. 261, obs. C. TROUET, *R.G.D.C.*, 2002, p. 328, concl. J. du JARDIN, note C. TROUET, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.494, concl. J. du JARDIN, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 239, note J.-L. FAGNART, *J.L.M.B.*, 2003, pp. 8 et 32 (rapport d'activité de la Cour de cassation) (la décision est du seul ressort de la personne concernée, l'absence de consentement du conjoint étant sans incidence à cet égard, mais pourrait en avoir en matière de divorce – *infra*, n° 446) ; Mons, 29 juin 2004, *Rev. dr. santé*, 2006-2007, p. 34, note N. COLLETTE-BASECQZ (absence de consentement préalable). *Contra* : M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Considérations juridiques sur la stérilisation chirurgicale », *Ann. Dr. Louvain*, 1967, p. 3.

(185) N. COLLETTE-BASECQZ, « Quelques réflexions autour des conditions légales qui encadrent la stérilisation », *Rev. dr. santé*, 2006-2007, p. 5.

(186) La stérilisation n'entraîne pas, selon nous, dans le chef du médecin une obligation de résultat, au contraire de celle de fournir une information complète, évoquant les chances de recanalisation spontanée : Civ. Anvers, 26 février 1992, *R.G.D.C.*, 1993, p. 401 ; Civ. Courtrai, 3 janvier 1989, *R.W.*, 1988-1989, p. 1171 ; Cass., 15 janvier 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 728, note G. GÉNICOT, *Pas.*, 2010, p. 184, *R.C.J.B.*, 2010, p. 507, note J. KIRKPATRICK, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14.622, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 230, note S. PANIS (l'obligation contractée par le médecin est en règle générale de moyens, mais peut constituer une obligation de résultat en vertu de la volonté implicite des parties, dès lors que le médecin, avant l'intervention pratiquée, avait admis n'avoir personnellement éprouvé ni eu connaissance d'échecs et ne contestait pas n'avoir préconisé aucune autre forme de contraception pendant la période post-opératoire) ; Cass., 16 décembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 2022, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1168, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 299, note S. LIERMAN, *R.W.*, 2004-2005, p. 1553, note H. NYS, *R.G.A.R.*, 2006, n° 14.161 (responsabilité médicale pour fautes techniques et manquements à l'obligation d'information) ; Gand, 27 septembre 2007, *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 404, note T.V., *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 43, note G.G., *T.J.K.*, 2009, p. 356 (somm.) ; Mons, 28 octobre 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1091, note G. GENICOT (obligation d'information renforcée) ; S. DE MEUTER, « Wrongful life, wrongful birth, wrongful conception or pregnancy claim : inventarisatie van de begrippen, theoretisch raamwerk, proeve van probleemoplossing », in *Liber amicorum Ernest Krings*, Gand, E. Story-Scientia, 1991, p. 61 ; J. KIRKPATRICK, « Réflexions sur la charge de la preuve en matière de responsabilité médicale et sur la distinction entre obligations de résultat et obligations de moyens », *R.C.J.B.*, 2010, p. 513 ; Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical, o.c.*, pp. 178-179, n°s 218-220 ; *comp.* : Liège, 17 avril 2008, *R.G.A.R.*, 2009, n°14.460, *R.R.D.*, 2008, p. 34, note Q. VAN ENIS. Pour plus de détails : G. GENICOT, *Le droit médical et biomédical, o.c.*, pp. 351-355.

(187) Anvers, 28 juin 2004, *J.D.J.*, 2006, p. 40 (somm.), *NjW*, 2005, p. 553, *R.W.*, 2005-2006, p. 906, *Rev. dr. santé*, 2006-2007, p. 31, note N. COLLETTE-BASECQZ (patiente stérilisée sans son accord au cours d'un accouchement avec césarienne sous anesthésie) ; Civ. Turnhout, 7 février 2001, *Rev. dr. santé*, 2006-2007, p. 29, note N. COLLETTE-BASECQZ (stérilisation sans le consentement de la patiente handicapée mentale et déjà mère de quatre enfants et en situation familiale précaire) ; G. GENICOT, *Le droit médical et biomédical, o.c.*, pp. 543 et s. En France : Cass. fr. (avis), 6 juillet 1998, *J.C.P.*, 1998, IV, 3005, *D.*, 1998, I.R., p. 208, *Dr. fam.*, 1998, n° 162, note Th. FOSSIER, *Rep. Defrénois*, 1999, p. 314, n° 9, obs. (prohibition en dehors de toute nécessité thérapeutique, le consentement préalable de l'intéressé étant en principe également requis) ; N. RAYNAUD de LAGE, « À propos de l'avis de la Cour de cassation du 6 juillet 1998 relatif à la stérilisation des handicapés mentaux », *Dr. fam.*, 2000, n° 2 ; Th. FOSSIER et Th. VERHEYDE, « La stérilisation à des fins contraceptives des incapables majeurs », *J.C.P.*, 2001, 1477 ; F. FRESNEL, « La stérilisation volontaire contraceptive », *D.*, 2001, p. 2045. Sur l'urgence : Cour adm. d'appel de Paris, 9 juin 1998, *D.*, 1999, p. 277, note G. PELLISSIER, *Rev. fr. dr. publ.*, 1999, p. 235, note J.-M. AUBY, *J.C.P.*, 2000, I, 229.

articles 3, 8 et 12 de la Convention européenne des droits de l'homme si elle s'inscrivait dans un cadre organisé ou se fondait sur une réglementation non proportionnée aux intérêts de l'enfant à naître ni à des objectifs de santé publique<sup>(188)</sup>. Même l'admissibilité d'un consentement de substitution pose question : selon nous, seul un mandataire médical préalablement choisi par le patient peut suppléer au consentement de celui-ci à la stérilisation (art. 14, § 1<sup>er</sup>, L. 22 août 2002). En effet, depuis la loi du 17 mai 2013, le consentement à la stérilisation est classifié parmi les actes non susceptibles d'assistance ni de représentation par un administrateur (art. 497/2, 15°). En cette matière, le Code civil prime l'article 14, § 2 de la loi du 22 août 2002 permettant à l'administrateur de la personne de consentir au traitement en l'absence de mandataire conventionnel. En outre, le consentement à la stérilisation ne fait pas partie des actes pour lesquels le juge doit obligatoirement se prononcer sur la capacité de la personne protégée à les poser (art. 492/2, § 1<sup>er</sup>). Si le juge a décidé, alors qu'il n'en était pas obligé, que la personne n'est pas capable de consentir à une stérilisation, personne ne peut y consentir à l'exception de l'éventuel mandataire conventionnel (*infra*, n° 182-7). Pour les incapables de fait, la « représentation en cascade » autorise *in fine* le médecin à prendre la décision, mais toujours, selon nous, sur avis de la personne capable de s'exprimer (art. 14, § 3 et 4, L. 22 août 2002)<sup>(189)</sup>.

La *contraception*, réversible, n'a agité les esprits et les juristes qu'à des temps révolus pour contrer les velléités d'interdire la promotion des contraceptifs<sup>(190)</sup>. Nul ne doute à présent que la contraception relève de la maîtrise du corps. Subsistent seulement des questions relatives à l'autorité parentale<sup>(191)</sup> et à la contraception abortive (pilule du lendemain)<sup>(192)</sup>.

(188) Ex : C.E.D.H., *V.C. c. Slovaquie*, arrêt du 8 novembre 2011, *N.J.B. (Pays-Bas)*, 2012, p. 279, *T. Straf.*, 2012, p. 44 (violation de l'article 3 C.E.D.H. pour défaut d'informations complètes quant à l'état de santé et la stérilisation envisagée à l'égard d'une adulte rom en pleine possession de ses facultés intellectuelles) ; E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *J.E.D.H.*, 2013, p. 297.

(189) Y.-H. LELEU, « La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient », *o.c.*, pp. 657-658, n°s 51-56. Sur la réglementation antérieure : H. NYS, *La médecine et le droit*, *o.c.*, p. 156, n° 366.

(190) Voy. : W. DELVA et R. DIERKENS, « Enkele civielrechtelijke aspecten van contraceptie, sterilisatie en kunstmatige inseminatie », *T.P.R.*, 1974, p. 473.

(191) Dans le sens de l'impossibilité pour les parents d'interférer dans la décision de leur enfant mineure apte à la prendre au sens de l'art. 12 de la loi du 22 août 2002 sur les droits des patients : art. 30 et 85 du Code de déontologie médicale ; A. NOTTET, « Les droits personnels du mineur », *o.c.*, p. 15 ; J.-L. RENCHON, F. REUSENS et G. WILLEMS, « Le droit au respect de la vie privée dans les relations familiales », *o.c.*, pp. 161-162. Le secret médical est opposable aux parents du patient mineur. *Adde* avant la loi du 22 août 2002 : Y.-H. LELEU et S. DELVAL, « Autorité parentale et actes médicaux », *J.D.J.*, 2002, n° 214, p. 23.

(192) Voy. : M. MOOCK, « Dernières déclarations à propos de la distribution de la pilule du lendemain dans les établissements scolaires dépendant de la commission communautaire française – Accessibilité de la pilule du lendemain dans les écoles », *J.D.J.*, 2000, n° 199, p. 32. La jurisprudence française est plus divisée : C.E. fr., 30 juin 2000, *J.C.P.*, 2000, II, 10423, note J. PEIGNE, *D.*, 2001, p. 2224, note A. LEGRAND (illégalité de la décision du Ministre délégué à l'enseignement scolaire d'autoriser la prescription et la délivrance par les infirmières scolaires d'un contraceptif (« Norlevo ») aux

**121. Interruption volontaire de grossesse. *Wrongful life, wrongful birth, wrongful pregnancy.*** L'interruption volontaire de grossesse (I.V.G.) est l'acte intentionnel visant à interrompre une grossesse, par opposition à l'avortement spontané (art. 348 C. pén.)<sup>(193)</sup>. La dépénalisation conditionnelle de l'I.V.G. par la loi du 3 avril 1990 est, avec celle de l'euthanasie, une (des premières) expression(s) du droit de la personne à la maîtrise de son corps. En effet, juridiquement, le fœtus est *pars viscerum matris* jusqu'au début du travail d'accouchement et relève de la maîtrise corporelle de la mère, encadrée par la loi qui le protège comme entité humaine (*supra*, n° 16)<sup>(194)</sup>. Fonctionnellement, les réglementations de l'I.V.G. et de l'euthanasie sont comparables, même si elles agissent aux extrêmes opposés de la maîtrise de vie<sup>(195)</sup> : affirmation de l'autonomie du sujet, contrôle de la qualité de la demande, vérification de l'intensité (subjective) de sa souffrance, régulation de l'agir nécessaire du tiers (médecin), intervention de l'autorité *a posteriori* pour respecter le colloque singulier. Dans les deux cas, la maîtrise approche ses limites et justifie la régulation, à la fois parce que la problématique touche à des valeurs partagées par tous – l'interdit de tuer – et parce que des tiers sont impliqués dans le processus.

Sur le plan des droits fondamentaux, en particulier l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit à la vie), la marge d'appréciation des États apparaît importante et seule une législation déraisonnablement répressive ou libérale encourrait un reproche<sup>(196)</sup>. Récemment, la Cour a affirmé la nécessité pour les États de rendre possibles par une procédure adéquate les I.V.G. thérapeutiques notamment

---

adolescentes se trouvant dans certaines situations considérées comme relevant de l'urgence) ; Ch. RADÉ et O. DUBOS, « La pilule du lendemain exclue des établissements scolaires », *D.*, 2000, p. 545.

(193) Voy. not. : B. DAYEZ, « L'avortement et la raison pénale », *R.I.E.J.*, 1990, n° 24, p. 61. *Adde* : art. 349 C. pén. (avortement causé par des violences) ; art. 350, al. 1<sup>er</sup>, C. pén. (avortement avec le consentement de la femme) ; art. 351 C. pén. (avortement en dehors des conditions légales) ; art. 352 C. pén. (avortement ayant entraîné la mort).

(194) Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « La maîtrise de son corps par la personne », *o.c.*, p. 597, n° 38 ; L. SAUVEUR, « La prise en charge du besoin d'indemnisation résultant de la naissance d'un enfant atteint d'un handicap congénital non décelé – État actuel du droit français et du droit belge », *Rev. dr. Ulg.*, 2011, p. 485.

(195) Y.-H. LELEU, « Regelgeving inzake het zelfbeschikkingsrecht », *o.c.*, p. 1373.

(196) En ce sens : J. VAN NIEUWENHOVE, « Abortion : A right to life for the Unborn Child », in *Monitoring Children's Rights* (E. VERHELLEN éd.), La Haye, Kluwer Law International, 1996, p. 787. Voy. : C.E.D.H., *Boso c. Italie*, n° 50490/99, décision sur la recevabilité du 5 septembre 2002, *CEDH*, 2002-VII, p. 441 ; Comm. eur. D. H., *Hercz c. Norvège*, n° 17004/90, décision sur la recevabilité du 19 mai 1992, *D & R*, 75, p. 155 ; Comm. eur. D. H., *Paton c. Royaume uni*, n° 8416/79, décision sur la recevabilité du 13 mai 1980, *D & R*, 19, p. 244 (absence d'obligation pour l'État d'interdire l'avortement) ; Comm. eur. D. H., *Brüggeman et Scheuten c. Allemagne*, n° 6959/75, décision sur la recevabilité du 19 mai 1976, *D & R*, 5, p. 103 (absence d'ingérence dans la vie privée d'une interdiction légale). Pour une analyse approfondie : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, *o.c.*, pp. 357-366, n°s 474-483.

dans l'intérêt de la santé de la femme<sup>(197)</sup>, sans reconnaître un droit à l'avortement thérapeutique<sup>(198)</sup>.

Dans notre contexte législatif dépénalisant l'I.V.G., la femme dispose d'une faculté juridiquement reconnue de refuser la mise au monde d'un enfant, dont la méconnaissance fautive appelle réparation par les mécanismes de la responsabilité civile.

- Un défaut de diagnostic d'une malformation fœtale peut induire la femme en erreur quant à l'opportunité de poursuivre sa grossesse et ouvrir une action contre le médecin, soit à la mère pour naissance préjudiciable (*wrongful birth*), mais pas à l'enfant pour vie préjudiciée (*wrongful life*), selon une jurisprudence récente et critiquable de la Cour de cassation<sup>(199)</sup>.

(197) C.E.D.H., *Tysiak c. Polone*, arrêt du 20 mars 2007, *J.T.D.E.*, 2007, p. 156, *N.J.B. (Pays-Bas)*, 2007, p. 1306, obs. (femme enceinte atteinte de myopie sévère pouvant s'aggraver, et non autorisée à interrompre sa grossesse suivant la législation polonaise). Rapp. en ce sens : C.E.D.H., *Open Door en Dublin Well Woman c. Irlande*, arrêt du 29 octobre 1992, *Ars Aequi*, 1993, p. 2144, *R.U.D.H.*, 1992, p. 469, *Rev. trim. D. H.*, 1993, p. 335, note F. RIGAUX (arrêt d'irrecevabilité).

(198) Sur la prudence de la Cour : J. LARRALDE, « La Cour européenne des droits de l'homme et la promotion des droits des femmes. Cour européenne des droits de l'homme (4<sup>e</sup> section) *Tysiak c. Pologne*, 20 mars 2007 », *Rev. trim. D. H.*, 2007, p. 855 ; A. MORICEAU, « La Cour européenne des droits de l'homme et la garantie de l'avortement thérapeutique (Cour européenne des droits de l'homme, [5 juillet 2006], *D. c. Irlande* et 20 mars 2007, *Tysiak c. Pologne*) », *Rev. dr. intern. comp.*, 2007, p. 496 ; G. ROSOUX, « La règle de l'épuisement des voies de recours internes et le recours au juge constitutionnel : une exhortation aux dialogues des juges. Commentaire de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme, *D. c. Irlande* du 28 juin 2006, et digression autour du mécanisme préjudiciel devant la Cour constitutionnelle de Belgique », *Rev. trim. D. H.*, 2007, p. 757 ; C.E.D.H., *P. et S. c. Pologne*, arrêt du 30 octobre 2012, *J.D.J.*, 2012, n° 319, p. 39, *T. Straf.*, 2013, p. 42 (autorisation judiciaire de procéder à un avortement consécutif à un viol mais refus de l'hôpital de pratiquer l'I.V.G ; violation de l'article 8 C.E.D.H. en raison de l'incertitude provoquée chez la requérante).

(199) Cass. (plén.), 14 novembre 2014, *Juristenkrant*, 2014, p. 299, *J.T.*, 2015, p. 221, note B. DUBUISSON, *J.L.M.B.*, 2015, p. 264, note Y.-H. LELEU, *J.L.M.B.*, 2015, p. 264, note G. GENICOT, *R. W.*, 2014-2015, p. 519 (somm.), *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 186, note A. HUYGENS (la Cour juge qu'il n'y a pas de dommage réparable au sens des articles 1382 et s. C. civ. dans le chef de l'enfant né handicapé lorsque la comparaison doit être établie entre le fait d'exister pour une personne handicapée et le fait de ne pas exister. Il est critiquable, selon nous, que la Cour n'ait pas substitué à ce critère comparatif inefficace un critère d'évaluation *abstraite* praticable, adopté par les Cours française et néerlandaise, du préjudice lié au handicap et non à la naissance (coût des soins particuliers et de l'apaisement des souffrances de l'enfant) ; Mons, 12 octobre 2012, *R.G.A.R.*, 2013, n° 14.967, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, note G. GENICOT ; G. GENICOT, « Comparaison sans raison n'est pas solution », *J.L.M.B.*, 2015, p. 269 ; G. GENICOT, « Handicap grave non décelé in utero : panorama des réponses jurisprudentielles », *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 177 ; A. HUYGENS, « Wrongful-life-vordering overleeft cassatietoets niet », *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 195. *Contra* : B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable. L'être ou le néant : l'alternative légitime », *J.T.*, 2015, p. 209 ; Y.-H. LELEU, « Refus de comparer pour exonérer ? », *J.L.M.B.*, 2015, p. 278 ; Bruxelles, 21 septembre 2010, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 183, note M. DILLEN et F. DEWALLENS, *R.G.A.R.*, 2010, n°14.675, note N. ESTIENNE ; Gand, 3 novembre 2011, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 205, note A. HUYGENS, *R.G.A.R.*, 2013, n° 14.943, note D. DE CALLATAÏ (cassé par l'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014) ; Civ. Courtrai, 18 février 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 323, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 819, T.G.R. – T.W.V.R., 2012, p. 29, note, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 198, note A. HUYGENS. En France : Cass. fr. (ass. plén.), 28 novembre 2001, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.471, *J.C.P.*, 2002, 10018, concl. J. SAINTE-ROSE, note F. CHABAS, *J.C.P.*, 2001, 2237 ; Cass. fr. (ass. plén.), 17 novembre 2000, *J.C.P.*, 2000, II, 10438, concl. J. SAINTE-ROSE, rapp. P. SARGOS, note F. CHABAS, *Journ. proc.*, 2000, n° 404, p. 8, obs. R.O. DALCQ et J. DALCQ, *D.*, 2001, p. 332, note D. MAZEAUD,

- L'échec d'une I.V.G. suivi de la naissance de l'enfant est réparé par une action en responsabilité pour grossesse préjudiciable si l'enfant est normalement constitué (*wrongful pregnancy*)<sup>(200)</sup>.

La loi du 3 avril 1990 a modifié l'article 350 du Code pénal (al. 2 et s.) pour permettre l'I.V.G. d'une femme qui le demande<sup>(201)</sup>, acte insusceptible de représentation et d'assistance dans le chef de l'éventuel

note P. JOURDAIN, et p. 2796, note F. VASSEUR-LAMBRY, *Dr. fam.*, 2001, n° 11, obs. P. MURAT. Dans le même sens : Civ. Bruxelles, 21 avril 2004, *J.T.*, 2004, p. 716 ; Civ. Bruxelles, 7 juin 2002, *R.G.D.C.*, 2002, p. 483 ; Y.-H. LELEU, « Le droit à la libre disposition du corps à l'épreuve de la jurisprudence 'Perruche' », *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.466, *Bulletin d'information de l'Ordre des Médecins*, 2001, n° 31, p. 83 ; M. GOBERT, « La Cour de cassation méritait-elle le pilori ? (À propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 17 novembre 2000) », *Petites Aff.*, 2000, n° 245, p. 4 ; P. JOURDAIN, « Loi anti-Perruche : une loi démagogique », *D.*, 2002, p. 891 ; B. MARKESINIS, « Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt Perruche », *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, p. 77. En sens contraire, not. : art. 1<sup>er</sup> L. fr. du 4 mars 2002 ; G. GENICOT, « Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé », *R.G.D.C.*, 2002, p. 79 et *Droit médical et biomédical*, o.c., pp. 572 et s. ; L. AYNÈS, « Préjudice de l'enfant né handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation », *D.*, 2001, p. 492 ; B. EDELMAN, « L'arrêt 'Perruche' : une liberté pour la mort ? », *D.*, 2002, p. 2349 ; G. MÉMETEAU, « L'action de vie dommageable », *J.C.P.*, 2000, I, 279. *Adde* pour une analyse, sous l'angle psychanalytique et critique, de l'opposition doctrinale à l'arrêt *Perruche*, et les motivations conscientes ou non de ses participants : D. de BÉCHILLON, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? Réflexions, à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire », o.c., p. 47. Le législateur français a cédé à la double pression convergente du reproche de violence fait à certaines valeurs proclamées fondatrices, et aussi à une certaine forme de *lobbying* de certaines professions médicales ainsi que des assureurs, sans parler des groupements *pro life*. Une loi du 4 mars 2002 fut une tentative malencontreuse de « briser » la jurisprudence « Perruche » en exonérant les (seuls) médecins commettant des erreurs de diagnostic prénatal pouvant entraîner la naissance d'un enfant ayant subi un préjudice causé par la non-détection d'un handicap, et en renvoyant ces enfants à la « solidarité nationale ». Mais déclarée applicable aux « instances en cours », cette loi a été jugée contraire à l'article 1<sup>er</sup> du 1<sup>er</sup> protocole C.E.D.H. par la Cour de cassation de France, confirmant la jurisprudence *Perruche* (Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 24 janvier 2006, *J.C.P.*, 2006, IV, 1331, 330, *Dr. fam.*, 2006, n° 105, concl. av. gén., note B. BEIGNIER, *D.*, 2006, p. 325). Sans mesure transitoire équitable pour les enfants affectés d'un tel préjudice avant son entrée en vigueur, cette loi les a privés d'une espérance (patrimoniale) au sens du même art. 1<sup>er</sup>, et valut une condamnation de la France par la Cour européenne (C.E.D.H., 6 octobre 2005, *Maurice c. France*, *J.C.P.*, 2005, p. 550, *Rev. trim. dr. civ.*, 2005, p. 743, obs. J.-P. M., *Dr. fam.*, 2005, comm., n° 258, note C. RADÉ, *R.W.*, 2008-2009, p. 247, obs. W. VERRIJDT ; Y.-H. LELEU et M. PÂQUES, « Exonérations légales de responsabilité civile et droit fondamental au respect des biens », o.c., p. 277). Elle n'a pas survécu à ces censures et l'art. 1a de loi du 4 mars 2002 a été abrogé par une loi du 11 février 2005.

(200) Cass., 15 janvier 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 728, note G. GENICOT, *Pas.*, 2010, p. 184, *R.C.J.B.*, 2010, p. 507, note J. KIRKPATRICK, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14.622, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 230 ; Gand, 27 septembre 2007, *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 404, note T.V., *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 43, note G.G., *T.J.K.*, 2009, p. 356 (somm.) ; Mons, 28 octobre 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1091, note G. GENICOT ; Liège, 22 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1161, obs. G. GENICOT, *Rev. dr. santé*, 2009-2010, p. 215, note S. PANIS, *T.J.K.*, 2009, p. 355, *T.J.K.*, 2010, p. 246 ; Civ. Anvers, 23 avril 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 264, *Rev. dr. santé*, 2009-2010, p. 227, note S. PANIS ; Civ. Courtrai, 3 janvier 1989, *R.W.*, 1988-1989, p. 1171 ; comp. : Riom, 6 juillet 1989, *J.T.*, 1990, p. 643, obs. F. KÉFER ; Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, o.c., p. 173, n° 212. Il en est de même en cas d'échec d'une vasectomie : Mons, 28 octobre 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1091, note G. GENICOT, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1358 (err.), *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 234, note T. VANSWEEVELT.

(201) Cass., 5 juin 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, p. 821, *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 141, note T. VANSWEEVELT (condamnation d'un médecin ayant pratiqué un avortement contre la volonté de la femme enceinte) ; Anvers, 13 janvier 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 820, *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 132, note T. VANSWEEVELT ; Corr. Anvers, 23 février 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 820, *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 128, note T. VANSWEEVELT.

administrateur de la personne (art. 497/2, 19°)<sup>(202)</sup>. La loi pose des conditions tout à la fois rigoureuses et respectueuses de la maîtrise par la femme de son corps.

La principale condition est essentiellement subjective : la femme enceinte doit, en raison de son état, être placée dans une « situation de détresse »<sup>(203)</sup>. Certes la loi associe le médecin à l'appréciation de cette situation et de la « détermination » de la patiente, mais elle qualifie cette appréciation de « souveraine » (art. 350, al. 2, 2° *in fine*, C. pén.). Le sûr est qu'aucun autre tiers ne participe à la prise de décision. Le médecin peut refuser de pratiquer l'I.V.G. soit s'il est certain du non-respect de cette condition, soit s'il ne souhaite pas la pratiquer en invoquant une « clause de conscience » (art. 350, al. 2, 6°, C. pén.) et en réorientant rapidement la femme en détresse. Une fois pratiquée, l'I.V.G. fait l'objet d'une déclaration à une Commission fédérale d'évaluation, notamment à des fins de statistiques.

Outre la demande et la situation de détresse, des conditions de forme sont prévues, relativement souples pour une I.V.G. durant les 12 premières semaines de la grossesse, nettement plus strictes après ce délai :

- Si l'I.V.G. est antérieure à 12 semaines de grossesse (art. 350, al. 2, 1° à 3°, C. pén.), la demande est écrite et mentionne la « détermination » de faire procéder à une I.V.G., le jour même de l'intervention, celle-ci devant se situer au plus tôt 6 jours après une première consultation obligatoire. Seul un médecin peut pratiquer l'I.V.G. dans un établissement de soins approprié<sup>(204)</sup>. Il doit recueillir en colloque singulier le consentement éclairé de la femme, l'informer des risques médicaux actuels ou futurs liés à l'intervention et lui rappeler les diverses possibilités d'accueil de l'enfant à naître.
- Si l'I.V.G. est postérieure à 12 semaines de grossesse (art. 350, al. 2, 4°, C. pén.), s'ajoutent aux conditions de fond et de forme

(202) La demande d'I.V.G. n'est en revanche pas visée parmi les actes sur lesquels le juge de paix est appelé à se prononcer quant à la capacité de la personne (art. 492/1). En l'absence d'indication dans l'ordonnance prononçant une mesure de protection de la personne, celle-ci demeure capable de formuler la demande (art. 492/2). À propos de la femme enceinte devenue incapable d'exprimer sa volonté : C. LEMMENS, « Levenseindebeslissingen en zwangere vrouwen. Recht op zelfbepaling of dwingt de foetus tot naastenliefde ? », *o.c.*, p. 303.

(203) Pour une « précision » : *Doc. parl.*, Sén., S.E. 1988, n° 247/1, p. 9. Sur la notion d'état de détresse et les controverses auxquelles elle a donné lieu : H. NYS, *La médecine et le droit, o.c.*, pp. 177-180, n°s 428-436.

(204) Art. 350, al. 2, 1°, *b*), C. pén. : notion plus large qu'un hôpital, qui peut aussi englober certains centres privés. Un service d'information doit exister pour *accueillir* la femme enceinte et lui donner des *informations circonstanciées* sur les droits, aides et avantages légaux accordés aux familles, aux mères et à leurs enfants, ainsi que sur les possibilités d'adoption existantes. Une information en matière de *contraception* doit également être dispensée (art. 350, al. 2, 5°, C. pén.).

précitées deux conditions thérapeutiques : ou bien la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme<sup>(205)</sup>, ou bien il est certain que l'enfant à naître sera atteint d'une maladie particulièrement grave et reconnue comme incurable au moment du diagnostic. L'avis d'un second médecin est requis sans devoir être « conforme », de sorte qu'il n'est pas véritablement dérogé à la règle du colloque singulier. Aucun délai maximal de grossesse n'est prévu<sup>(206)</sup>.

Dans une perspective autonomiste, l'I.V.G. demeure accessible aux mineurs sans ou contre le consentement de leurs parents<sup>(207)</sup>, et aux femmes en couple sans le consentement de leur partenaire ou mari<sup>(208)</sup>, ni du père biologique.

**122. Loisirs dangereux, pratique sportive et dopage.** En soi, la pratique d'un loisir dangereux ou d'un sport susceptible de mettre en péril l'intégrité physique relève de la maîtrise du corps<sup>(209)</sup>. Toutefois, pour assurer une protection minimale des adeptes, de nombreuses pratiques sportives et certains loisirs sont réglementés quant à l'accès aux manifestations ou aux compétitions<sup>(210)</sup>, l'encadrement technique, la qualification des moniteurs, *etc.*

(205) Selon les travaux préparatoires, la santé s'entend au sens physique et mental, à l'exclusion, par exemple, d'un état de « détresse sociale » (*Doc. parl.*, Sén., S.E. 1988, n° 247/2, p. 152).

(206) Voy. : H. NYS, *La médecine et le droit*, o.c., p. 187, n° 457.

(207) C.A., 19 décembre 1991, n° 39/91, *T.B.P.*, 1992, p. 341, *J.T.*, 1992, p. 362, note Ph. COENRAETS, obs. S. VAN DROOGHENBROECK, in *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 61 (le principe d'égalité des Belges devant la loi n'exige pas que la mineure enceinte qui souhaite avorter consulte au préalable ses parents, ni que ceux-ci puissent saisir un tribunal). Voy. : J.-L. RENCHON, F. REUSENS et G. WILLEMS, « Le droit au respect de la vie privée dans les relations familiales, o.c. », pp. 162-163 ; M. VEYS, « Abortus bij minderjarige en wilsonbekwame patiënten : de rol van de Wet Patiëntenrechten en de noodtoestand », *Rev. dr. santé*, 2006-2007, p. 153. En France : D. DUVAL-ARNOULD, « Minorité et interruption volontaire de grossesse », *D.*, 1999, p. 471 ; M. REDON, « L'interruption volontaire de grossesse de la mineure ou l'exercice interposé du droit parental », *D.*, 2001, p. 1194.

(208) Cass., 14 décembre 2001, *Pas.*, 2001, p. 2129, concl. J. du JARDIN, *J.L.M.B.*, 2002, p. 532, obs. Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *J.T.*, 2002, p. 261, obs. C. TROUET, *R.G.D.C.*, 2002, p. 328, concl. J. du JARDIN, note C. TROUET, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.494, concl. J. du JARDIN, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 239, note J.-L. FAGNART, *J.L.M.B.*, 2003, pp. 8 et 32 (rapport d'activité de la Cour de cassation) (consentement du mari ; voy. aussi *infra*, n° 446, les répercussions en matière de divorce) ; Gand, 8 août 1992, *R.W.*, 1992-1993, p. 366, note T. BALTHAZAR, conf. par Civ. Gand, 7 août 1992, *R.W.*, 1992-1993, p. 370 (consentement du partenaire non marié).

(209) Voy. : D. CUYPERS et A. DE DONCKER, « Sportovereenkomsten en beschikking over het lichaam », in *Over zichzelf beschikken ? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood* (UFSIA-Centrum Grondslagen van het Recht éd.), Anvers, Maklu, 1996, p. 443.

(210) V. ASSOIGNON, « De strijd tegen doping op internationaal niveau. De oprichting van het World Anti-Doping Agency en de wijziging van de World Anti-Doping Code », *Sport & Recht*, 2008, p. 1370 ; M. BOES, « Dopingbestrijding in de Vlaamse Gemeenschap. Juridische aspecten », in *Liber amicorum Roger Blanpain*, Bruges, die Keure, 1998, p. 625 ; C. COOMANS, F. HENRICKX, J. MAESCHALCK et E. BUZZI, *Sportcodex 2007. Geannoteerde verzameling van alle reglementaire teksten in de Vlaamse Gemeenschap*, Bruges, die Keure, 2007 ; F. HENDRICKX, « Future Directions of EU Sports Law », in *The future of sports law in the European Union* (R. BLANPLAIN éd.), Bruxelles, Kluwer, 2008, p. 9 ;

Le dopage infecte certains sports. À l'instar de la consommation de drogue ou d'alcool<sup>(211)</sup>, la liberté de principe de disposer de son corps peut être limitée au nom de l'ordre public et du respect de la dignité humaine<sup>(212)</sup>. Plus prosaïquement, il faut assurer la loyauté des compétitions<sup>(213)</sup>.

**123. Tatouages, piercing et scarifications.** Tatouages, *piercings* et autres scarifications, s'ils sont socialement tolérés, ne constituent pas moins des atteintes irréversibles ou durables au corps commises par la personne elle-même ou par un tiers. En ce que rien ne justifie de les interdire, ils illustrent la maîtrise exercée par l'individu, majeur<sup>(214)</sup> et capable, sur son corps. Un tatouage fait partie intégrante du corps de la personne, dont la maîtrise limite le droit moral du tatoueur sur son œuvre, ainsi que la diffusion par celui-ci d'images qui rendraient la personne reconnaissable<sup>(215)</sup>.

L'arrêt royal du 25 novembre 2005 réglant les tatouages et les *piercings* impose un consentement écrit, donné au terme d'un délai de réflexion après que des informations détaillées sur les risques aient été fournies au client, et le respect des règles de l'art dans le chef du professionnel. Auparavant, la jurisprudence considérait que, à ces conditions, ils ne constituaient pas des lésions volontaires au sens des articles 392 à 398 du Code pénal<sup>(216)</sup>.

**124. Sadomasochisme.** Faut-il distinguer le régime juridique des scarifications et marques permanentes précitées de celui du sadomasochisme, parce que soit la douleur pourrait y être plus prononcée, soit s'y exprimerait une pratique sexuelle différente de celle d'une majorité de personnes ? Rien ne permet de l'affirmer au regard du droit des deux partenaires sexuels, majeurs et capables, à la maîtrise de leur corps.

X., « Doping in Brussel : afwezigheid van sanctie ? », *Sport & Recht*, 2005, p. 1050. Sur les spectacles (interdits) de « lancer de nain » : C.E. fr., 27 octobre 1995, *Rev. fr. dr. publ.*, 1996, p. 536, notes M. GROS et J.-C. FROMENT, *Rev. fr. dr. adm.*, 1995, p. 1204, concl. P. FRYDMAN, *A.J.D.A.*, 1995, p. 878, obs. J.-H. STAHL et D. CHAUVAUX, *D.*, 1996, jur., p. 177, note G. LEBRETON.

(211) Ou les concours d'ingurgitation d'aliments ou autres.

(212) La balance des intérêts se manifeste notamment dans le fait que selon la Cour de cassation, le dopage est sanctionné disciplinairement et non pénalement : Cass., 26 juin 2007, *Pas.*, 2007, p. 1343, *R.W.*, 2007-2008, p. 1607, *T. Strafr.*, 2007, p. 392, note. Comp. : Liège, 25 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1184.

(213) Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « La maîtrise de son corps par la personne », *o.c.*, p. 594, n° 20.

(214) A. NOTTET, « Les droits personnels du mineur », *o.c.*, p. 41 ; B. VAN KEIRSBlick, « Les mineurs d'âges ont-ils droit au 'piercing' ? », in *Autonomie du mineur et droit familial*, Bruxelles, Jeunesse et droit (éd.), 2002, p. 234 ; A. NOTTET, « Le consommateur mineur », *R.G.D.C.*, 2014, p. 46.

(215) Gand, 5 janvier 2009, *A. & M.*, 2009, p. 413, note, *Juristenkrant*, 2009, n° 183, p. 1, obs. J. DEENE, *T.G.R. - T.W.V.R.*, 2009, p. 112.

(216) Gand, 26 mars 1991, *R.W.*, 1991-1992, p. 406, note P. ARNOU.

La Cour européenne des droits de l'homme<sup>(217)</sup> énonce, à juste titre selon nous, que le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle qui sous-tend l'interprétation de l'article 8 de la Convention. L'on considérait antérieurement que la tolérance du droit face aux pratiques sexuelles entre majeurs consentants devait être large par respect dû à la vie privée, dont la sexualité était une composante des plus intimes<sup>(218)</sup>. Les pratiques sexuelles sont en effet un exercice de la maîtrise du corps, et dans leur forme sadomasochiste, elles appellent une réflexion sur les conditions et limites de cette maîtrise, en particulier la nécessité du consentement, la conformité à l'ordre public et le respect de la dignité humaine.

Ainsi, il existe un droit à choisir de rechercher le plaisir dans la douleur, mais ce droit n'est pas absolu. Contrairement aux *automutilations* à caractère sexuel, le sadomasochisme implique au moins deux personnes et offre donc prise à la répression pénale (coups et blessures volontaires), car le consentement de la victime n'est en principe pas élusif de culpabilité<sup>(219)</sup>.

Au vu des jurisprudences européenne et nationale, il convient d'opérer une distinction révélant une pondération fine des intérêts en présence :

- a) Les pratiques sadomasochistes *organisées ou relativement publiques* (prosélytisme, rémunération, etc.) sortent de la sphère intime et tombent sous l'emprise du droit pénal<sup>(220)</sup>.

(217) C.E.D.H., 17 février 2005, *J.T.*, 2005, p. 331, obs. F. KRENC, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 697, note M. DEMARET, *J.T.D.E.*, 2005, p. 95, R.W., 2006-2007, p. 1617, obs. W. VANDENHOLE, *T. Strafr.*, 2005, p. 426, note A. DIERICKX. Voy. en sens divers : J.-L. RENCHON, « La liberté sexuelle n'a-t-elle plus d'autre limite que la liberté sexuelle ? À propos de l'arrêt *K.A. et A.D. c/ Belgique* du 17 février 2005 de la C.E.D.H. », in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1309 ; J.-P. MARGUENAUD, « Sadomasochisme et autonomie personnelle », *o.c.*, p. 341 ; S. SOTTIAUX, « Straatsburg beschermt sadomasochisme », *Juristenkrant*, 2005, n° 105, p. 12 et « Ondanks afwijzing klacht Belgische sm-rechter. Straatsburg beschermt sadomasochisme », *o.c.*, n° 105, p. 12 ; M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.*, 2005, p. 2973 ; A. DIERICKX, « De strafrechtelijke benadering van sadomasochisme. Een commentaar naar aanleiding van het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 17 februari 2005 in de zaak *K.A. en A.D./België* », *o.c.*, p. 387. Dans la même affaire : Cass., 6 janvier 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 11, *Rev. dr. pén.*, 1999, p. 562, note A. DE NAUW, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 203, note G. GENICOT.

(218) En ce sens, à propos de la répression pénale de l'homosexualité : D. VAN GRUNDEBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, *o.c.*, pp. 112-119, n°s 142-149. Bien avant : J. BENTHAM, *Défense de la liberté sexuelle. Écrits sur l'homosexualité*, Paris, Éd. Mille et une nuits, 2004.

(219) Voy. : E. LANGENAKEN, « À propos de l'intervention du droit pénal dans les pratiques sexuelles minoritaires par-delà les consentements des partenaires », *Rev. dr. pén.*, 2003, p. 474. En France : J.-P. BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes*, *o.c.*, p. 353, n° 999 ; Ph. SALVAGE, « Le consentement en droit pénal », *Rev. sc. crim.*, 1991, p. 699.

(220) C.E.D.H., *Laskey, Jaggard & Brown c. Royaume-Uni*, arrêt du 19 février 1997, *CEDH*, 1997-I, p. 120, *Gaz. Pal.*, 23-24 juillet 1997, p. 20, *D.*, 1998, p. 97, note J.-M. LARRALDE, *Rev. trim. D. H.*, 1997, p. 733, obs. M. LEVINET (le caractère extrême des pratiques et la longueur de la période de

- b) Les pratiques *privées* relèvent désormais de l'autodétermination des partenaires. Le critère est devenu le consentement de la victime. Il a succédé au critère de la protection de la santé des protagonistes, et à celui plus antérieur de la moralité, ainsi qu'il apparaît d'une double évolution jurisprudentielle. D'abord, la Cour de cassation belge a reconnu le respect dû à la vie privée en matière sexuelle, mais légitimé l'intervention du droit pénal dans un but de protection d'une valeur d'ordre général, la *santé*. Elle a exclu non la culpabilité mais la peine « lorsqu(e les pratiques) ne sont pas de nature à porter atteinte à la santé de la personne qui les subit et qu'elles sont commises à l'égard d'une personne qui y consent légalement »<sup>(221)</sup>. Saisie par les protagonistes déclarés coupables, la Cour européenne des droits de l'homme a ensuite critiqué cette jurisprudence sans toutefois condamner la Belgique. Révisant un arrêt où elle préférait le critère de la protection de la santé à celui, plus abstrait, de la morale<sup>(222)</sup>, la Cour retient actuellement comme critère légitimant l'intervention du droit pénal la *volonté* de la victime, dont le droit à l'épanouissement sexuel autodéterminé doit être reconnu<sup>(223)</sup>. La Cour n'a en conséquence pas condamné la Belgique car, en l'espèce, les engagements des requérants visant à arrêter les pratiques dès que la victime n'y consentait plus n'ont pas été respectés (§ 85).

**124-1. Chirurgie transsexuelle.** Le transsexualisme, qui se définit comme la conviction inébranlable d'appartenir au sexe opposé et le désir corrélatif d'une transformation sexuelle<sup>(224)</sup>, a été traité précédemment sous l'angle de l'état civil (*supra*, n° 91).

Il n'est plus contesté aujourd'hui que le transsexualisme constitue un état médical, une pathologie, justifiant un traitement destiné à aider les personnes concernées, y compris au moyen d'interventions chirurgicales irréversibles (*supra*, n° 89)<sup>(225)</sup>. L'opération modifiant le sexe

---

commission, ainsi que leur degré d'organisation, ont conduit la Cour à ne pas juger disproportionnées les mesures répressives au sens de l'art. 8, § 2, C.E.D.H.).

(221) Cass., 6 janvier 1998, précité ; Anvers, 30 septembre 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 749 (conf. par l'arrêt précité de la Cour de cassation) ; comp. : Gand, 23 septembre 1997, *A.J.T.*, 1997-1998, p. 260, note P. ARNOU, *R.W.*, 1997-1998, p. 855, note A. VANDEPLAS.

(222) C.E.D.H., *Laskey, Jaggard & Brown c. Royaume-Uni*, arrêt du 19 février 1997, précité.

(223) Dans le même sens, évoquant l'institution du « fait justificatif » : M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *o.c.*, p. 2975.

(224) G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, *o.c.*, p. 533 ; F. LYN, P. ROMUALD, J.-M. WALTER, « Transsexualisme et droit européen », in *Sexe, sexualité et droits européens : Enjeux politiques et scientifiques dans libertés individuelles*, Paris, Ed. A. Pedone, 2007, p. 55.

(225) En ce sens : C.E.D.H., *Van Kück c. Allemagne*, arrêt du 12 juin 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 393 ; C.E.D.H., *Goodwin c. Royaume-Uni*, arrêt du 11 juillet 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 380, note, *Juristenkrant*, 2002, n° 55, p. 11, obs. W. VANDENHOLE, *NjW*, 2002, p. 494, *R.W.*, 2003-2004, p. 1194, note H. PANKEN.

échappe donc à toute une incrimination pénale pour coups et blessures pour autant que le transsexuel était sa conviction intime de ne pas (plus) appartenir au sexe mentionné sur son acte de naissance.

La demande de modification du sexe, au sens physique du terme, relève aussi de la maîtrise du corps et trouve sa source dans le droit à choisir de s'épanouir dans un corps conforme à son sexe réel, tel que défini précédemment par la convergence de plusieurs critères d'ordres divers.

### § 3. Protection de la dépouille mortelle

**125. Bibliographie.** B. BEIGNIER, « *Quasi fur*. Mort brutale et expertise génétique », *D.*, 2000, p. 620 ; P. BELHASSEN, *La crémation : le cadavre et la loi*, Paris, L.G.D.J., 1997 ; N. BROECKX, « Orgaantransplantatie », in *Handboek Gezondheidsrecht* (T. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS éd.), vol. II, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 1139 et s. ; B. CALAIS, « La mort et le droit », *D.*, 1985, p. 73 ; H. CAVAILLET, « Prélèvements et greffes », *Rev. trim. D. H.*, 2003, p. 567 ; S. DÉSIR, « L'exercice des droits de sépulture en Région wallonne », *Rev. dr. Ulg.*, 2012, p. 259 ; B. GOSSELIN, « L'autopsie médico-scientifique », in *Les lois « bioéthiques » à l'épreuve des faits. Réalités et perspectives* (B. FEUILLET-LE MINTIER éd.), Paris, P.U.F., 1999, p. 45 ; A. GUILLOTIN, « La dignité du mourant », in *Éthique, droit et dignité de la personne. Mélanges Christian Bolze*, Paris, Economica, 1999, p. 317 ; A. LORENT, « Les funérailles et la sépulture », *Rev. not. belge*, 1975, p. 218 ; B. PORTNOI, « Quoi de neuf du côté des morts ? », *Gaz. Pal.*, 2-3 juillet 1997, p. 2 ; B. PORTNOI, « À propos de la définition légale de la mort », *Gaz. Pal.*, 1988, p. 300 ; E. PUTMAN, « Après la mort », *D.*, 1991, p. 241 ; J. SAVATIER, « *Et in hora mortis nostrae*. Le problème des greffes d'organes prélevés sur un cadavre », *D.-S.*, 1968, p. 89 ; F. TAINMONT, « Bref aperçu de la jurisprudence relative à l'organisation des funérailles et au choix du lieu de sépulture », *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 306 ; J.-M. VAN BOL, « Les funérailles et les sépultures », *Rép. not.*, t. XIV, l. XII, Bruxelles, Larcier, 2003 ; A. VANDEWIELE, « Bepalingen inzake de lijkbezorging », *T. Not.*, 2006, p. 59 ; L. WEYTS, « Le carnet de décès », in *Le service notarial : réflexions critiques et prospectives. Colloque en hommage à Michel Grégoire*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 323 ; J.-C. WOOG, « Le sort des cendres », *Gaz. Pal.*, 14-17 juillet 1999, doctr., p. 26.

#### I. Droit d'exiger le respect de la dépouille mortelle

**126. Titularité du droit.** La dépouille mortelle est une chose, au sens juridique, chargée de souvenir et digne d'un respect<sup>(226)</sup> légitimant que ses utilisations<sup>(227)</sup> soient régulées par la loi.

(226) Dans le même sens : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 8<sup>e</sup> éd., o.c., n<sup>o</sup> 458.

(227) Le qualificatif « sacré » peut prêter à confusion et manquer de précision juridique (en ce sens pourtant : T.G.I. Paris (réf.), 21 avril 2009, *J.C.P.*, 2009, n<sup>o</sup> 18 et n<sup>o</sup> 25 (interdiction d'exposer des corps humains plastinés) ; T.G.I. Lille, 10 novembre 2004, *D.*, 2005, p. 930, note X. LABBÉE (condamnation

La protection – matérielle – de la dépouille mortelle<sup>(228)</sup>, à distinguer de celle – plus morale – de la mémoire du défunt (*supra*, n° 103), est du ressort des proches de la personne décédée en vertu d'un droit propre. Ces « proches » ne sont pas nécessairement ses héritiers, car la vocation successorale est sans lien avec l'aptitude à défendre la personnalité du défunt.

Le droit au respect de la dépouille mortelle s'exprime dans diverses réglementations qui révèlent que ce droit de la personnalité, comme d'autres, comporte un volet protectionnel (ex. : autopsies) et un volet autonomiste (ex. : funérailles et sépultures<sup>(229)</sup>, prélèvement d'organes).

**127. Autopsies.** Les proches du défunt auront plus ou moins le droit de s'opposer à une autopsie selon l'intérêt particulier ou général en jeu.

- Une *autopsie de police* est diligentée à la requête du procureur du Roi en cas de mort violente ou dont la cause est inconnue et suspecte (art. 44 C.i.cr.). Les proches ne peuvent s'y opposer, mais sont autorisés à voir le corps du défunt au moment où le magistrat le décide (art. 44, al. 4, C.i.cr., réd. L. du 12 mars 1998)<sup>(230)</sup>. Le décès d'un enfant n'ayant pas atteint l'âge de 18 mois donne lieu à une autopsie quasi obligatoire : les parents ou l'un d'eux peuvent s'y opposer<sup>(231)</sup>, mais le certificat de décès ne portera la mention « mort subite » que si une attestation est présentée (art. 7, L. du 26 mars 2003). Les non-dits de cette loi rangent cet examen parmi les autopsies de police<sup>(232)</sup>.

de la municipalité pour avoir vidé une sépulture de sa dépouille et l'avoir mêlée définitivement à d'autres dans un ossuaire).

(228) Pour une synthèse : Cl. LOMBOIS, « De l'autre côté de la vie », *o.c.*, p. 295.

(229) Le délit de *profanation de sépulture* (art. 453 C. pén.) relève du volet protectionnel. Voy. : Corr. Nivelles, 4 février 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1067. En France : Corr. Arras, 27 octobre 1998, *J.C.P.*, 2000, I, 255, *D.*, 1999, p. 511, note X. LABBÉE ; A. DE NAUW et F. KUTY, « La violation de tombeaux ou de sépulture », in *Manuel de droit pénal spécial* (A. DE NAUW et F. KUTY éd.), Malines, Kluwer, 2014, p. 588.

(230) En cas de mort violente, même sans ouverture d'une procédure pénale, l'inhumation est précédée d'un procès-verbal relatant l'état du cadavre et les circonstances du décès (art. 81 ; *supra*, nos 21 et 52). Voy. : M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2009, p. 314 ; Bruxelles, 27 juin 2011, *Juristenkrant*, 2012, p. 4 (inapplicabilité du référé pénal en cas de saisie d'un cadavre pour autopsie).

(231) Parmi les actes insusceptibles de représentation et d'assistance par l'administrateur de la personne figure le droit de refuser une autopsie sur son enfant de moins de 18 mois (art. 497/2, 22<sup>o</sup> jo art. 5 L. 26 mars 2003 réglementant la pratique de l'autopsie après le décès inopiné et médicalement inexpliqué d'un enfant de moins de 18 mois). Si les deux parents sont décédés ou que le juge constate que les parents ne sont pas capables d'exercer ce droit (art. 492/2, § 1<sup>er</sup>), le tuteur de l'enfant exerce le droit, en associant le plus possible les parents protégés (art. 5 L. 26 mars 2003 réglementant la pratique de l'autopsie après le décès inopiné et médicalement inexpliqué d'un enfant de moins de 18 mois).

(232) *Doc. parl.*, Sén., sess. 2001-2002, n° 2-409/4, p. 3. La loi est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2007. L'A.R. du 27 avril 2007 précise les modalités notamment du soutien psychologique des parents et de la famille.

- Une *autopsie judiciaire* à des fins d'expertise peut être demandée par les proches<sup>(233)</sup>. Peut-elle l'être par un tiers, par exemple un assureur, contre la volonté des proches ?<sup>(234)</sup> Cette question, controversée, appelle une réponse négative si seuls des intérêts privés sont en jeu, le droit des proches primant l'intérêt du tiers<sup>(235)</sup>.
- Une *autopsie scientifique* suppose l'accord des proches même si le décès est intervenu en milieu hospitalier (universitaire)<sup>(236)</sup>. Le « don de son corps à la science » relève de l'autonomie du (futur) défunt à l'égard de sa dépouille mortelle.

## 2. Liberté de disposer de sa dépouille mortelle

**128. Funérailles et sépultures.** La loi du 20 juillet 1971, dont les dispositions ont été transférées, en Région Wallonne, dans le Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation<sup>(237)</sup>, réglemente les cimetières et les établissements de crémation, ainsi que les procédures d'inhumation ou d'incinération dans un souci de garantir la salubrité publique et d'assurer le respect dû aux défunts<sup>(238)</sup>. Elle laisse un important espace à la volonté du défunt qui seul nous retiendra<sup>(239)</sup>.

(233) Civ. Charleroi, 13 mars 1987, *J.T.*, 1987, p. 316. Voy. : G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, o.c., pp. 677 et s.

(234) Voy. : J. PETIT, « Kunnen familieleden zich tegen een autopsie verzetten ? », *VI. T. Gez.*, 1983-1984, p. 109.

(235) Dans le même sens : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 369 ; C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal. Recht en het nader gebruik van cellen en weefsels*, o.c., p. 149, n° 254. En matière d'assurances, la jurisprudence autorise l'autopsie dans la branche « accidents de travail », d'ordre public (Gand, 21 décembre 1994, *DA/OR*, 1997, n° 41, p. 73, note G.L. BALLON ; C. trav. Mons (réf.), 18 mai 1981, *R.D.S.*, 1981, p. 427), mais non dans la branche « vie » ou « responsabilité civile » (Civ. Anvers (réf.), 29 juin 1977, *R.W.*, 1977-1978, col. 1890). En matière de *filiation* touchant aux droits fondamentaux (art. 8 C.E.D.H.), la jurisprudence accède aux demandes d'exhumation à des fins de prélèvement, ce qui n'est pas une autopsie au sens strict (*infra*, n° 623).

(236) J.-M. VAN BOL, « Les funérailles et les sépultures », o.c., n° 76. En France : B. GOSSELIN, « L'autopsie médico-scientifique », in *Les lois « bioéthiques » à l'épreuve des faits. Réalités et perspectives* (B. FEUILLET-LE MINTIER éd.), Paris, P.U.F., 1999, p. 45 ; *contra*, à tort : Civ. Louvain, 25 novembre 1986, *Pas.*, 1987, III, p. 34, *R.G.D.C.*, 1987, p. 75.

(237) Décret du 6 mars 2009. Un décret du 16 janvier 2004, modifié par un décret du 28 mars 2014, réglemente la matière en Région flamande (voy. P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., nos 362 et s.), tandis que la Région de Bruxelles-Capitale régit cette matière par une ordonnance du 13 décembre 2007, modifiée par ordonnances du 3 février 2011 et du 3 avril 2014. En Communauté germanophone : décret du 14 février 2011.

(238) Sur les rapports entre cette loi et l'art. 315 C. pén. : Cass., 5 décembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 559. Sur les conflits relatifs à la concession funéraire après le divorce : Gand, 11 septembre 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 675.

(239) Voy. aussi *supra*, n° 51, les développements consacrés à l'acte de décès. Sur l'ensemble de la question : A. PATINY, *Guide du Guichetier – Funérailles et sépultures*, Bruges, Vanden Broele, 2012 ; J.-M. VAN BOL, « Les funérailles et sépultures », o.c., nos 64 et s. ; A. VANDEWIELE, « Bepalingen inzake de lijkbezorging », *T. Not.*, 2006, p. 59 ; S. DÉsir, « L'exercice des droits de sépulture en Région wallonne », *Rev. dr. Ulg.*, 2012, p. 259.

Toute personne a le droit, de son vivant, de prendre des dispositions relatives à ses funérailles et à sa sépulture, sachant que, dans l'intérêt général, les modes de sépulture sont limités à l'inhumation, la dispersion des cendres ou leur conservation après crémation ainsi qu'à un éventuel autre mode de sépulture fixé par le Gouvernement wallon (L1232-17, § 1<sup>er</sup>, CDLD)<sup>(240)</sup>. La loi assure la concrétisation de cette volonté : soit la personne en informe par écrit l'officier de l'état civil de sa commune (L1232-17, § 2, CDLD), soit elle consigne cette volonté dans un testament (L1232-23, § 2, CDLD)<sup>(241)</sup>, soit elle s'en remet à la « personne qualifiée pour pourvoir au règlement des funérailles » (L1232-17, § 2, al. 4, CDLD).

Le droit d'organiser ses funérailles est un droit de personnalité qui ne se transmet pas selon les règles de dévolution des biens (*supra*, n° 103)<sup>(242)</sup>. À défaut de dispositions prises, des proches assurent le respect de ce droit non exercé par le défunt. La personne qualifiée est en général le conjoint survivant, mais si d'autres proches, tel le partenaire non marié survivant<sup>(243)</sup>, prétendent témoigner plus fidèlement de la volonté du défunt, le juge de paix arbitrera le conflit (L1232-17, § 2, al. 4, CDLD et 591, 7° C. jud.)<sup>(244)</sup>. L'inhumation étant la règle (L1232-17, CDLD et L1232-22, CDLD *jo. art. 77 C. civ.*), la crémation requiert

(240) Liège, 24 novembre 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 258 ; Civ. Namur, 12 janvier 1996, *J.T.*, 1996, p. 176. En France, le Conseil d'État a rendu un arrêt interdisant la cryogénéisation, enjoignant de faire cesser la situation irrégulière créée par l'absence d'inhumation et de crématoire d'un corps congelé (C.E. fr., 6 janvier 2006, *D.*, 2006, p. 1875, *A.J.D.A.*, 2006, p. 757, note L. BURGORGUE-LARSEN).

(241) Anvers, 14 décembre 1998, *R.G.D.C.*, 2002, p. 251. *Adde* : Cass., 3 juillet 1899, *Pas.*, 1899, I, p. 318, concl. MESDACH de ter KIELE.

(242) F. TAINMONT, « Bref aperçu de la jurisprudence relative à l'organisation des funérailles et au choix du lieu de sépulture », *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 306.

(243) La loi du 20 septembre 1998 modifiant la loi du 20 juillet 1971 sur les funérailles et sépultures, aujourd'hui intégrée dans le Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation, en a tenu compte en prescrivant (L1232-7) que « pour les personnes qui au moment du décès de l'une d'elles constituaient un ménage de fait, une concession peut être demandée par le survivant ». Voy. : Civ. Anvers (réf.), 26 février 1987, *R.G.D.C.*, 1987, p. 76 (partenaire homosexuel).

(244) Les litiges portent également sur le lieu des funérailles et de la sépulture : Civ. Namur, 23 janvier 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1210 (somm.) (conflit entre les parents d'un jeune enfant) ; Civ. Namur, 10 septembre 2003, *J.T.*, 2003, p. 888 (primauté au conjoint) ; Anvers, 4 octobre 1999, *R.W.*, 2001-2002, p. 636, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 529 (somm.) (fiancé préféré à la mère du défunt) ; Anvers, 14 décembre 1998, *R.G.D.C.*, 2002, p. 251 (fils de la défunte, cohabitant avec celle-ci) ; Civ. Charleroi (réf.), 13 juillet 1998, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1093 (somm.) (parents d'accueil préférés aux parents légaux) ; Civ. Liège (réf.), 24 avril 1998, *J.L.M.B.*, 2000, p. 813, *R.G.D.C.*, 2000, p. 559, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 302, note F. TAINMONT (veuve préférée aux parents et beaux-parents du défunt) ; Civ. Liège (réf.), 27 mars 1998, *Pas.*, 1997, III, p. 45, *J.L.M.B.*, 2000, p. 809, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 297, note (enfant préféré à la compagne et au conjoint survivant) ; Civ. Liège (réf.), 13 décembre 1991, *Pas.*, 1992, III, p. 36, *J.L.M.B.*, 1992, p. 960 (cohabitant préféré au conjoint survivant) ; Civ. Bruxelles (réf.), 7 décembre 1983, *J.T.*, 1984, p. 283 (fille du défunt préférée au conjoint survivant). Pour plus de détails : J.-M. VAN BOL, « Les funérailles et les sépultures », *o.c.*, nos 85 et s. ; F. TAINMONT, « Droits successoraux extra-patrimoniaux et patrimoniaux du conjoint et du cohabitant », in *Différenciation ou convergence des statuts juridiques du couple marié et du couple non marié ? Droit belge et français*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2005, p. 245.

l'autorisation de l'officier de l'état civil (L1232-22, § 1<sup>er</sup>, CDLD)<sup>(245)</sup>, laquelle est suspendue en cas de suspicion de mort violente, suspecte ou de cause inconnue (L1232-24, § 2, CDLD).

Le législateur a également permis la remise des cendres aux proches « pour être conservées à un endroit autre que le cimetière », sur demande expresse du défunt ou des parents d'un enfant mineur, voire d'un fœtus pouvant être incinéré (L1232-26, § 2, 3<sup>o</sup>, CDLD)<sup>(246)</sup>. La jurisprudence française donne un mauvais avant-goût des effets d'une déférence trop rapide du système juridique à une demande pouvant ne pas être propice au travail de deuil, surtout celui d'un enfant mineur<sup>(247)</sup>.

Par contre, le législateur a fait preuve d'humanité en adaptant la réglementation relative au décès de l'*enfant mort-né* (L. du 27 avril 1999). L'enfant qui a fait l'objet d'un acte de « déclaration d'enfant sans vie » (*supra*, n<sup>o</sup> 48) est doté d'une sépulture<sup>(248)</sup>. Dans chacune des entités fédérées du pays, ceux qui n'ont pu bénéficier de cet acte pour être nés morts avant l'expiration du 6<sup>e</sup> mois de grossesse peuvent néanmoins être inhumés ou incinérés si les parents le souhaitent (*supra*, n<sup>o</sup> 53)<sup>(249)</sup>.

**129. Prélèvement d'organes, tissus ou cellules post mortem.** Les prélèvements d'organes, tissus ou cellules sur des personnes décédées sont nettement plus fréquents que sur des personnes vivantes, encore que la frontière entre la vie et la mort soit ténue car l'idéal est de prélever des organes vivants d'une personne en état de mort cérébrale. La loi du 13 juin 1986, modifiée par les lois du 19 décembre 2008 et du 3 juillet 2012, permet un prélèvement dans de telles circonstances ; elle le facilite même, dans l'intérêt général<sup>(250)</sup>.

(245) Un testament porteur de la volonté du défunt peut valoir demande d'autorisation (L1232-23, § 1<sup>er</sup>, CDLD).

(246) Comme s'il le regrettrait, le législateur confie au Gouvernement wallon le soin de poser les limites et espère que « s'il est mis fin à la conservation des cendres à un endroit autre que le cimetière, les cendres sont transférées par le proche qui en assure la conservation ou par ses héritiers en cas de décès de celui-ci, dans un cimetière pour y être inhumées, placées dans un columbarium ou dispersées ».

(247) Plus restrictif, à juste titre : C.E.D.H., *Ell Polubas Dödsbo c. Suède*, arrêt du 17 janvier 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 705. Comp. : Montpellier, 23 novembre 2001, *Dr. fam.*, 2003, n<sup>o</sup> 93, note B. BEIGNIER ; Douai, 7 juillet 1998, *J.C.P.*, 1998, II, 10173, note X. LABBÉE, *Dr. fam.*, 1998, n<sup>o</sup> 176, note B. BEIGNIER ; Paris, 27 mars 1998, *J.C.P.*, 1998, II, 10113, note Th. GARÉ, *D.*, 1998, p. 383, note Ph. MALAURIE, *J.C.P.*, 1999, I, 149, obs. B. TEYSSIÉ, *Rev. trim. dr. civ.*, 1998, p. 655, obs. J. HAUSER.

(248) J.-M. VAN BOL, « Les funérailles et sépultures », *o.c.*, n<sup>o</sup> 16, c).

(249) Art. L1232-2, § 4, CDLD ; art. 15<sup>ter</sup>, réd. Ord. du 13 décembre 2007 ; art. 16, § 1<sup>er</sup> du décret germanophone du 14 février 2011 ; art. 15, § 2 du décret flamand du 16 janvier 2004, réd. D. du 28 mars 2014. Antérieurement : circ. min. du 9 septembre 1991, *M.B.*, 25 septembre 1991 ; A. DE WOLF, « De rechtspositie van het doodgeboren kind en zijn ouder(s) », *o.c.*, p. 209 ; J.-M. VAN BOL, « Les funérailles et les sépultures », *o.c.*, n<sup>o</sup> 20, b).

(250) Pour une bibliographie générale, voy. *supra*, n<sup>o</sup> 117 et N. BROECKX, « Organtransplantatie », *o.c.*, pp. 1188 et s.

Plusieurs conditions du prélèvement et de la transplantation ont déjà été décrites (buts thérapeutique et de transplantation<sup>(251)</sup>, absence de lucre – *supra*, n° 117). Seuls sont candidats-receveurs les citoyens belges ou domiciliés en Belgique depuis 6 mois ou les citoyens d'un État qui partage le même organisme d'allocation d'organes (ou ceux qui y sont domiciliés depuis 6 mois) (art. 13<sup>ter</sup>)<sup>(252)</sup>.

La particularité du prélèvement *post mortem* concerne le consentement du donneur, présumé dans le chef de tout citoyen belge<sup>(253)</sup> décédé (art. 10, § 1<sup>er</sup>). Celui qui veut s'opposer au prélèvement doit donc le faire de son vivant par des moyens adéquats. Ce système dit « *opting out* » ouvre une brèche dans la maîtrise du corps, mais celle-ci est légitimée à la fois par l'extinction du droit du défunt à la maîtrise de son corps et par l'utilité sociale<sup>(254)</sup>. Les personnes peuvent également manifester une volonté expresse que leurs organes soient prélevés après décès (art. 10, § 2<sup>bis</sup> et § 3<sup>ter</sup>, réd. L. du 3 juillet 2012)<sup>(255)</sup>, afin de réduire les difficultés liées à l'opposition au prélèvement pouvant être formulée (*de facto*) par les proches du donneur lorsque celui-ci n'avait de son vivant exprimé aucune volonté en ce sens<sup>(256)</sup>.

L'opposition de la personne au prélèvement de ses organes après sa mort emprunte différentes voies. La personne capable de manifester sa volonté<sup>(257)</sup> peut exprimer son opposition au prélèvement (art. 10, § 2) par le biais d'un formulaire daté et signé, enregistré auprès de la commune du lieu de résidence du donneur (art. 10, § 3 et § 4, 1° et art. 1<sup>er</sup> à 3 de l'A.R. du 30 octobre 1986). Le médecin qui envisage d'effectuer le prélèvement doit désormais s'informer de l'existence d'une opposition exprimée par le donneur potentiel (art. 10, § 1<sup>er</sup>)<sup>(258)</sup>.

(251) Par arrêté royal, inexistant à ce jour, la loi pourra être étendue au prélèvement après le décès en vue de la *préparation de moyens thérapeutiques* indispensables au traitement de maladies ou de déficiences graves (art. 2).

(252) Conforme aux art. 10 et 11 de la Const. : C. const., 24 avril 2008, n° 75/2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 766, *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 137, note A.V.

(253) Pour des raisons d'information, la loi ne s'applique pas aux étrangers non inscrits depuis plus de 6 mois dans les registres de la population (Bruxelles, 29 novembre 2005, *J.T.*, 2006, p. 198 ; Civ. Bruxelles, 15 mars 2002, *Rev. dr. santé*, 2002-2003, p. 327). Ils doivent exprimer un consentement (« *opting in* »).

(254) Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « La maîtrise de son corps par la personne », *o.c.*, p. 596, n° 34. Comp. la transposition inappropriée de ce système au prélèvement de matériel humain à des fins de recherche, *supra*, n° 117-1.

(255) La détermination de la forme dans laquelle ce consentement exprès doit être exprimé a été déléguée au Roi, qui n'a pas fait usage de cette possibilité (art. 10, § 3<sup>ter</sup>).

(256) Voy., N. BROECKX, « Organtransplantatie », *o.c.*, p. 1205.

(257) La loi organise la représentation des incapables et des mineurs (art. 10, § 2, al. 2-4). Voy. : A. NOTTET, « Les droits personnels du mineur », *o.c.*, p. 41.

(258) Au contraire, en cas d'absence d'enregistrement de la déclaration d'opposition auprès de la commune de la résidence du donneur, cette opposition ne sera opposable au médecin que si elle lui a été communiquée (art. 10, § 4, 2°). La charge de la preuve appartient alors à la partie affirmant que le

Pour les personnes sous protection judiciaire mais capables de manifester leur volonté, le juge décide de leur capacité à consentir à un prélèvement d'organes (art. 492/1, § 1<sup>er</sup>, 17<sup>o</sup>). En l'absence d'indication, la personne protégée est capable de donner son consentement. À défaut, les personnes incapables agissent par leur représentant légal (art. 10, § 2)<sup>(259)</sup>.

À juste titre<sup>(260)</sup>, une opposition formulée après le décès par un « proche » ne tient plus en échec le droit du médecin de prélever un organe *post mortem* (art. 10, § 4, al. 2, 3<sup>o</sup>, abrogé par L. du 25 février 2007)<sup>(261)</sup>.

Le prélèvement *post mortem* ne peut être effectué qu'après la constatation du décès par trois médecins<sup>(262)</sup>, à l'exclusion de ceux qui traitent le receveur ou qui effectueront le prélèvement ou la transplantation. Ces médecins se fondent « sur l'état le plus récent de la science », manière subtile de légitimer le prélèvement dès le constat de mort cérébrale (art. 11). Le prélèvement des organes et la suture du corps doivent s'effectuer dans le respect de la dépouille mortelle et en ménageant les sentiments de la famille (art. 12). Les identités du donneur et du receveur ne peuvent être communiquées (art. 4*bis*, réd. L. du 3 juillet 2012).

## SECTION 4

### Droit au respect de la vie privée

**130. Bibliographie.** R. BADINTER, « Le droit au respect de la vie privée », *J.C.P.*, 1968, I, 2136 ; P. DE HERT, *Art. 8 E.V.R.M. en het Belgisch recht. De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gand, Mys & Breesch, 1998 ; B. DOCQUIR et A. PUTTEMANS (éd.), *Actualités du droit de la vie privée*, Bruxelles, Bruylant,

médecin devait avoir connaissance de l'opposition du donneur : N. BROECKX, « Orgaantransplantatie », *o.c.*, p. 1202.

(259) L'opposition exprimée pour un mineur par ses représentants légaux et actée par les services du Registre national des personnes physiques expire à la majorité (art. 10, § 3*bis*).

(260) Rappr. notre 1<sup>ère</sup> édition, n° 129, p. 125. Notre critique du droit antérieur provenait du fait qu'en pratique, la démarche du médecin s'inversait : il sollicitait une « autorisation » des proches. Voy. aussi : S. OTTEN et R. WILMOTTE, « Le droit à la libre disposition de son corps – l'opposition du conjoint au prélèvement d'organes », *Rev. dr. ULg*, 2004, p. 286. *Adde* : G. GENICOT, *Le droit médical et biomédical*, *o.c.*, p. 742, note 513.

(261) Il semble néanmoins que les proches du candidat-donneur peuvent encore tenter de faire échec au système dit de l' *opting out* en exprimant *in extremis* au médecin, au moment du décès, la prétendue opposition verbale du défunt formulée avant sa mort (N. BROECKX, « Orgaantransplantatie », *o.c.*, pp. 1193 et 1194).

(262) La directive 2010/53/UE du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2010 relative aux normes de qualité et de sécurité des organes humains destinés à la transplantation, transposée sur ce point par l'arrêté royal du 10 novembre 2012, a instauré une « fonction de coordination locale des donneurs », dont tout hôpital au sein duquel il est procédé au prélèvement d'organes chez un donneur décédé doit disposer (art. 4 A.R. du 10 novembre 2012). La fonction ainsi créée regroupe un ensemble d'activités destinées à assurer dans un hôpital général le support local du prélèvement d'organes en cas de don chez un donneur décédé (art. 2). Une association «prélèvement et transplantation d'organes» agréée est chargée d'assurer cette fonction (art. 1<sup>er</sup> et 3 A.R. du 10 novembre 2012).

2008 ; E. GULDIX, *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het privé-leven in hun onderling verband*, Thèse, V.U.B., 1986 ; M. ISGOUR, « Examen de la jurisprudence européenne récente en matière de droit à l'image des personnes physiques et d'image de marque des personnes morales », in *Les droits de la personnalité*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 47 et s ; P. KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit : protection du secret de la vie privée*, Paris, Economica, 1995 ; F. KÉFER, « La vie personnelle du salarié », in *Les droits de la personnalité* (J.-L. RENCHON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 197 et s. ; E. LANGENAKEN, « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », *R.G.D.C.*, 2011, pp. 427 et s. ; F. OMRANI, « La vie privée du travailleur », in *Les droits de la personnalité*, Limal, Anthemis, 2013, p. 99 ; J.-L. RENCHON, F. REUSENS et G. WILLEMS, « Le droit au respect de la vie privée dans les relations familiales », in *Les droits de la personnalité* (J.-L. RENCHON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 131 et s. ; F. RIGAUX, « Protection de la vie privée », *R.P.D.B.*, compl. t. IX, Bruxelles, Bruylant, 2004 ; F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, 1990 ; F. SUDRE (éd.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005 ; D. VAN GRUNDERBEECK, « Het recht van gedetineerden op het ontstaan, het behoud en de ontwikkeling van een familie- en gezinsleven en hun recht om te huwen », in *Vrijheden en vrijheidsbeneming* (E. BREMS e.a. éd.), Anvers, Intersentia, 2005, p. 189 ; J.-M. VAN GYSEGHEM, « La loi dite 'vie privée' du 8 décembre 1992 : la transversalité en évolution », in *Droits de la personnalité*, Limal, Anthemis, 2013, p. 9 ; J. VELU, *Le droit au respect de la vie privée*, Namur, Presses Universitaires de Namur, 1974 ; V. VERBRUGGEN, *Protection des données à caractère personnel (Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel)*, Bruxelles, Larcier, 2011.

## § I. Généralités

**131. Notion. Sources. Division.** Difficile à définir parce que fluctuante au gré des conceptions sociales et personnelles, la vie privée s'entend tout d'abord, de manière compréhensive, comme l'ensemble des aspects de la personnalité connus, outre de l'intéressé lui-même, d'un cercle restreint de personnes avec qui il entretient des contacts étroits et fréquents, cercle qui varie en fonction du milieu dans lequel il évolue<sup>(263)</sup>.

On peut aussi décrire la vie privée par son contenu et rendre compte de l'élargissement constant du champ de sa protection. Elle comprend actuellement l'identité, le domicile<sup>(264)</sup>, la vie familiale et conjugale,

(263) E. GULDIX, in G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHULDEN et S. BROUWERS, « Personen- en familierecht (1995-2000) – Overzicht van rechtspraak », *T.P.R.*, 2001, p. 1606, n° 67 ; P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 14<sup>e</sup> éd., o.c., n° 389.

(264) Cass., 8 septembre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 378. La jurisprudence donne une portée toujours plus large au concept de « lieu privé » protégé par ce droit. Ainsi en est-il de la *résidence secondaire* (C.E.D.H., *Fägerskiöld c. Suède*, arrêt du 26 février 2008, *Amén.*, 2008, p. 281, obs. F. HAUMONT) et du *véhicule* (Cass. fr. (crim.), 12 avril 2005, *Gaz. Pal.*, 28-29 octobre 2005, p. 11, note Y. MONNET).

les souvenirs personnels, la santé<sup>(265)</sup>, la vie sexuelle (*supra*, n° 124) et l'orientation sexuelle<sup>(266)</sup>, les relations amoureuses, les loisirs, les opinions ou activités politiques, philosophiques ou religieuses<sup>(267)</sup>, la filiation, l'origine ethnique, la fortune<sup>(268)</sup>, ainsi que certains aspects de la vie professionnelle<sup>(269)</sup>. Au départ réservé aux personnes physiques, un droit au respect de la vie privée est reconnu aux personnes morales, notamment en ce qui concerne la protection des secrets d'affaires<sup>(270)</sup>.

Mère des autres droits de la personnalité<sup>(271)</sup>, la vie privée est protégée par la loi, que la jurisprudence complète d'une riche casuistique. À la frontière des libertés publiques<sup>(272)</sup>, elle n'est pas garantie en tant que telle par le Code civil<sup>(273)</sup> mais par la Convention européenne des

(265) C.E.D.H., *Armonas c. Lituanie*, arrêt du 25 novembre 2008, *T. Strafr.*, 2009, p. 35, obs. P. DE HERT, A. HOEFMANS et S. VANDROMME ; C.E.D.H., *M.S. c. Suède*, arrêt du 27 août 1997, *R.W.*, 1998-1999, p. 510, *D.*, 2000, p. 521, note I. LAURENT-MERLE ; C.E.D.H., *Z. c. Finlande*, arrêt du 25 février 1997, *CEDH*, 1997-I, p. 323, *Rev. dr. santé*, 1997-1998, p. 314, note S. CALLENS, *Rev. dr. pén.*, 1998, p. 311, note S. VAN DROOGHENBROECK. *Données et dossiers médicaux* : S. CALLENS, *Goed geregeld ? Het gebruik van medische gegevens voor onderzoek*, Anvers, Maklu, 1995 ; G. GENICOT, *Le droit médical et biomédical, o.c.*, pp. 246 et s. ; J. HERVEG, *La protection des données du patient dans l'hôpital*, Malines, Kluwer, 2009. *Certificats médicaux* : Cass., 7 mars 2002, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 921, *R.G.D.C.*, 2003, p. 54, note B. ALLEMEERSCH, *Rev. dr. santé*, 2002-2003, p. 85, note W. DIJKHOFFZ, *J.T.*, 2003, p. 290, obs. I. MASSIN ; Cass., 19 janvier 2001, *Pas.*, 2001, p. 138, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 135, note I. MASSIN, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 416, note S. BROUWERS, *T. Not.*, 2001, p. 228, *J.T.*, 2002, p. 9, *R.G.D.C.*, 2003, p. 54, note B. ALLEMEERSCH ; I. MASSIN, « La délivrance de certificats médicaux à un tiers au regard du secret professionnel », *Rev. dr. santé*, 2003-2004, p. 162 ; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical, o.c.*, pp. 230 et s. *Assurance-vie* : art. 95 L. du 25 juin 1992 ; P. LUCAS, « Le secret professionnel du médecin vis-à-vis de l'assurance privée », *Rev. dr. U.L.B.*, 2000, p. 63 ; M. VINCINEAU, « Assurances et vie privée. Du vide légal à l'illicite », *Rev. b. dr. intern.*, 1994, p. 479.

(266) Gand, 12 juin 2001, *R.G.D.C.*, 2003, p. 305, note S. SOTTIAUX, *A. & M.*, 2002, p. 169 (homosexualité d'un chanteur).

(267) Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 6 mars 2001, *D.*, 2002, p. 248, note C. DUVERT (situation adultérine d'une ex-épouse au regard du droit musulman).

(268) C.E.D.H., *Fressoz et Roire c. France*, arrêt du 21 janvier 1999, *J.T.*, 1999, p. 188, note P. LAMBERT, *J.C.P.*, 1999, I, 149, obs. B. TEYSSIÉ, *Rev. trim. D. H.*, 1999, p. 673, obs. C. BIGOT, *D.*, 1999 (somm.), p. 272, obs. N. FRICERO, *R.W.*, 2000-2001, p. 1180 (copies de déclarations fiscales) ; Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 30 mai 2000, *J.C.P.*, 2001, II, 10524, note B. MONTELS (situation de fortune d'un artiste) ; F. DEBOISSY et J.-C. SAINT-PAU, « La divulgation d'une information patrimoniale (à propos de l'affaire Calvet) », *D.*, 2000, p. 267.

(269) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes, o.c.*, p. 57, n° 43 ; *contra* : B. TEYSSIÉ, *Les personnes*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2003, p. 54, n° 38 et la note 205.

(270) C. const., 19 septembre 2007, n° 118/2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 63, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1498, *R.A.B.G.*, 2008, p. 382, note S. JOCHEMS, *T.B.P.*, 2008, p. 299.

(271) Sur l'histoire de la vie privée-privacy : F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, o.c.*, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 13 et s. et pp. 27 et s., et l'article fondateur : S.D. WARREN et L.D. BRANDEIS, « The right of privacy », *Harvard Law Review*, 1890, p. 193.

(272) Voy. et comp. : O. DE SCHUTTER, « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *Rev. trim. D. H.*, 1999, pp. 840 et s.

(273) Comp. en France : art. 9 C. civ. Voy. toutefois : art. 675-680 (vues sur le voisinage) ; art. 1270 C. jud. (non-publicité des débats en matière de divorce).

droits de l'homme (art. 8)<sup>(274)</sup>, la Constitution (art. 22, 22bis)<sup>(275)</sup> et le Code pénal (art. 439, 458, 442bis, 561, 1°, etc.). En sens inverse, plusieurs normes de haut rang limitent la vie privée, dans un intérêt sécuritaire (art. 259bis, § 5, C. pén.) ou pour assurer la liberté de l'information (art. 10 C.E.D.H.). Elles doivent demeurer proportionnées à l'objectif qu'elles poursuivent (art. 8, § 2, C.E.D.H.).

Des lois particulières adaptent la protection de la vie privée aux nouvelles technologies et à l'accumulation des données personnelles dans des fichiers pouvant être croisés<sup>(276)</sup>. C'est que la vie privée est de plus en plus exposée dans une société de la communication où l'intime fait vendre (ex. : presse « *people* ») et où l'exposition consentie sur les sites internet est difficilement réversible (ex. : réseaux sociaux). Les flux d'informations rapides et dématérialisées compliquent la prévention ou la répression des atteintes à la vie privée ainsi que le retrait d'éléments dévoilés de la vie privée, d'où la nécessité d'une adaptation inventive de ses sanctions par la jurisprudence. Le droit français est éclairant en cette matière, à la fois parce que la protection de la vie privée est inscrite dans le Code civil (art. 9) et parce que la casuistique y est plus variée.

Après avoir rappelé les caractéristiques du droit à la vie privée, nous exposerons ses limites et ses sanctions, avant les lois particulières qui témoignent de son adaptation à divers phénomènes sociaux récents.

**132. Caractéristiques.** Le droit au respect de la vie privée possède les principales caractéristiques des droits de la personnalité.

- La protection de la vie privée présente un double aspect. D'une part, elle donne un droit de s'opposer aux ingérences commises par des particuliers ou par l'autorité<sup>(277)</sup> ; la vie privée pouvant être invoquée abusivement<sup>(278)</sup>, le rôle du droit sera d'arbitrer les intérêts en

(274) Sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de vie privée (au sens strict) : P. DE HERT, *Art. 8 E.V.R.M. en het Belgisch recht. De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gand, Mys & Breesch, 1998, pp. 57 et s. ; K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu : attention aux chiens de garde*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 272-279, n°s 351-364. Sur la perte de netteté de la distinction entre vie privée et familiale : E. GULDIX, in G. BAETEMAN (e.a.), « Personen- en familierecht (1995-2000) – Overzicht van rechtspraak », o.c., p. 1609, n° 75 et les réf. cit ; P. AUVRET, « L'équilibre entre la liberté de la presse et le respect de la vie privée selon la Cour européenne des droits de l'homme », *Gaz. Pal.*, 10-12 avril 2005, p. 2 ; F. SUDRE, « Rapport introductif. La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie privée », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (F. SUDRE éd.), Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 11.

(275) *Adde* : art. 15 (domicile) et 29 (correspondance).

(276) Ex. : loi sur les traitements de données à caractère personnel (*infra*, n° 140), loi sur les écoutes téléphoniques (*infra*, n° 144), réglementation du registre national des personnes physiques (*supra*, n° 61).

(277) Ex. : violation de domicile : Cass., 21 avril 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 471 (ne constitue pas une violation de domicile le contrôle des chambrées de militaires par leurs supérieurs).

(278) Ex. : vidéosurveillance des lieux publics, secret médical et assurance-vie.

présence et parfois de faire prévaloir l'intérêt général. D'autre part, elle est disponible et permet à l'individu de moduler la divulgation d'éléments de sa vie privée, fût-ce à des fins commerciales ; à nouveau, il faudra pondérer les intérêts en présence, au rang desquels figure le droit à l'information.

- La protection de la vie privée obéit à un principe de spécialité, de sorte que l'on pourra s'opposer à un usage de renseignements divulgués non conforme à celui qui a été expressément convenu<sup>(279)</sup>.
- La protection de la vie privée est intransmissible au décès mais rémanente : les proches du défunt (*supra*, n° 103) exercent en nom propre un droit au respect de la mémoire du disparu<sup>(280)</sup>. Le droit à la vie privée des patients décédés est protégé par la loi qui réglemente l'accès à leurs données médicales<sup>(281)</sup>.

## § 2. Sanctions

**133. Réparation et prévention du dommage.** Droit (subjectif) de la personnalité, le droit au respect de la vie privée oblige celui qui le méconnaît à réparer le dommage causé à la victime, en principe dans le respect du droit commun de la responsabilité quasi délictuelle. On enseigne toutefois qu'il n'est pas nécessaire d'établir une faute dans le chef de l'auteur de la violation. Le constat de l'ingérence dans la vie privée suffit à fonder la demande de réparation, à tout le moins du dommage moral<sup>(282)</sup>. Les

(279) Comm. Bruxelles (réf.), 12 juillet 1996, *D.C.C.R.*, 1996, p. 351, note F. DOMONT-NAERT, *J.T.*, 1998, p. 744 (utilisation des données d'immatriculation des véhicules).

(280) En ce sens not. : Civ. Namur, 17 novembre 1997, *Journ. proc.*, 1997, n° 337, p. 29, *J.L.M.B.*, 1998, p. 781, obs. A. STROWEL, A. & M., 1998, p. 269, *J.T.*, 1998, p. 187 (mention d'une condamnation pénale de la victime accidentellement décédée) ; Civ. Bruxelles, 12 mars 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1015, *R.G.D.C.*, 1997, p. 130, A. & M., 1996, p. 449, note F. RINGELHEIM, *Journ. proc.*, 1996, n° 306, p. 26 (légende accompagnant la photographie d'un homme politique assassiné). En France : Cass. fr. (1<sup>ère</sup> civ.), 15 février 2005, *D.*, 2005, IR, p. 597 ; Cass. fr. (1<sup>ère</sup> civ.), 14 décembre 1999, *J.C.P.*, 2000, II, 10241, concl. PETIT, *D.*, 2000, p. 372, note B. BEIGNIER, *D.*, 2000, p. 266 (somm.), obs. A. LEPAGE, L. MARINO et C. CARON (divulgaration de l'état de santé d'un président de la république décédé) ; Cass. fr. (crim.), 20 octobre 1998, *D.*, 1998, I.R., p. 265, *D.*, 1999, p. 106, note B. BEIGNIER, *Gaz. Pal.*, 19-20 mars 1999, p. 17 (somm.) ; Metz, 12 avril 2000, *D.*, 2000, p. 817, note S. HOCQUET-BERG (publication de la photographie d'un enfant mineur).

(281) La loi du 22 août 2002 confirme le droit du patient au respect de sa vie privée (art. 10). Elle organise la protection de son dossier médical après le décès en posant les conditions de sa consultation par des proches du défunt (art. 9, § 4 ; G. GENICOT, *Le droit médical et biomédical*, o.c., pp. 258 et s. ; J. HERVEG, « Une vie privée après la mort ? Le cas des données relatives au patient », *J.T.*, 2005, p. 489). D'autres instruments juridiques protègent la confidentialité des données relatives au patient, de son vivant et après son décès (ex. : art. 10, § 2, L. du 8 décembre 1992 ; voy. : J. HERVEG, *La protection des données du patient dans l'hôpital*, o.c.)

(282) Civ. Liège, 12 décembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 819. En France : art. 9 C. civ. ; Cass. fr. (1<sup>ère</sup> civ.), 5 novembre 1996, *J.C.P.*, 1997, II, 22805, note J. RAVANAS, *D.*, 1997, p. 403, note S. LAULOM, *Gaz. Pal.*, 1997, panor., p. 169 (publication révélant la vie sentimentale d'une princesse). En ce sens, avec plus ou moins de nuances : H. BOCKEN, « Nog iets over inbreuk op recht », in *Liber Amicorum Walter Van Gerven*, Anvers, Kluwer, 2000, pp. 183 et s. ; E. GULDIX et A. WYLLEMAN, « De positie

divulgations non autorisées peuvent ainsi être sanctionnées même si les informations sont correctes<sup>(283)</sup>. Le dommage, moral et/ou matériel, est de plus en plus généreusement indemnisé<sup>(284)</sup>.

La jurisprudence applique d'autres sanctions, mieux adaptées à la nature souvent irréversible du dommage. Si l'action en cessation des immixtions ne pose aucun problème de principe, même en référé, les actions préventives dirigées contre les organes de presse méritent une attention particulière en raison de l'interdiction constitutionnelle de la censure (art. 25 Const.)<sup>(285)</sup>. Le juge ne prononcera une telle mesure qu'après avoir pesé tous les intérêts en présence, particulièrement le droit du diffuseur de l'information à la liberté d'expression (art. 10 C.E.D.H.). Les actions en cessation sont ordonnées au fond ou en référé selon l'urgence, avec ou sans astreinte. Elles varient de l'interdiction de publication, radicale et proche de la censure<sup>(286)</sup>, à l'interdiction de diffusion<sup>(287)</sup> ou de poursuite de la vente, le cas échéant avec saisie des invendus (livre, revue, film, clichés, *etc.*)<sup>(288)</sup> ou altération du medium (suppression ou modification de passages, occultation de visages, *etc.*)<sup>(289)</sup>.

---

en de handhaving van persoonslijksrechten in het Belgisch privaatrecht », *T.P.R.*, 1999, pp. 1632 et s., n<sup>os</sup> 25 et s. ; E. LANGENAKEN, « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », *o.c.*, pp. 427 et s. ; K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu : attention aux chiens de garde*, *o.c.*, pp. 248-249, n<sup>o</sup> 312 et pp. 370-376, n<sup>os</sup> 507-515. *Contra* : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n<sup>o</sup> 400. (283) Dans le cas contraire, il peut y avoir en outre atteinte au droit à l'honneur ou diffamation.

(284) Civ. Bruxelles, 28 octobre 1999, *A. & M.*, 2000, p. 113, note S.-P. DE COSTER, *R.G.A.R.*, 2001, n<sup>o</sup> 13.340, note ; comp. : Bruxelles, 3 avril 2003, *A. & M.*, 2003, p. 303, note F.J. Pour un relevé des montants (violation de divers droits de la personnalité) et des réflexions sur leur inflation et la notion de « peine privée » : E. GULDIX, in G. BAETEMAN (e.a.), « Personen- en familierecht (1995-2000) – Overzicht van rechtspraak », *o.c.*, pp. 1701-1705, n<sup>os</sup> 212-214 ; K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu : attention aux chiens de garde*, *o.c.*, pp. 397-398, n<sup>os</sup> 557-558.

(285) Pour une application (interdiction préventive de diffusion) : Cass., 2 juin 2006, *Pas.*, 2006, p. 1302, *A. & M.*, 2006, p. 355, concl. DE KOSTER, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1403, note F. JONGEN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 75. Pour plus de détails ; K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu : attention aux chiens de garde*, *o.c.*, pp. 307 et s.

(286) Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 14 décembre 1999, *J.C.P.*, 2000, II, 10241, concl. PETIT, *D.*, 2000, I.R., p. 40, *Gaz. Pal.*, 2000, panor., p. 24, *D.*, 2000, p. 372, note B. BEIGNIER, *D.*, 2000, p. 266 (somm.), obs. A. LEPAGE, L. MARINO et C. CARON (interdiction provisoire, puis définitive de l'ouvrage *Le grand secret* relatif à l'état de santé du président F. Mitterrand) – dans cette affaire, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France sur la base de l'art. 10 C.E.D.H. pour le maintien de l'interdiction de diffusion au-delà de la procédure en référé (C.E.D.H., *Plon (société) c. France*, arrêt du 18 mai 2004, *D.*, 2004, p. 1643, note, *J.C.P.*, 2004, 248) ; T.G.I. Nanterre (réf.), 2 août 1996, *D.*, 1998, p. 79, note J.-Y. DUPEUX (interdiction de publication de photographies) ; Toulouse, 15 janvier 1991, *D.*, 1991, p. 600, note J. RAVANAS (interdiction de diffusion d'un film).

(287) Sur la distinction entre interdiction de publication et de diffusion : E. GULDIX, in G. BAETEMAN (e.a.), « Personen- en familierecht (1995-2000) – Overzicht van rechtspraak », *T.P.R.*, 2001, p. 1672, n<sup>o</sup> 162.

(288) Anvers, 4 novembre 1999, *A. & M.*, 2000, p. 89, *R.W.*, 2000-2001, p. 1457, note (interdiction de diffusion) ; Bruxelles (réf.), 8 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1046 (retrait de la vente et interdiction de distribuer des exemplaires).

(289) Bruxelles, 27 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 768, obs. F. JONGEN (occultation du nom dans une émission de télévision). En France : T.G.I. Paris (réf.), 22 septembre 1995, *J.T.*, 1996, p. 195, note A. STROWEL, *Journ. proc.*, 1995, n<sup>o</sup> 289, p. 28, note S. DUFRÈNE (interdiction de distribution d'un

En plus de ces sanctions du droit subjectif, certaines violations de la vie privée sont réprimées pénalement (ex. : secret professionnel – art. 458-459 C. pén. ; perquisition irrégulière – art. 148 C. pén. ; reproduction par la voie de la presse des débats judiciaires relatifs à une demande en divorce – art. 1270 C. jud.).

**134. Publication du jugement. Droit de réponse.** Le juge qui constate l'atteinte au droit au respect de la vie privée peut ordonner la publication de sa décision<sup>(290)</sup> ou d'un communiqué sous la même forme que la divulgation critiquée<sup>(291)</sup>.

Le droit de réponse (L. du 23 juin 1961 ; L. du 4 mars 1977)<sup>(292)</sup> est une réaction médiatique qui n'exige pas la preuve de la violation d'un droit de la personnalité, mais dont la forme et le contenu sont sévèrement réglementés pour ne pas en faire une tribune aggravant la situation<sup>(293)</sup>.

La personne citée nommément ou implicitement dans un « écrit périodique<sup>(294)</sup> » ou dans une « émission, édition ou programme audiovisuels à caractère périodique », mais non dans un média internet<sup>(295)</sup>, a le droit de requérir dans un délai bref<sup>(296)</sup> l'insertion ou la diffusion gratuite d'une réponse<sup>(297)</sup>. En presse écrite, il n'est pas requis que l'écrit contienne une attaque, une critique ou une imputation quelconque à charge du requérant, ni qu'il lui cause un préjudice<sup>(298)</sup>. En presse audiovisuelle, le

tirage sans les suppressions de passages ordonnées) ; Paris, 9 novembre 1979, *D.*, 1981, p. 109 (suppression de séquences d'un film).

(290) Civ. Bruxelles, 16 décembre 1997, *Journ. proc.*, 1998, n° 341, p. 24, obs. F. JONGEN, A. & M., 1998, p. 260. Pour un aperçu des modalités : E. GULDIX, in G. BAETEMAN (e.a.), « Personen- en familierecht (1995-2000) – Overzicht van rechtspraak », o.c., pp. 1706-1708, n° 218.

(291) Paris, 19 juin 1998, *D.*, 1998, I.R., p. 204, *J.C.P.*, 1999, I, 149, obs. B. TEYSSIE ; T.G.I. Paris, 26 mars 1997, A. & M., 1997, p. 321, note D. VOORHOOF.

(292) Région flamande : Décr. du 4 mars 2005. Communauté germanophone : Décr. du 27 juin 2005 renvoyant à la loi fédérale. Voy. : P. DOCQUIR, « Le 'droit de réponse 2.0' ou la tentation d'un droit subjectif d'accès à la tribune médiatique », *Rev. dr. U.L.B.*, 2007, p. 289 ; F. JONGEN, « Le droit de réponse dans la presse et l'audiovisuel », in *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias* (A. STROWEL et F. TULKENS éd.), Bruxelles, Larcier, 1998, p. 512 et « L'intervention du juge dans l'exercice du droit de réponse », *R.C.J.B.*, 2001, p. 273 ; H. JACQUEMIN, E. MONTERO et S. PIRLOT de CORBION, « Le droit de réponse dans les médias », *R.D.T.I.*, 2007, p. 31 ; K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu : attention aux chiens de garde*, o.c., pp. 446-458.

(293) Liège, 6 octobre 1999, A. & M., 2000, p. 94 (tract joint). Pour un aperçu de la jurisprudence : E. GULDIX, in G. BAETEMAN (e.a.), « Personen- en familierecht (1995-2000) – Overzicht van rechtspraak », o.c., pp. 1680-1689, nos 171-186. Sur la procédure : J. ENGLEBERT, « La demande de diffusion d'une réponse dans la presse audiovisuelle (loi du 23 juin 1961). Questions de procédure », in *Les actions en cessation* (J.-F. VAN DROOGHENBROECK éd.), Bruxelles, Larcier, 2006, p. 403.

(294) Et non dans un livre : Civ. Bruxelles, 14 décembre 1993, *A.J.T.*, 1994-1995, p. 70, obs. D. VOORHOOF.

(295) Civ. Bruxelles, 9 décembre 2008, A. & M., 2009, p. 453 ; Corr. Bruxelles, 14 novembre 2007, *J.T.*, 2008, p. 198.

(296) Bruxelles, 30 mai 1996, A. & M., 1997, p. 79 ; Civ. Bruxelles (réf.), 29 avril 1998, *Journ. proc.*, 14 mai 1999, n° 371, p. 27, obs. F. JONGEN.

(297) Gand, 23 octobre 2003, *NjW*, 2004, p. 275 (l'éditeur doit fournir la preuve de l'insertion).

(298) Cass., 14 octobre 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 188. Sur la distinction entre droit de réponse et action en responsabilité civile : Civ. Bruxelles (réf.), 9 décembre 2008, A. & M., 2009, p. 453 ; Civ. Namur,

demandeur doit justifier d'un intérêt personnel et la réponse doit tendre à rectifier un ou plusieurs éléments de fait erronés ou à répondre à une ou plusieurs atteintes à son honneur<sup>(299)</sup>, sans excéder ce cadre, notamment en demandant le droit de participer à un débat<sup>(300)</sup>.

**135. Irrecevabilité des preuves en justice. Nullité partielle des contrats.** L'exigence de loyauté dans le débat judiciaire et l'intérêt général s'opposent à ce que la preuve soit administrée par des modes attentatoires à la vie privée, sauf exceptions légales ou jurisprudentielles, notamment en matière de divorce (*infra*, n° 469). Les preuves obtenues en violation du droit au respect de la vie privée doivent être écartées des débats<sup>(301)</sup>.

De manière fonctionnellement comparable, une atteinte au droit au respect de la vie privée par une clause contractuelle peut emporter la nullité de la clause (ou du contrat) ou, à un stade litigieux ultérieur, le refus par la juridiction saisie d'en ordonner l'exécution<sup>(302)</sup>.

### § 3. Restrictions

**136. Pondération législative ou jurisprudentielle des intérêts en présence.** Plus que la maîtrise du corps, garante de l'autodétermination, la protection de la vie privée revêt une dimension sociétale et entre en concurrence avec d'autres droits, libertés ou valeurs, tels que la sécurité publique<sup>(303)</sup>, le droit à la vérité judiciaire ou à l'information<sup>(304)</sup>. Les intérêts divergents seront appréciés soit *in concreto* quand une personne se plaint d'une immixtion dans sa vie privée contre une autre qui se prévaut de sa liberté d'expression<sup>(305)</sup>, soit *in abstracto* quand le législateur édicte des normes empiétant sur le domaine privé<sup>(306)</sup>, ou si celles-ci

5 février 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 801.

(299) Civ. Bruxelles (réf.), 12 février 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 955, obs. D. VOORHOOF, A. & M., 1999, p. 93 ; Civ. Bruxelles (réf.), 2 octobre 1997, A. & M., 1999, p. 90, note F. JONGEN ; Civ. Bruxelles (réf.), 10 septembre 1997, *Journ. proc.*, 1997, n° 335, p. 23, obs. F. JONGEN, *J.L.M.B.*, 1999, p. 893.

(300) Civ. Bruxelles (réf.), 28 janvier 2009, A. & M., 2009, p. 444.

(301) Cass., 28 février 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 235 (repérage de communications téléphoniques) ; Liège, 25 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1184 (dopage sportif ; violation du secret médical) ; Liège, 29 janvier 1996, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 346 (photographies prises à l'insu d'une personne). Voy. : Th. AFSCHRIFT, *Traité de la preuve en droit fiscal*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2004, n°s 257-258.

(302) Civ. Bruxelles, 6 avril 1976, *Pas.*, 1976, III, p. 51 (clause visant à permettre de recueillir la preuve d'un adultère par des moyens illégaux).

(303) Mons, 2 mai 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1055 (vidéosurveillance dans un espace public).

(304) Cass. fr. (1<sup>ère</sup> civ.), 16 mai 2006, *D.*, 2006, p. 1565, note ; Civ. Namur, 17 novembre 1997, *Journ. proc.*, 1997, n° 337, p. 29.

(305) Conflit « inter-droits de type externe » selon la formule et l'analyse de S. VAN DROOGHENBROECK (« Conflits entre droits fondamentaux, pondération des intérêts : fausses pistes (?) et vrais problèmes », *o.c.*, p. 303, n° 7).

(306) Ex. : détectives privés – L. du 19 juillet 1991.

sont critiquées au regard de normes supérieures ou internationales<sup>(307)</sup>. Dans une société démocratique, ces intérêts doivent être conciliés plutôt que hiérarchisés<sup>(308)</sup>, afin que les atteintes éventuelles à la vie privée demeurent raisonnables, tout comme celles à la liberté d'expression<sup>(309)</sup>.

La Cour européenne des droits de l'homme pratique cette méthode de résolution des conflits notamment lorsqu'elle apprécie des ingérences dans le droit au respect de la vie privée (art. 8 C.E.D.H.) au regard de la liberté d'expression, en particulier celle des médias (art. 10 C.E.D.H.). Elle considère que la protection de la vie privée par le droit national peut constituer une « loi » au sens du second paragraphe de l'article 10 de la Convention, apte à limiter la liberté d'expression dans un but légitime et de manière proportionnée<sup>(310)</sup>.

La jurisprudence nationale ne procède pas autrement dans les cas les plus flagrants d'ingérences médiatiques dans la vie privée, et parvient à fonder une mesure préventive pouvant passer pour une « censure » (modification du support, interdiction de publication). Est qualifiée de « loi » au sens du second paragraphe de l'article 10 de la C.E.D.H., la combinaison de la jurisprudence protectrice de la vie privée avec d'autres dispositions légales, tels les articles 22 et 144 de la Constitution, l'article 1382 du Code civil, les articles 584 et 1039 du Code judiciaire et, bien entendu, les articles 8 de la C.E.D.H. et 19 du Pacte relatif aux droits civils et politiques<sup>(311)</sup>. Après avoir vérifié *in concreto* que cette « loi »

(307) Sur la conformité – critiquable – du constat d'adultère (art. 1016bis C. jud.) à l'art. 8 C.E.D.H., voy. *infra*, n° 464.

(308) En ce sens : E. GULDIX, in G. BAETEMAN (e.a.), « Personen- en familierecht (1995-2000) – Overzicht van rechtspraak », o.c., pp. 1669-1672, n°s 160-161 ; M. ISGOUR, « Examen de la jurisprudence européenne récente en matière de droit à l'image des personnes physiques et d'image de marque des personnes morales », o.c., pp. 53 et s. ; K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu : attention aux chiens de garde*, o.c., p. 123, n° 132 ; comp. : S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droits fondamentaux et marge nationale d'appréciation », *J.T.D.E.*, 1999, p. 164 et « Conflits entre droits fondamentaux, pondération des intérêts : fausses pistes (?) et vrais problèmes », o.c., p. 299. En France : Chr. BIGOT, « Protection des droits de la personnalité et liberté d'information », *D.*, 1998, p. 238.

(309) Rappr. : art. 17 C.E.D.H. ; S. VAN DROOGHENBROECK, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable ? », *Rev. trim. D. H.*, 2001, p. 541.

(310) Not. : C.E.D.H., *Almeida Leitaõ Bento Fernandes c. Portugal*, arrêt du 12 mars 2015, *T. Strafr.*, 2015, p. 158 ; C.E.D.H., *Wegrzynowski et Smolczeuski c. Pologne*, arrêt du 16 juillet 2013, *A. & M.*, 2014, p. 49, *Juristenkrant*, 2013, p. 1 ; C.E.D.H., *Putistin c. Ukraine*, arrêt du 21 novembre 2013, *Juristenkrant*, 2013, p. 280 ; C.E.D.H. (gr. ch.), *Lindon, Otchakovskiy-Laurens et July c. France*, arrêt du 22 octobre 2007, *A. & M.*, 2007, p. 605, obs. D. VOORHOOF, *NjW*, 2007, p. 889, note E. BREWAEYS, *Rev. dr. pén.*, 2008, p. 384, note T. HOCHMANN, *R. W.*, 2009-2010, p. 339, obs. E. MAES ; C.E.D.H., *Von Hannover c. Allemagne*, arrêt du 24 juin 2004, *A. & M.*, 2004, p. 353, obs. D. VOORHOOF, *Journ. proc.*, 2005, n° 495, p. 21, obs. F. JONGEN, *NjW*, 2004, p. 1131, note EvB, *Rev. trim. dr. civ.*, 2004, p. 802, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; C.E.D.H., *De Haes et Gijsels c. Belgique*, arrêt du 24 février 1997, *CEDH*, 1997-I, p. 198, *J.T.D.E.*, 1997, p. 93, *Journ. proc.*, 1997, n° 323, p. 26, note P. LAMBERT, *Rev. trim. D. H.*, 1998, p. 571, obs. P. DE FONTBRESSIN ; C.E.D.H., *Kruslin c. France*, arrêt du 24 avril 1990, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 176-A, § 29 ;

(311) En France, l'art. 9 du C. civ. permet aux juges de prescrire toutes mesures, telles que le séquestre, la saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée.

poursuit un but légitime et peut être considérée comme nécessaire dans une société démocratique, la jurisprudence s'autorise à limiter de manière proportionnée la liberté d'expression du diffuseur d'information<sup>(312)</sup>.

À l'inverse et de manière moins spectaculaire, la jurisprudence valide au nom du droit à la liberté d'expression certaines intrusions dans la vie privée, c'est-à-dire des ingérences au sens du second paragraphe de l'article 8 de la Convention<sup>(313)</sup>.

Le même type de raisonnement est suivi pour justifier pareilles décisions dans le domaine du droit à l'image (*infra*, n<sup>os</sup> 147-148).

**137-139. (suite). Synthèse. Renvoi.** Le propos de la présente édition étant centré sur les droits de la personnalité protecteurs de la vie et de l'intégrité physique, nous renvoyons le lecteur à l'édition précédente et aux contributions spécialisées pour approfondir les limites légales et jurisprudentielles de la vie privée, dont la mise en œuvre contraignante appelle la pondération d'intérêts décrite ci-dessus.

En synthèse, ces limites touchent au premier chef les *personnes publiques*, pour lesquelles le droit à la vie privée et le droit à l'oubli doivent être pondérés avec le droit à l'information et l'intérêt général (politiciens, leaders d'opinion, chefs spirituels, familles régnantes, dirigeants d'entreprise, acteurs, chanteurs, sportifs, sujets de journalisme d'investigation, prévenus, victimes, personnes en litige, leurs avocats, *etc.*). Même pour ces personnes, certains aspects de la vie privée, telles la vie affective, sexuelle ou l'orientation sexuelle bénéficient d'une protection renforcée.

(312) Cass., 2 juin 2006, *Pas.*, 2006, p. 1302, *A. & M.*, 2006, p. 355, concl. DE KOSTER, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1403, note F. JONGEN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 75 ; Cass., 29 juin 2000, *Pas.*, 2000, p. 1222, *A. & M.*, 2000, p. 443, note E. BREWAEYS, *Journ. proc.*, 2000, n° 398, p. 24, obs. F. TULKENS et A. STROWEL, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1589, obs. F. JONGEN (vie privée d'un magistrat) ; Bruxelles, 27 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 768, obs. F. JONGEN ; Civ. Bruxelles (réf.), 6 novembre 1996, *Journ. proc.*, 1996, n° 316, p. 26, obs. F. JONGEN (vie privée d'un candidat acquéreur d'immeuble) ; Civ. Bruxelles (réf.), 5 février 1997, *A. & M.*, 1997, p. 200, note M. HANOTIAU, *J.L.M.B.*, 1997, p. 317, *Journ. proc.*, 1999, n° 366, p. 24, obs. F. JONGEN (notes personnelles d'un magistrat auditionné par une commission d'enquête). Dans le même sens, en France : Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 9 juillet 2003, *J.C.P.*, 2003, II, 10139, note J. RAVANAS, *Gaz. Pal.*, 10-11 octobre 2003, p. 18, note D. AMSON (publication en feuillet du récit de la disparition mystérieuse d'une famille). Pour plus de détails : O. DE THEUX, « À propos du fondement juridique des mesures de censure en matière de presse audiovisuelle », *Journ. proc.*, 2001, n° 427, p. 15 et n° 428, p. 20 ; K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu : attention aux chiens de garde, o.c.*, pp. 334 et s., n<sup>os</sup> 457 et s. ; P. MARTENS, « Un juge peut-il être censeur ? », *A. & M.*, 2003, p. 343.

(313) Civ. Liège (réf.), 20 février 2008, *A. & M.*, 2008, p. 325, *J.L.M.B.*, 2008, p. 803 (autorisation de diffusion, après visionnage de l'émission enregistrée en chambre du conseil) ; Civ. Liège (réf.), 12 janvier 1999, *A. & M.*, 1999, p. 287, note S.-P. DE COSTER, *J.L.M.B.*, 1999, p. 915 (refus d'interdiction de publication à la demande des sœurs d'une personne prévenue de crime). Rapp. : Civ. Dendermonde (réf.), 27 novembre 2001, *A. & M.*, 2002, p. 87 (refus de restriction de diffusion d'une émission télévisée sur le seul fondement de l'art. 19 Const.). En France : Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 23 avril 2003 (2 espèces), *D.*, 2003, p. 1854, note Ch. BIGOT, *Gaz. Pal.*, 30-31 juillet 2003, p. 2, note D. AMSON, *D.*, 2003, p. 1539 (somm.), obs. A. LEPAGE, *J.C.P.*, 2003, II, 10085, note J. RAVANAS (aventure extraconjugale et divorce d'une personne publique).

Les acteurs d'une procédure judiciaire peuvent également subir des restrictions proportionnées de leur vie privée pour favoriser la recherche de la vérité judiciaire<sup>(314)</sup> (expertise A.D.N., expertise sanguine sous contrainte, constat d'adultère, perquisitions, écoutes téléphoniques, *etc*) ou préserver la loyauté du débat judiciaire (publicité) ainsi que le droit à l'information (médiatisation *vs.* droit à l'oubli). Dans la balance d'intérêts, au respect de la vie privée s'ajoute celui de la présomption d'innocence.

La vie privée doit composer avec les exigences de l'exercice de la profession et du milieu professionnel<sup>(315)</sup>, dans l'intérêt de l'organisation professionnelle (planification du travail, productivité) et dans l'intérêt général (devoir de réserve d'agents publics, obligations domiciliaires, transparence et bonne foi lors de l'embauche, protection contre certains motifs de licenciement, médecine du travail, contrôle des chômeurs, usage des moyens de communication à des fins privées, secret de la correspondance au travail, vidéosurveillance, filatures, *etc.*)

Enfin la vie privée et la *liberté de religion* sont parfois atteintes par des normes restrictives édictées pour servir d'autres intérêts, telles la liberté de culte ou la sécurité (liberté de mariage dans le réseau d'enseignement confessionnel, ornementation religieuse dans les lieux publics, incidence des pratiques religieuses dans l'accès à des fonctions publiques, régulation du port de signes religieux sur les lieux de travail, dans les lieux d'enseignement ou dans les lieux publics, port de signes religieux sur les documents d'identité, port en public de vêtements masquants).

## § 4. Réglementations particulières

### I. Protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel

**140. Domaine d'application.** La loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel marque une étape dans la prise de conscience par le système juridique des dangers de l'informatisation des très nombreuses organisations dépositaires de données en rapport avec la vie privée<sup>(316)</sup>. Elle

(314) Voy. à propos des litiges familiaux : J. LARUELLE, « Vie privée des (ex-)partenaires affectifs *versus* droit à la preuve », *R.G.D.C.*, 2013, p. 118.

(315) Récemment : F. OMRANI, « La vie privée du travailleur », in *Les droits de la personnalité*, Limal, Anthemis, 2013, p. 99.

(316) Voy. : M.-H. BOULANGER, C. DE TERWANGNE et Th. LÉONARD, « La protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel. La loi du 8 décembre 1992 », *J.T.*, 1993, p. 369 ; D. DE BOT, « Verwerking van persoonsgegevens », *R.W.*, 2002-2003, p. 1640 et (avec J. DUMORTIER) « Wet Persoonsgegevens », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, feuillets mobiles ; E. DEGRAVE, « L'article 22 de la Constitution et les traitements de données à caractère

constitue un modèle de pondération des intérêts en présence et d'adaptabilité aux technologies évolutives pour lesquelles elle a été conçue. Elle a été modifiée principalement par la loi du 11 décembre 1998 et son arrêté d'exécution du 13 février 2001 afin d'être mise en conformité avec une directive européenne du 24 octobre 1995. Elle est régulièrement amendée selon les nécessités et les besoins<sup>(317)</sup>.

La loi s'applique « à tout *traitement* de données à caractère personnel automatisé en tout ou en partie, ainsi qu'à tout traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier » (art. 3, § 1<sup>er</sup>). Le *traitement* réglementé des données comprend de multiples opérations, réalisées de manière automatique ou manuelle, allant de la réunion des informations à leur destruction en passant par leur conservation, leur croisement et leur diffusion (art. 1<sup>er</sup>, § 2)<sup>(318)</sup>.

Par *données à caractère personnel*, la loi entend toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable. La nature de l'information est diverse et peut consister en des enregistrements audiovisuels, donc des images<sup>(319)</sup>, notamment celles captées par vidéosurveillance (art. 4, L. du 21 mars 2007 ; *infra*, n<sup>os</sup> 150-153). Le caractère identifiable de l'information vise les identités physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale de la personne (art. 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup>).

---

personnel », *J.T.*, 2009, p. 365 ; C. DE TERWANGNE et S. LOUVEAUX, « Protection de la vie privée face aux traitements de données à caractère personnel : le nouvel arrêté royal », *J.T.*, 2001, p. 457 ; F. HENDRICKX, « Gegevensbescherming en het nieuwe Uitvoeringsbesluit van de Wet van 8 december 1992 : enkele aandachtspunten voor het personeelsbeleid », in *Oriëntatie*, 2001, p. 187 ; Th. LÉONARD et Y. POULLET, « La protection des données à caractère personnel en pleine (r) évolution. La loi du 11 décembre 1998 transposant la directive 95/46/C.E. du 24 octobre 1995 », *J.T.*, 1999, p. 377 ; F. RAEPSAET, « Les attentes raisonnables en matière de vie privée », *J.T.T.*, 2011, p. 145 ; F. RIGAUX, « La protection de la vie privée à l'égard des données à caractère personnel », *Ann. Dr. Louvain*, 1993, p. 49 ; A. VAN DER PERRE, « La loi relative à la protection de la vie privée et le notariat », *Notarius*, 2009, p. 22 ; J.-M. VAN GYSEGHEM, « La loi dite 'vie privée' du 8 décembre 1992 : la transversalité en évolution », in *Droits de la personnalité*, Limal, Anthemis, 2013, p. 9 ; M. VAN OVERSTRAETEN et S. DEPRÉ, « Le traitement automatisé de données à caractère personnel et le droit au respect de la vie privée en Belgique », *Rev. trim. D. H.*, 2003, p. 665 ; V. VERBRUGGEN, *Protection des données à caractère personnel (Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel)*, Bruxelles, Larcier, 2011.

(317) Ex. : développement de l'administration électronique et des partenariats public-privé : E. DEGRAVE et Y. POULLET, « L'externalisation de l'administration, les nouvelles technologies et la protection de la vie privée », *J.T.*, 2008, p. 277.

(318) Pour une analyse des tâches décrites dans l'art. 1<sup>er</sup>, § 2 : J. DUMORTIER et D. DE BOT, « Art. 1. Wet Persoonsgegevens », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n<sup>os</sup> 12-19.

(319) *Comm. protec. vie privée*, avis du 7 juin 1995, *J.T.*, 1996, p. 586. J. PUYRAIMONT, « La protection des données personnelles : nouveau fondement du droit à l'image », *A. & M.*, 2008, p. 364.

Un *fichier* est un ensemble structuré de telles données accessibles selon des critères déterminés (art. 1<sup>er</sup>, § 3)<sup>(320)</sup>.

Sont exceptés de toute ou partie des normes imposées par la loi, pour divers motifs : les données traitées par la Sûreté de l'État, les autres services de renseignements et certains de police, le Centre européen pour enfants disparus et sexuellement exploités (intérêt général)<sup>(321)</sup>, les données personnelles à caractère public traitées aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire (secret des sources)<sup>(322)</sup>, les données traitées par une personne privée à des fins exclusivement personnelles ou domestiques (impossibilité pratique) (art. 3, §§ 2-6)<sup>(323)</sup>.

Plus radicalement, des données jugées trop sensibles ou intimes sont interdites de traitement automatisé (voy. ci-dessous).

**141. Régime.** L'essentiel de la loi consiste à poser des conditions au traitement de données à caractère personnel. Du général au particulier, la loi passe de la déclaration de principe aux exclusions ponctuelles :

- Les données doivent être traitées loyalement et licitement (art. 4, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>)<sup>(324)</sup>.

(320) Le fichier est voué à être établi pour une certaine durée ; il doit présenter une structure logique permettant une consultation systématique : Cass., 16 mai 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 575, *J.T.*, 1997, p. 779, *R.W.*, 1997-1998, p. 850 (dossier de vacances contenant des données à caractère personnel sur les candidats à un poste, constitué manuellement) ; comp. : Bruxelles, 26 juin 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 935, *R.W.*, 2008-2009, p. 578, note P. DE HERT et R. SAELENS (mention du nom du propriétaire d'un immeuble sur l'affiche de vente d'un bien immobilier) ; Anvers, 27 septembre 1995, *A.J.T.*, 1995-1996, p. 200, note J. DUMORTIER (dossier de vacances) ; Civ. Hasselt (réf.), 2 octobre 1997, *Rev. dr. santé*, 1997-1998, p. 333, note W. VERCRUYSEN (dossier médical d'un défunt).

(321) La loi du 3 août 2012 avait inséré une exception supplémentaire à l'application de la loi de 1992 concernant « les données traitées par le SPF Finances durant la période dans laquelle la personne concernée est l'objet d'un contrôle ou d'une enquête ou d'actes préparatoires à ceux-ci effectués par le SPF Finances dans le cadre de l'exécution de ses missions légales » (art. 3, § 7, réd. L. du 3 août 2012), mais cette modification a été récemment annulée par la Cour constitutionnelle (C. const., 27 mars 2014, n° 51/2014, *Dr. pén. entr.*, 2014, p. 329 ; *R.W.*, 2013-2014, p. 1399 (somm.)).

(322) C.A., 7 juin 2006, n° 91/2006, *A. & M.*, 2006, p. 295, note, *NjW*, 2006, p. 645, note P. VALCKE, E. LIEVENS et E. WERKERS, *R.W.*, 2006-2007, p. 1349, note E. BREWAEYS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 83 (secret des sources) ; Corr. Bruxelles, 14 janvier 2002, *Rev. dr. rur.*, 2002, p. 101, note, *A. & M.*, 2002, p. 197, note D. VOORHOOF (images d'un marché d'animaux acquises au moyen d'une caméra cachée) ; voy. : K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu : attention aux chiens de garde, o.c.*, pp. 408-410, n°s 580-583.

(323) Cette liste n'est ni aussi précise ni aussi complète que l'énumération légale (voy. : J. DUMORTIER et D. DE BOT, « Art. 3. Wet Persoonsgegevens », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, feuillets mobiles).

(324) Toute personne a droit à la protection de ses *libertés et droits fondamentaux* (art. 2) et non plus seulement de sa vie privée, comme sous l'empire de la version initiale de 1992.

- Les données doivent être collectées pour une *finalité* déterminée<sup>(325)</sup>, explicite et légitime, et être exactes, pertinentes et proportionnées à ces finalités (art. 4, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>-5<sup>o</sup>)<sup>(326)</sup>.
- Les traitements de données qui satisfont aux deux premières conditions ne peuvent avoir lieu que dans les *hypothèses* énumérées par l'article 5 (accord de la personne, traitement nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public, d'un contrat impliquant la personne ou d'une obligation légale de celle-ci, traitement dans l'intérêt vital de la personne, *etc.*).
- Sont en principe interdits les traitements de données « sensibles » : origine raciale ou ethnique, opinions politiques, convictions religieuses ou philosophiques, appartenance syndicale, vie sexuelle (art. 6, § 1<sup>er</sup>), données médicales (art. 7, § 1<sup>er</sup>), données judiciaires (art. 8, § 1<sup>er</sup>). Pour concilier tous les intérêts en présence, les dispositions qui fondent ces restrictions sont assorties de nombreuses et larges exceptions concernant notamment le consentement de la personne, la nécessité du traitement au regard de divers impératifs, *etc.*<sup>(327)</sup>. Le législateur a ainsi pensé au nécessaire suivi des infractions à caractère sexuel pour légitimer une dérogation à l'interdiction de traitement des données les plus sensibles qui soient (art. 3, § 6).

Ensuite la loi s'attache aux droits de la personne identifiée : elle doit être *informée* notamment de la collecte, de l'identité du responsable du traitement et des finalités de ce dernier (art. 9). Elle peut obtenir du responsable du traitement la *communication* des données qui la concernent et d'informations sur leur traitement (art. 10) ; elle peut obtenir sans frais

(325) C.E.D.H., *Wisse c. France*, arrêt du 20 décembre 2005, *J.T.*, 2005, p. 88 ; S. GUTWIRTH, « De toepassing van het finaliteitsbeginsel van de privacywet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens », *T.P.R.*, 1993, p. 1409.

(326) C.E., 27 octobre 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 259, *R.R.D.*, 2005, p. 289, note, *T.B.P.*, 2007, p. 50 (somm.) (test d'haleine qui entraîne la collecte d'une donnée à caractère personnel – doit être adéquat, nécessaire et pertinent, compte tenu de la nature et des conditions d'exercice de la fonction) ; Anvers, 3 mai 1999, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 437, note C. DE VOS (utilisation par la banque du motif des ordres de paiement encodés dans un but promotionnel) ; Comm. Bruxelles (réf.), 12 juillet 1996, *D.C.C.R.*, 1996, p. 351, note F. DOMONT-NAERT, *J.T.*, 1998, p. 744 (utilisation de données de la D.I.V. à d'autres fins que la sécurité routière).

(327) En matière médicale (art. 7, § 2) : M. BOULANGER, S. CALLENS et S. BRILLON, « La protection des données à caractère personnel relatives à la santé et la loi du 8 décembre 1992 telle que modifiée par la loi du 11 décembre 1998 et complétée par l'arrêté royal du 13 février 2001 », *Rev. dr. santé*, 2000, p. 326 ; J. HERVEG, *La protection des données du patient dans l'hôpital*, Malines, Kluwer, 2009 ; J. HERVEG, M.-N. VERHAEGEN et Y. POULLET, « Les droits du patient face au traitement informatisé de ses données dans une finalité thérapeutique : Les conditions d'une alliance entre informatique, vie privée et santé », *Rev. dr. santé*, 2002-2003, p. 56. Pour une analyse approfondie de ces exceptions : J. DUMORTIER et D. DE BOT, « Art. 6-8. Wet Persoonsgegevens », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, feuillets mobiles. Rappr. quant au droit de consultation : art. 10, § 2, al. 1-2, mod. par L. du 22 décembre 2002 ; G. GENICOT, *Le droit médical et biomédical, o.c.*, pp. 249 et s.

la *rectification* de toute donnée inexacte qui la concerne<sup>(328)</sup> et *s'opposer* à toute collecte à des fins de *direct marketing (sic)* (art. 12) ; elle a le droit à ne pas faire l'objet d'une décision prise de manière automatique (art. 12*bis*). Ces droits connaissent des limites, résultat d'une balance d'intérêts (ex. : secret médical).

Pour assurer l'adaptation de la loi aux réalités du terrain, une « Commission de la protection de la vie privée » est chargée, notamment, d'émettre des avis et recommandations sur toute question relative à l'application des principes fondamentaux de la protection de la vie privée (art. 29-30) et d'examiner les plaintes qui lui sont adressées (art. 31 et s.)<sup>(329)</sup>. Des comités sectoriels ont été créés en son sein compétents pour les matières réglementées par des législations particulières (ex. : registre national des personnes physiques) (art. 31*bis* et 36*bis*, réd. L. du 26 février 2003)<sup>(330)</sup>.

Des *sanctions* pénales sont prévues (art. 37 et s.) ainsi qu'une action en cessation (art. 14, § 1<sup>er</sup>). Quant à la responsabilité civile, elle appelle une inversion de la charge de la preuve dans la mesure où le responsable du traitement répond du dommage causé par un acte contraire à la réglementation sauf s'il prouve que la cause du dommage ne lui est pas imputable (art. 15*bis*).

Poursuivant le même objectif de protection de la vie privée dans le cadre de la circulation des données entre administrations fiscales, une loi du 3 août 2012 réglemente spécifiquement les traitements de données à caractère personnel réalisés par le SPF Finances. Le Service peut ainsi collecter et traiter des données à caractère personnel pour accomplir ses missions légales (art. 3). Sont autorisés les échanges internes de données personnelles entre ses administrations ou services<sup>(331)</sup>. Une instance interne décide quels types de données peuvent faire l'objet de tels échanges, pour quelles finalités, et après avoir vérifié le caractère adéquat, pertinent et non excessif de ceux-ci (art. 4). Les agents du SPF Finances n'ont accès aux dossiers et données que dans la mesure où cet accès est adéquat, pertinent et non excessif au regard des missions à accomplir (art. 10, § 1<sup>er</sup> : principe de finalité). La loi crée un Service de Sécurité de

(328) Civ. Bruxelles, 22 mars 1994, *J.T.*, 1994, p. 841, note T. LÉONARD.

(329) <http://www.privacycommission.be/>.

(330) Un Organe de contrôle de gestion de l'information policière, indépendant de la Commission pour la protection de la vie privée, a été instauré par la loi du 18 mars 2014, et ses composition et missions définies dans les art. 36*ter* à 36*ter*/14 de la loi du 8 décembre 1992, notamment celle de contrôler le respect des règles de fonctionnement et d'accès des citoyens aux informations de la Banque de données Nationale Générale (B.N.G.).

(331) Le Service public fédéral Finances ne communique électroniquement à un autre service public ou à une personne morale de droit public des données à caractère personnel qu'après autorisation du Comité sectoriel pour l'Autorité fédérale ou de l'autorité communautaire ou régionale compétente (art. 6, § 1<sup>er</sup>).

l'Information et de Protection de la vie privée, sous l'autorité du président du comité de direction du SPF Finances, en vue d'assurer l'application de la réglementation relative à la protection de la vie privée (art. 8, § 1).

## 2. Secret de la communication

**142. Division.** Le droit au secret de la communication – notion générique que nous allons subdiviser – protège plus l'intégrité du vecteur de communication ou de correspondance que le contenu de celles-ci. Il existe même si ce contenu ne tombe pas sous la protection d'un droit de la personnalité, tandis que les communications réellement privées bénéficient d'une protection démultipliée<sup>(332)</sup>. Ses sources sont multiples – internationale, constitutionnelle, légale, jurisprudentielle et doctrinale – et révèlent une pondération de divers intérêts.

**143. Secret de la correspondance.** Le droit au secret de la correspondance<sup>(333)</sup> est consacré au plus haut niveau (art. 28-29 L. du 26 décembre 1956 ; art. 151, 460 et 460bis C. pén. ; art. 29 Const. ; art. 8 C.E.D.H. ; art. 17 Pacte international relatif aux droits civils et politiques) et porte sur les lettres au sens classique du terme et, dans la mesure du possible, sur les correspondances électroniques (fax, e-mail, SMS)<sup>(334)</sup>. Il offre à son titulaire – aussi bien l'expéditeur que le destinataire<sup>(335)</sup> – une double protection : d'une part, s'opposer à l'ouverture par un tiers (ex. : les agents des services postaux) de tout pli fermé<sup>(336)</sup> ; d'autre part, s'opposer à la divulgation du contenu des lettres *confidentielles*<sup>(337)</sup>, ce caractère étant soit imprimé par l'expéditeur (marque « confidentielle », « personnelle »), soit lié au contenu même de la lettre. C'est à l'égard de ces dernières qu'intervient la protection spécifique par les droits de la personnalité, vie privée, honneur ou image.

La protection contre la prise de connaissance du contenu tolère diverses exceptions fondées sur l'intérêt général ou la protection de tiers

(332) E. GULDIX, in G. BAETEMAN (e.a.), « Personen- en familierecht (1995-2000) – Overzicht van rechtspraak », *o.c.*, p. 1624, n° 92.

(333) Voy. not. : F. GENY, *Des droits sur les lettres missives*, Paris, Sirey, 1911 ; P. KAYSER, « Le principe du secret des lettres confidentielles et ses rapports avec le principe de droit public de la liberté et de l'inviolabilité de la correspondance », in *Mélanges Pierre Voirin*, Paris, L.G.D.J., 1967, p. 437 ; J.-P. MASSON, « Le secret des communications », in *Les droits de la personnalité* (J.-L. RENCHON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 247 et s. ; M.-J. METZGER, « Le secret des lettres missives », *Rev. trim. dr. civ.*, 1979, p. 291.

(334) T.G.I. Paris, 2 novembre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 42 ; L. RAPP, « Secret des correspondances et courriers électroniques », *D.*, 2000, n° 41, III ; B. TEYSSIE, *Les personnes*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2001, p. 66, n° 43.

(335) Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 16 octobre 1965, *D.*, 1966, p. 356.

(336) Des exceptions sont admises (ex. : colis postaux – Cass., 27 juillet 1999, *Pas.*, 1999, p. 1047).

(337) Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 6 octobre 1998, *D.*, 1998, I.R., p. 246, *Gaz. Pal.*, 27-28 janvier 1999, panor., p. 24, *Rev. trim. dr. civ.*, 1999, p. 62, n° 4, obs. J. HAUSER (lettre révélant une situation de cohabitation).

(ex. : correspondance des détenus, autorité parentale), toutes devant être légales et proportionnées à l'objectif poursuivi (art. 8, § 2 C.E.D.H.)<sup>(338)</sup>.

La protection contre la divulgation souffre une exception lorsqu'une lettre confidentielle est injurieuse et pourrait porter atteinte au droit à l'honneur (*infra*, n° 156), et une autre dans les procédures de divorce, au nom d'un prétendu droit de curiosité sur des correspondances appropriées par des moyens licites, aussi intolérable que la survivance de la procédure de constat d'adultère à la loi du 27 avril 2007<sup>(339)</sup> (*infra*, n° 469).

L'atteinte au secret de la correspondance expose son auteur à des sanctions civiles (responsabilité, irrecevabilité des preuves) et pénales (art. 151, 460 et 460*bis* C. pén.).

**144. Secret des télécommunications.** Le droit au secret des télécommunications implique également une double interdiction de violation (interception) et de divulgation. Il vise toute forme de télécommunications, tels le téléphone, le télégramme, le télex, le *fax*, l'*e-mail*, le SMS, le *chat*, quel qu'en soit le contenu.

Il bénéficie de la protection de l'article 8 de la C.E.D.H. (exigence notamment d'une loi) grâce à une interprétation évolutive de la notion de correspondance<sup>(340)</sup> et, sur le plan national, de trois lois adaptables aux mutations des médias. La loi du 21 mars 1991 (loi « Belgacom ») réprime la prise de connaissance de l'existence d'une communication, le sabotage d'une communication et la destruction de données recueillies dans ces circonstances ; les lois du 30 juin 1994 (art. 259*bis* et 314*bis* C. pén.) et du 10 juin 1998 (art. 46*bis*, 88*bis* et 90*ter* à 90*decies* C.i.cr.) ont réglementé le repérage de numéros téléphoniques ou de communications, l'interception et l'enregistrement de communications privées, ainsi que la détention ou la divulgation de leur contenu<sup>(341)</sup>.

(338) *Détenus* : C.E.D.H., *Wisse c. France*, arrêt du 20 décembre 2005, *J.T.*, 2005, p. 88 (enregistrement de conversation de détenus au parloir – ingérence dans leur vie privée) ; E. BREMS, S. SOTTIAUX, P. VANDEN HEEDE et W. VANDENHOLE (éd.), *Vrijheden en vrijheidsbeneming. Mensenrechten van gedetineerden*, Anvers, Intersentia, 2005. *Mineurs* : A. NOTTET, « Les droits personnels du mineur », *o.c.*, p. 19 ; J.-L. RENCHON, F. REUSENS et G. WILLEMS, « Le droit au respect de la vie privée dans les relations familiales », *o.c.*, pp. 155-159.

(339) Cass., 27 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 224, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 79, *R.W.*, 2000-2001, p. 812, note F. Aps, *J.T.*, 2001, p. 74 (somm.). Pour une critique : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n° 415. Comp. J. LARUELLE, « Vie privée des (ex-)partenaires affectifs versus droit à la preuve », *o.c.*, p. 118.

(340) C.E.D.H., *Wisse c. France*, arrêt du 20 décembre 2005, *J.T.*, 2005, p. 88 ; C.E.D.H., *Halford c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 juin 1997, *CEDH*, 1997-III, p. 1004, § 52 ; C.E.D.H., *Kopp c. Suisse*, arrêt du 25 mars 1998, *CEDH*, 1998-II, p. 524, *Journ. proc.*, 1998, n° 347, p. 22, obs. F.J.

(341) Pour plus de détails : M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 369 et s. *Adde* not. : H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, « La loi belge du 30 juin 1994 relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement des communications et des télécommunications privées », *Rev. dr. pén.*, 1995, p. 301 ; S. BOULART, « De opname van eigen telefoongesprekken : met of zonder toestemming van de betrokkenen ? », *R.W.*, 2002-2003, p. 1601 ; M. DE SWAEF, « Tapverbod en tapvergunning. Enkele

La loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête pénale a, en ce domaine, offert un cadre normatif aux observations de communications qui étaient devenues pratique courante<sup>(342)</sup>, ayant impliqué des atteintes aux droits fondamentaux des personnes qui en ont fait l'objet<sup>(343)</sup>.

À cela s'ajoutent l'éventuelle responsabilité civile de l'auteur d'une violation<sup>(344)</sup> et l'irrecevabilité des preuves obtenues sur cette base<sup>(345)</sup>.

### 3. Droit à la tranquillité

**145. Répression du harcèlement.** Entre la vie privée et l'intégrité physique, le droit de chaque individu à vivre dans la tranquillité bénéficie depuis quelques années d'une protection pénale (art. 442*bis* C. pén.)<sup>(346)</sup>, en forme de délit à plainte, témoin de son domaine, essentiellement privé<sup>(347)</sup>.

Est réprimé le fait de harceler une personne physique<sup>(348)</sup> en sachant que l'on affecterait gravement sa tranquillité par des comportements tels que la suivre, l'épier, lui téléphoner ou lui envoyer des messages

---

kanttekeningen bij de 'afluisterwet' van 30 juni 1994 », R.W., 1995-1996, p. 449 ; J.-P. MASSON, « Le secret des communications », *o.c.*, pp. 249 et s. ; A. SADZOT, « Les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement des (télé)communications privées après la loi du 10 juin 1998 », in *Le point sur les procédures* (A. JACOBS éd.), CUP, Liège, 2000, p. 223.

(342) La Cour d'arbitrage, dans un arrêt du 21 décembre 2004, a relevé l'insuffisance des dispositifs de contrôle, la loi du 6 janvier 2003 ayant instauré un mécanisme de contrôle où le même organe était chargé à la fois de l'exécution de l'acte et de son contrôle (C.A., 21 décembre 2004, n° 202/2004, *Rev. dr. pén.*, 2005, p. 629, note H. BOSLY, *NjW*, 2005, p. 340, note P. HERBOTS, R.W., 2004-2005, p. 1290, note S. VANDROMME et C. DE ROY, *T. Strafr.*, 2005, p. 199, *T.B.P.*, 2006, p. 106, obs. F. DEBAEDTS). En réponse à cet arrêt, la loi du 27 décembre 2005 a modifié diverses dispositions du Code d'instruction criminelle et du Code judiciaire en vue d'améliorer les modes d'investigation dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave et organisée (voy. : M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, pp. 326 et s.).

(343) D. CHICHOYAN, « Les droits fondamentaux dans les méthodes particulières de recherche : finalement, pourquoi pas ? », *J.L.M.B.*, 2008, p. 614.

(344) Corr. Turnhout, 24 mai 1983, R.W., 1983-1984, col. 2110, note E. GULDIX.

(345) Cass., 28 février 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 235 (repérage de communications téléphoniques) ; Bruxelles, 29 juin 1982, *Rev. trim. dr. fam.*, 1985, p. 83 (enregistrement par la mère d'une conversation téléphonique du père avec son enfant) ; Civ. Bruxelles, 10 décembre 1998, *Div. Act.*, 1999, p. 69 (enregistrement d'une conversation entre un parent et ses enfants dans une procédure relative au droit aux relations personnelles).

(346) Voy. not. P. BRASSEUR, « Harcèlement : l'art. 442*bis* du Code pénal », *Chron. D.S.*, 2008, p. 731 ; A. DE NAUW et F. KUTY, « Le harcèlement », in *Manuel de droit pénal spécial*, Bruxelles, Kluwer, 2014, p. 504 ; C. MEUNIER, « L'incrimination du harcèlement », in *Le point sur le droit pénal* (A. JACOBS éd.), Bruxelles, Larcier, 2000, p. 147 ; L. STEVENS, « Stalking strafbaar », R.W., 1998-1999, p. 1377 ; P. THÉVISSIN, « Harcèlement », in *Postal Memorialis – Lexique du droit pénal et des lois spéciales*, Bruxelles, Kluwer, 2012, H15/01 ; L. VERSLUYS, « Le harcèlement nouveau (le 'stalking') est interdit », *Journ. proc.*, 1999, n° 363, p. 20.

(347) Sur la procédure : C. MEUNIER, « L'incrimination du harcèlement », *o.c.*, pp. 167-168.

(348) La personne doit être visée pour elle-même, de sorte que ne sont pas constitutifs de harcèlement la mendicité, le porte-à-porte et le prosélytisme (sectaire) (P. SENAËVE, *Compendium van het personen-familie recht*, 8<sup>e</sup> éd., *o.c.*, n° 534). Les personnes morales ne peuvent être victime de harcèlement au sens de l'art. 442*bis* : C. const., 10 mai 2007, n° 75/2007, *Chron. D.S.*, 2008, p. 730, note P. BRASSEUR,

électroniques<sup>(349)</sup>, s'introduire dans son domicile ou hanter le voisinage, détruire ses effets personnels ou susciter des tracasseries par voie d'annonce dans la presse<sup>(350)</sup>. Le harcèlement ne doit pas nécessairement s'accompagner de violence ni présenter de connotation sexuelle, mais les peines sont alourdies si un mobile du délit est la haine, le mépris ou l'hostilité à l'égard de la personne en raison des critères classiques de discrimination (art. 442ter C. pén., réd. L. du 25 février 2003)<sup>(351)</sup>.

Une telle loi peut être détournée de ses finalités et les importuns pourraient faire payer à l'ensemble de la société le prix d'un raidissement des comportements<sup>(352)</sup>, perceptible dans certains milieux, notamment professionnels, et dans certains États. Par ailleurs, dans les crises conjugales ou affectives, le risque est réel qu'il soit déposé plainte pour le moindre fait répondant au prescrit légal ou que la possibilité d'une plainte devienne un moyen de pression.

Aussi, les juridictions suprêmes du pays ont-elles restreint la portée de l'article 442bis du Code pénal. La Cour d'arbitrage a précisé que les éléments constitutifs du harcèlement ne pouvaient être établis sur la base de données subjectives (sentiment de harcèlement)<sup>(353)</sup>. Elle a ensuite précisé que le comportement harcelant devait avoir affecté *gravement* la tranquillité de la victime<sup>(354)</sup>. La Cour de cassation<sup>(355)</sup> exerce un contrôle marginal en vérifiant si le juge a pu déduire des faits que le comportement était incessant ou répétitif. Cette jurisprudence rapproche la notion juridique de harcèlement du sens commun et respecte le principe de légalité et de prévisibilité de la norme<sup>(356)</sup>.

T.R.V., 2007, p. 338, note F. PARREI, *T. Strafr.*, 2008, p. 35, note P. DE HERT, J. MILLEN et A. GROENEN, *Juristenkrant*, 2007, p. 4, obs. S. VANDROMME.

(349) Voy. aussi : art. 114, § 8, 2°, L. du 21 mars 1991 ; sur le harcèlement par internet (ex. : *blog*) : C. MEUNIER, « L'incrimination du harcèlement », *o.c.*, pp. 169-170.

(350) Pour une énumération complète : *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1996-1997, n° 1046/8, pp. 2 et s.

(351) À savoir (cf. art. 14 C.E.D.H.) : prétendue race, couleur, ascendance, origine nationale ou ethnique, sexe, orientation sexuelle, état civil, naissance, âge, fortune, conviction religieuse ou philosophique, état de santé actuel ou futur, handicap, langue, conviction politique ou syndicale, caractéristique physique ou génétique ou origine sociale.

(352) A. DREESEN et I. PLETS, « Pestwetgeving. Kritische analyse van de belangrijkste wijzigingen », *NjW*, 2008, p. 98.

(353) C.A., 10 mai 2006, n° 71/2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 940.

(354) C.A., 14 juin 2006, n° 98/2006, *R.A.B.G.*, 2006, p. 1477, note D. VAN DER KELEN et S. DE DECKER, *R.W.*, 2006-2007, p. 1434 (somm).

(355) Cass., 21 février 2007, *Pas.*, 2007, p. 388, *J.T.*, 2007, p. 262, note A. MISONNE, *Rev. dr. pén.*, 2007, p. 529, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1103, *Juristenkrant*, 2007, n° 147, p. 8, obs. P. VANWALLEGHEM, *T. Strafr.*, 2008, p. 37, note P. DE HERT, J. MILLEN et A. GROENEN.

(356) En ce sens : A. MISONNE, note précitée, p. 263.

## SECTION 5

### Droit à l'image

**146. Bibliographie.** J.-M. BRUGUIÈRE et B. GLEIZE, « Proposition de loi sur le droit à l'image. Pitié pour les juristes ! », *D.*, 2003, p. 2643 ; P. DE HERT, O. DE SCHUTTER et S. GUTWIRTH, « Pour une réglementation de la vidéosurveillance », *J.T.*, 1996, p. 569 ; F. DE VISSCHER et F. DE DIXMUDE, « Utilisation des femmes et des enfants dans la publicité en droit belge », *Gaz. Pal.*, 21-22 novembre 2001, p. 34 ; L. DIERICKX, *Het recht op afbeelding*, Anvers, Intersentia, 2005 ; C. DOUTRELEPONT, « L'introuvable droit à l'image », in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Bruxelles, Nemesis, 1986, p. 223 ; B. EDELMAN, *Le droit saisi par la photographie*, Paris, Flammarion, 2001 ; B. EDELMAN, « Esquisse d'une théorie du sujet : l'homme et son image », in *La personne en danger*, Paris, P.U.F., 1999, p. 113 ; F. FIECHTER-BOULVARD, « La caricature : dualité ou unité », *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 67 ; M. FUSI, « L'utilisation publicitaire des photographies de personnes en droit italien », *Gaz. Pal.*, 25 novembre 1998, p. 3 ; E. GULDIX, « Algemene systematische beschouwingen over het persoonlijkheidsrecht op de eigen afbeelding », *R.W.*, 1980-1981, col. 1161 ; R. HAMOU, « Peut-il exister un droit de propriété sur l'image des biens ? », *Gaz. Pal.*, 15-16 décembre 2000, p. 19 ; T. HASSLER, « La liberté de l'image et la jurisprudence récente de la Cour de cassation », *D.*, 2004, p. 1611 ; M. ISGOUR, « Sur la compétence *ratione materiae* en matière de droit à l'image et sur les limites du droit à l'information face au droit à l'image », *R.D.T.I.*, 2007, p. 138 ; M. ISGOUR et B. VINÇOTTE, *Le droit à l'image*, Bruxelles, Larcier, 1998 ; P. KAYSER, « Le droit dit à l'image », in *Mélanges offerts en l'honneur de Paul Roubier*, t. II, Paris, Dalloz-Sirey, 1961, p. 73 ; M. LEVINET, « Le droit au respect de l'image », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (Fr. SUDRE dir.), coll. Droit et Justice, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 179 ; J. LIEVENS, « Het recht op afbeelding », *R.W.*, 1976-1977, col. 1857 ; J.-P. MASSON, « Le droit à l'image », in *Les droits de la personnalité* (J.-L. RENCHON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 237 et s. ; Ch. POHL, « La protection du droit à l'image (du droit de la personnalité) par la Cour fédérale allemande – Les deux arrêts 'Marlene Dietrich' », *Gaz. Pal.*, 26-28 novembre 2000, p. 24 ; J. RAVANAS, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, Paris, L.G.D.J., 1978 ; J. RAVANAS, « Retour sur quelques images », *D.*, 2002, p. 1502 ; J. RAVANAS, « L'image d'un bien saisi par le droit », *D.*, 2000, p. 19 ; P. VAN DEN BULK, « Le droit à l'image des personnes publiques : information ou exploitation commerciale ? », *J.T.*, 2007, p. 141 ; B. VANBRABANT, « À propos de l'image des biens », in *Zakenrecht / Droit des biens*, Brugge/Bruxelles, die Keure/La Charte, 2005, p. 125 ; J. VESTERGAARD-JENSEN et Fl. LYNGHOLM, « Usage commercial des images de personnes au Danemark », *Gaz. Pal.*, 25 novembre 1998, p. 9 ; F. ZENATI, « Du droit de reproduire les biens », *D.*, 2004, p. 962.

**147-148. Notion. Sources.** L'image, représentation de l'aspect physique de la personne, touche à sa personnalité<sup>(357)</sup>. Dans une société où les médias sont tentaculaires, le droit de chacun à ce que son image ne soit ni

(357) Anvers, 26 mars 2007, *NjW*, 2007, p. 801, note E. BREWAEYS ; L. DIERICKX, *Het recht op afbeelding*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2005, p. 3 ; J.-P. MASSON, « Le droit à l'image », in *Les droits de la personnalité* (J.-L. RENCHON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 23.

captée ni diffusée sans son consentement mérite la plus grande attention. Aujourd'hui reconnu comme droit de la personnalité, le droit à l'image confère, d'une part, le droit de s'opposer à toute prise ou diffusion d'image et, d'autre part, le droit de diffuser ou d'exploiter (commerciallement) son image, le tout dans une juste conciliation des intérêts en présence.

En principe, il convient de distinguer le droit à l'image du droit au respect de la vie privée<sup>(358)</sup>, même si leur violation simultanée est fréquente<sup>(359)</sup>. Un rapprochement de la protection de l'image et de celle de la vie privée pourrait toutefois aider à résoudre une dérive actuelle du droit à l'image poussant à l'action judiciaire tout qui se reconnaît sur un cliché de presse, au détriment de la liberté des métiers de l'image<sup>(360)</sup> ou à la qualité du médium (floutage).

Le droit à l'image protège toute représentation de l'individu quel qu'en soit le support (photographie, film, dessin, peinture, sculpture, bande dessinée, jeu vidéo<sup>(361)</sup>, site internet<sup>(362)</sup>, imitation<sup>(363)</sup>, etc.). Il faut que la personne représentée soit reconnaissable, à tout le moins par elle-même ou par ses proches<sup>(364)</sup>. À cette condition, l'image de parties du corps est également protégée<sup>(365)</sup>.

Une base légale du droit à l'image en Belgique est l'article 10 de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, aux termes duquel ni l'auteur ni le propriétaire ni le possesseur ni le détenteur d'un *portrait* ne peuvent le reproduire ou le diffuser sans le consentement de la personne représentée ou de ses ayants droit pendant 20 ans

(358) En ce sens : E. GULDIX, in G. BAETEMAN (e.a.), « Personen- en familierecht (1995-2000) – Overzicht van rechtspraak », *T.P.R.*, 2001, p. 1632, n° 109 ; Th. HASSLER, « La liberté de l'image et la jurisprudence récente de la Cour de cassation », *D.*, 2004, p. 1611. *Contra* : J. CORBET, « Auteursrecht », in A.P.R., Anvers, E. Story-Scientia, 1997, p. 82 (protection subordonnée à une atteinte à la vie privée) ; B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, Paris, L.G.D.J., 1995, pp. 65 et s. (droit à l'image inclus dans un droit à la protection de la tranquillité et de la dignité) ; K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu : attention aux chiens de garde, o.c.*, pp. 418-419, n°s 598-599 (même courant de pensée) ; J.-P. MASSON, « Le droit à l'image », *o.c.*, p. 237, note 2 ; E. AGOSTINI, « Corporel et incorporel. Être et avoir », *D.*, 2004, p. 821.

(359) Civ. Bruges, 27 juin 1994, *R.W.*, 1994-1995, p. 473 (photographies de sportifs nus dans les vestiaires).

(360) Voy. : B. EDELMAN, *Le droit saisi par la photographie*, Paris, Flammarion, 2001, pp. 74-86.

(361) Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 16 juillet 1998, *J.C.P.*, 1998, IV, 3128, *D.*, 1999, p. 541, note J.-C. SAINT-PAU.

(362) Civ. Bruxelles (réf.), 22 octobre 2009, *R.A.B.G.*, 2009, p. 1396 ; Comm. Liège, 24 novembre 2006, *J.L.M.B.*, 2008, p. 926, *R.D.T.I.*, 2007, p. 107, note M. ISGOUR ; Paris, 10 février 1999, *A. & M.*, 1999, p. 239, note B. MICHAUX, *Gaz. Pal.*, 2000, p. 19, note C. CARON ; T.G.I. Nanterre, 8 décembre 1999, *D.*, 2000, p. 274 (somm.), obs. A. LEPAGE, L. MARINO et C. CARON, *J.C.P.*, 2000, II, 10279, note F. OLIVIER et E. BARBRY.

(363) Civ. Bruxelles, 20 septembre 2001, *R.G.D.C.*, 2002, p. 162, *A. & M.*, 2002, p. 77, note ; B. ISGOUR et M. VINÇOTTE, *Le droit à l'image*, Bruxelles, Larcier, 1998, pp. 68-69, n° 78.

(364) Civ. Bruxelles, 17 mai 2002, *A. & M.*, 2003, p. 138, note M. ISGOUR (p. 148) (séance de maquillage dans un magasin) ; Gand, 26 avril 1996, *R.W.*, 1999-2000, p. 642 (photo d'enfance).

(365) Gand, 5 janvier 2009, *A. & M.*, 2009, p. 413, note, *Juristenkrant*, 2009, n° 183, p. 1, obs. J. DEENE, *T.G.R. – T.W.V.R.*, 2009, n° 2, p. 112 (image d'un tatouage rendant la personne reconnaissable) ; Paris, 8 novembre 1999, *Gaz. Pal.*, 2000, p. 28, note I. SAYA-SALVADOR (buste).

après son décès<sup>(366)</sup>. Un autre fondement réside dans l'article 3 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel (*supra*, n° 140)<sup>(367)</sup> et dans l'article 80 de la loi du 8 avril 1965 sur la protection de la jeunesse relatif à l'image de mineurs impliqués dans une procédure<sup>(368)</sup>. Outre ces fondements légaux aux domaines limités – la notion de portrait n'est pas indéfiniment extensible<sup>(369)</sup> –, un droit jurisprudentiel à l'image existe, vivifié par la casuistique, surtout française.

**149. Caractéristiques.** Des caractéristiques communes aux droits de la personnalité, l'indisponibilité subit les plus profonds aménagements, car le droit à l'image se prête à l'exploitation commerciale.

- Le droit à l'image est en effet largement *disponible*. Son extrapatrimonialité se limite à son existence même, le consentement du titulaire étant la clé et la mesure de son exploitation. Les *mineurs* consentent, selon leurs aptitudes, à la prise de vue, ainsi qu'au principe et aux modalités de la diffusion ; leurs représentants légaux doivent également consentir, sauf à l'approche de la majorité<sup>(370)</sup>. Les représentants concluent seuls les contrats d'exploitation, sauf s'ils concernent une activité professionnelle relevant de la capacité résiduelle du mineur (*infra*, n° 253) et, à nouveau, sauf à l'approche de la majorité. Le contrat conclu par le mineur étant hors du domaine de l'article 410 du Code civil, son annulation requiert la preuve d'une lésion<sup>(371)</sup> (art. 1305 ; *infra*, n° 261).
- L'image disparaît avec la vie, mais les proches du défunt acquièrent un droit propre à la protection de sa mémoire. Si l'image a été prise du vivant de la personne décédée, seuls les « portraits » au sens

(366) *Doc. parl.*, Sén., S.E. 1991-1992, n° 145-2, p. 52.

(367) Rappr. : Comm. protec. vie privée, avis du 7 juin 1995, *J.T.*, 1996, p. 586 ; Comm. protec. vie privée, « Prise de photographies des visiteurs de la prison de Saint-Gilles », *J.D.J.*, 1998, n° 178, p. 21 ; M. ISGOUR et B. VINÇOTTE, *Le droit à l'image*, o.c., p. 27, n° 26.

(368) Cass., 23 novembre 1999, *A. & M.*, 2000, p. 83.

(369) Sur la protection des œuvres audiovisuelles : Civ. Bruxelles, 30 juin 1997, *J.T.*, 1997, p. 710, *A. & M.*, 1998, p. 264 (film centré sur un fait divers) ; M. ISGOUR et B. VINÇOTTE, *Le droit à l'image*, o.c., p. 34, n° 33 ; *contra* : Bruxelles, 27 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 768, obs. F. JONGEN (émission satirique). La condition de la protection est, selon nous, l'originalité (art. 2, § 2, L. du 30 juin 1994) plutôt que la valeur artistique (dans le même sens : E. GULDIX, in G. BAETEMAN (e.a.), « Personen- en familierecht (1995-2000) – Overzicht van rechtspraak », o.c., p. 1631, n° 107 ; *contra* : A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 1997, p. 73 ; P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 8<sup>e</sup> éd., o.c., n° 556).

(370) Enfants : Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 12 décembre 2000, *J.C.P.*, 2001, 10572, note S. ABRAVANEL-JOLLY, *D.*, 2001, p. 2064, note J. RAVANAS (manifestation folklorique) ; Paris, 14 février 2002, *D.*, 2002, p. 2004, note J. RAVANAS (prise de photos et vidéos par l'école). Adolescents : Civ. Bruxelles, 17 mai 2002, *A. & M.*, 2003, p. 138, note M. ISGOUR (p. 148) (démonstration de maquillage) ; A. NOTTET, « Les droits personnels du mineur », o.c., pp. 41-42.

(371) Civ. Anvers, 17 février 1995, inédit, cité par M. ISGOUR et B. VINÇOTTE, *Le droit à l'image*, o.c., p. 52, n° 54.

de l'article 10 de la loi du 30 juin 1994 donnent aux *ayants droit* une protection par le droit d'auteur pendant 20 ans<sup>(372)</sup>. Si l'image représente la dépouille mortelle, elle est protégée par les proches du défunt à titre personnel<sup>(373)</sup>. Un successible renonçant peut agir de ce chef.

**150-153. Restrictions et sanctions (renvoi).** Le propos de la présente édition étant recentré sur les droits de la personnalité protecteurs de la vie et de l'intégrité physique, nous renvoyons le lecteur à l'édition précédente et aux contributions spécialisées pour approfondir les limites légales et jurisprudentielles du droit à l'image, dont la mise en œuvre contraignante appelle une pondération d'intérêts. Les sanctions du droit à l'image se rapprochent de celles du droit au respect de la vie privée, dans la mesure où la protection de l'image peut entrer en conflit avec d'autres droits ou valeurs, tels le droit à l'information et la liberté d'expression.

En synthèse, une première restriction du droit à l'image est celle que s'impose la personne elle-même en donnant son consentement à la *prise de vue* et/ou à la *diffusion* de son image. Elle ne peut aliéner totalement ce droit de la personnalité mais peut ajuster l'exploitation de son image à son profit. La jurisprudence fixe les conditions du consentement et le régime de la disposition du droit à l'image.

Le consentement – exempt de vices – doit être préalable et certain. Il peut être implicite, selon la qualité de la personne ou les circonstances, mais non « présumé », de sorte qu'une opposition, même d'une personne publique, doit être prise en considération, à tout le moins conciliée avec les intérêts en présence. Celui qui se prévaut du consentement de la personne en a la charge de la preuve. Le consentement obéit à un principe de spécialité. Il est limité aux images, utilisations et durée

(372) Bruxelles, 14 septembre 1999, *A. & M.*, 2000, p. 92 (image mortuaire d'un défunt distribuée lors des funérailles par la famille ; pas d'autorisation de publication) ; Civ. Bruxelles, 12 mars 1996, *Mediarecht*, 1996, p. 449, note F. RINGELHEIM, *Journ. proc.*, 1996, n° 306, p. 26, note F.J.

(373) Anvers, 3 février 1999, *R.W.*, 2000-2001, p. 17, note P. ARNOU (photographies dans un funéraire), conf., en ce qui concerne la violation de sépulture, par Cass., 5 octobre 1999, *Pas.*, 1999, p. 509, *T. Strafr.*, 2000, p. 14, note J. ROZIE ; Civ. Bruxelles, 12 mars 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1015, *R.G.D.C.*, 1997, p. 130, *A. & M.*, 1996, p. 449, note F. RINGELHEIM, *Journ. proc.*, 1996, n° 306, p. 26 (photo d'un homme politique connu assassiné accompagnée d'un texte orienté) ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 69, n° 55 ; E. GULDIX, « Algemene systematische beschouwingen over het persoonlijkheidsrecht op de eigen afbeelding », *R.W.*, 1980-1981, col. 1185-1188, n°s 47-51 ; comp. : K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu : attention aux chiens de garde*, o.c., p. 420, n° 601 (thèse contestable du droit à la vie privée transmis). En France : Cass. fr. (crim.), 20 octobre 1998, *D.*, 1999, p. 106, note B. BEIGNIER, *Gaz. Pal.*, 19-20 mars 1999, p. 17 (somm.) (photo d'un chef d'État sur son lit de mort) ; Versailles, 17 juin 1999, *D.*, 2000, p. 372, note B. BEIGNIER (dépouille mortelle d'un toxicomane) ; Paris, 24 février 1998, *D.*, 1998, p. 225, obs. B. BEIGNIER (préfet assassiné), confirmé par Cass. fr. (1<sup>ère</sup> civ.), 20 décembre 2000, *Bull. civ.*, 2000, I, p. 200 ; Trib. inst. Montreuil-sur-Mer, 25 septembre 2003, *D.*, 2004, p. 2530, note X. LABBÉE.

d'exploitation convenues. Il est révoqué dans le respect des intérêts en présence.

Les *personnes publiques*, en raison de leur fonction ou des circonstances, se dépossèdent tacitement de leur image dans l'intérêt de l'information, tandis que leur consentement est présumé quant à la captation et la diffusion de leur image. Même une opposition expresse peut être vinculée par le droit à l'information. Toutefois, conformément au principe de spécialité, la reproduction de l'image doit s'effectuer à des fins d'information dans le contexte lié à leur (accès à) la notoriété publique, sans pour autant exclure la critique ni la caricature. Le droit à l'image reprend vigueur lorsque les personnes publiques retrouvent l'anonymat ou que d'autres intérêts sont prépondérants (ex. : présomption d'innocence).

Le cas des personnes dont l'image est captée dans un *lieu public* est distinct et délicat à apprécier. Une pondération des intérêts en présence permet de protéger la personne présente sur un lieu public des prises de vues attentatoires à sa vie privée ou, inversement, d'autoriser la diffusion d'images utiles à l'information. Les conditions imposées par la jurisprudence compliquent le travail des professionnels de l'image.

Les images de *vidéosurveillance* sont soumises à la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel (L. du 21 mars 2007).

Dans le milieu des *professionnels de l'image*, les mannequins et modèles disposent de leur image dans leur intérêt patrimonial et/ou artistique. Leur consentement demeure nécessaire bien qu'ils fassent profession ou habitude de l'exploitation de leur image. L'autorisation de prise de vue peut être tacite si le modèle prend la pose, mais n'induit pas celle d'exploitation. En plus du principe de spécialité du consentement, les enjeux patrimoniaux accentuent l'importance de l'autorisation préalable de toute forme de diffusion et d'exploitation des images données. La révocabilité du consentement subsiste, mais expose le professionnel à une indemnisation de son cocontractant.

## SECTION 6

### Droit à la voix

**154. Notion. Sanctions.** Le droit à la voix protège l'expression vocale et non son contenu<sup>(374)</sup>. Ce dernier relève du droit d'auteur ou du droit au

(374) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 70, n° 56 ; D. HUET-WEILLER, « La protection de la voix humaine », *Rev. trim. dr. civ.*, 1982, p. 499 ; J.-P. MASSON, « Le droit à l'image », o.c., p. 245.

secret des communications. Il permet d'éviter ou de contrôler les imitations ou l'utilisation de fragments vocaux à des fins artistiques (*sampling*)<sup>(375)</sup>.

La violation du droit à la voix est sanctionnée de la même manière que celle du droit à l'image par des mesures préventives ou répressives, la saisie du support constituant un remède efficace à la diffusion.

## SECTION 7

### Droit à l'honneur

**155. Bibliographie.** H. BUREAU, « La présomption d'innocence devant le juge civil : cinq ans d'application de l'article 9-1 du Code civil », *J.C.P.*, 1998, I, 166 ; J. CARBONNIER, « Le silence et la gloire », *D.*, 1951, p. 119 ; O. DE THEUX, « La liberté d'expression de la presse face à la protection civile de la vie privée et de l'honneur et la répudiation », *Ann. Dr. Louvain*, 2002, p. 287 ; M.-D. DOUAOUI, « La réparation du trouble médiatique », *D.*, 2001, p. 1333 ; B. EDELMAN, « Dignité et publicité commerciale », in *La personne en danger*, Paris, P.U.F., 1999, p. 515 ; M. ISGOUR, « La satire : réflexions sur le 'droit à l'humour' », *A. & M.*, 2000, p. 59 ; F. JONGEN, « Le droit à l'honneur », in *Les droits de la personnalité* (J.-L. RENCHON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 119.

**156. Notion. Sources.** Un subtil *distinguo* sépare le droit à l'honneur et le droit au respect de la vie privée, tous deux garants de l'intégrité morale de la personne. Le droit à l'honneur est le droit d'empêcher qu'on ne suspecte ou qu'on ne paraisse suspecter l'accomplissement ou l'aptitude d'une personne à remplir ses devoirs moraux, civiques ou professionnels<sup>(376)</sup>. Bien qu'il s'en distingue conceptuellement, il n'est pas sans rapports avec le droit au respect de la vie privée : une atteinte à l'honneur peut être invoquée si des faits divulgués de la vie privée ne sont pas éta-

(375) Civ. Bruxelles, 19 janvier 2001, *A. & M.*, 2002, p. 450, note F. BRISON (adaptation publicitaire d'une chanson). En France : Paris, 16 février 2001, *Gaz. Pal.*, 15-16 mai 2002, p. 22, note J.-J. BIOLAY (utilisation de la voix dans une campagne publicitaire) ; Pau, 22 janvier 2001, *D.*, 2002, p. 2375, obs. A. LEPAGE (diffusion de propos tenus dans un avion en difficulté) ; T.G.I. Paris, 22 novembre 2000, *Gaz. Pal.*, 18-19 mai 2001, p. 50 (doublement de la voix) ; Comm. Bruxelles (réf.), 5 juin 1984, *Ing.-Cons.*, 1984, p. 333 (mixage de plusieurs voix).

(376) E.H. PERREAU, « Les droits de la personnalité », *Rev. trim. dr. civ.*, 1909, p. 506. Sur les définitions : F. JONGEN, « Le droit à l'honneur », in *Les droits de la personnalité* (J.-L. RENCHON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 120-121. Applications : Civ. Bruxelles, 19 mars 2002, *A. & M.*, 2002, p. 532, note F.J. (critique de la nomination politique et de la gestion de l'administrateur d'une société publique) ; Liège, 28 novembre 2001, *J.T.*, 2002, p. 308, obs. A. CRUQUENAIRE et J. HERVEUX (accusations de pédophilie) ; Civ. Bruxelles (réf.), 23 avril 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1073 (campagne d'information des autorités contre les sectes) ; Civ. Bruxelles, 4 novembre 1992, *Journ. proc.*, 1992, n° 228, p. 24, note F. JONGEN (déclarations calomnieuses d'un inculpé à l'encontre d'un homme politique). En France : Cass. fr. (ass. plén.), 25 février 2000, *J.C.P.*, 2000, II, 10352, note E. DERIEUX (imputation à l'encontre d'un journaliste d'avoir agi en porte-parole du ministre) ; Cass. fr. (2<sup>e</sup> civ.), 2 avril 1997, *J.C.P.*, 1998, II, 10010, note C. BIGOT, *D.*, 1997, p. 411, note B. EDELMAN (critique satirique de la production d'une société d'automobiles) ; T.G.I. Nanterre (réf.), 22 juin 1996, *Gaz. Pal.*, 1996, p. 23, note (prétendue condamnation pénale d'une personne publique présentée comme une réalité sur deux faces de couverture) ; Paris, 4 juin 1996, *Gaz. Pal.*, 1996, p. 22, note (activités illicites dans les casinos).

blis, et s'ils le sont (*exceptio veritatis*), leur divulgation peut encore faire l'objet d'une sanction en fonction des circonstances<sup>(377)</sup>.

La forme et le support de l'atteinte sont indifférents, et en cela l'atteinte à l'honneur peut se doubler d'une violation du droit à l'image (article de presse, légende de photographie, caricature, support publicitaire, émission télévisée, site internet, *etc.*).

Consacré sous d'autres formes par la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 12), le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 17), le Code pénal (art. 443-452 – diffamation) et la loi sur le droit de réponse (*supra*, n° 134), ce droit de la personnalité ouvre à son titulaire – une personne physique ou morale<sup>(378)</sup> – un très large éventail de sanctions civiles. Il est autonome et n'exige ni l'établissement d'une faute, ni d'être associé à une violation de la vie privée ou de l'image. Intransmissible comme tel aux héritiers, il survit grâce à l'action des proches en défense de la mémoire du défunt<sup>(379)</sup>.

**157-158. Restrictions et sanctions (renvoi).** Préservant les personnes contre la diffusion de propos ou de représentations malveillants susceptibles d'engendrer des conséquences préjudiciables et souvent irréparables<sup>(380)</sup>, le droit à l'honneur souffre moins de restrictions que le droit au respect de la vie privée. Comme pour les autres droits de la personnalité pouvant être impactés par les médias, nous renvoyons le lecteur à l'édition précédente et aux contributions spécialisées en cette matière.

En synthèse, les atteintes au droit à l'honneur constitutives de *calomnie* ou de *diffamation* sont sanctionnées pénalement (art. 433-452 C. pén.)<sup>(381)</sup>, le cas échéant avec constitution de partie civile<sup>(382)</sup>.

Au civil, une fois l'atteinte réalisée, le juge dispose du choix déjà rencontré entre prévention et réparation, mais se voit chargé de la délicate appréciation du déshonneur, notion liée aux conceptions morales et sociales en vigueur. Au terme d'une pondération des intérêts en présence, il décidera de restreindre ou de faire prévaloir la liberté d'expression de l'auteur prétendu de l'atteinte (art. 10 C.E.D.H.). L'intérêt général doit

(377) F. JONGEN, « Le droit à l'honneur », *o.c.*, p. 120.

(378) Civ. Charleroi, 9 décembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 923 (somm.), *Journ. proc.*, 1999, n° 369, p. 21, obs. F. JONGEN (implication d'une « association satanique » dans une affaire pénale) ; M. ISGOUR, « Examen de la jurisprudence européenne récente en matière de droit à l'image des personnes physiques et d'image de marque des personnes morales », *o.c.*, pp. 49 et s.

(379) Cass. fr. (2<sup>e</sup> civ.), 9 octobre 2003, *Gaz. Pal.*, 21-23 décembre 2003, p. 67, note ; Civ. Bruxelles, 12 mars 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1015, *R.G.D.C.*, 1997, p. 130, *A. & M.*, 1996, p. 449, note F. RINGELHEIM, *Journ. proc.*, 1996, n° 306, p. 26 (photographie du corps d'un homme politique assassiné).

(380) Voy. : K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu : attention aux chiens de garde*, *o.c.*, pp. 210-218, nos 258-267, § 5.

(381) Cass., 2 mai 2001, *A. & M.*, 2002, p. 162 (accusation de soutien à des génocidaires).

(382) Cette combinaison permet d'éviter (l'écueil) du système de sanction des délits de presse.

être pris en compte : plus une opinion ou une information est pertinente pour une société démocratique, plus la protection de la vie privée ou de l'honneur doit céder le pas devant l'exigence de l'information.

Ainsi les *personnages publics*, surtout les femmes et hommes politiques, doivent-ils accepter la critique et supporter un ton polémique, le tout en rapport avec leur fonction ou leur rôle. À l'inverse, si la critique se nourrit de marques de discrimination (ethnie, sexe, convictions religieuses et philosophiques, *etc.*), la liberté d'expression cède devant les droits fondamentaux.

Dans la recherche d'une réparation complète et adéquate du dommage (moral), le tribunal se laissera guider notamment par les circonstances dans lesquelles l'atteinte a été commise, sa gravité, la réputation de la victime, les moyens, l'ampleur et la durée de cette atteinte, le public touché, les conséquences concrètes de cette atteinte sur la vie privée, professionnelle ou sociale de la victime et la qualité et la notoriété des parties. L'action en cessation peut prendre la forme d'une injonction – sous astreinte – de ne plus s'exprimer publiquement de manière négative contre le plaignant. La personne qui s'estime mise en cause dans la presse peut solliciter un droit de réponse, sans devoir établir que des propos injurieux ont été tenus à son égard (*supra*, n° 134).

La liberté de la presse n'affranchit pas le journaliste de sa déontologie<sup>(383)</sup>. En synthèse, il doit donner des informations raisonnablement vérifiées quant à leur exactitude et provenant de sources fiables, protégées de toute divulgation sauf si l'intégrité, et non la vie privée, d'autrui est en jeu (art. 2 L. du 7 avril 2005). Le journaliste peut émettre une opinion s'il dispose d'une base factuelle et n'offense pas inutilement, sur le fond ou par la forme. En cas de faute, il engage sa responsabilité sur la base de l'article 1382 du Code civil. Certains « genres » journalistiques repoussent les limites du droit à la liberté d'expression (éditorial, article satirique, caricature, ...)<sup>(384)</sup>. Enfin, les « droits de l'Histoire » permettent de relater des faits déshonorants avérés.

(383) C.E.D.H., *Bergens Tidende c. Norvège*, précité. Sur la jurisprudence de la C.E.D.H. : E. GULDIX, in G. BAETEMAN (e.a.), « Personen- en familierecht (1995-2000) – Overzicht van rechtspraak », *T.P.R.*, 2001, pp. 1643-1646, n°s 125-131 ; Y. GALLAND, « Les obligations des journalistes dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. D. H.*, 2002, p. 853.

(384) M. ISGOUR, « La satire : réflexions sur le 'droit à l'humour' », *A. & M.*, 2000, p. 59 ; P. MARTENS, « La plaisanterie et le droit », in *Mélanges offerts à Michel Hanotiau*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 139.



## CHAPITRE 3



# LES INCAPACITÉS : PROTECTION DES PERSONNES VULNÉRABLES

## SECTION I Généralités

**159. Bibliographie.** G. BENOÎT, I. BRANDON et J. GILLARDIN (éds), *Malades mentaux et incapables majeurs. Émergence d'un nouveau statut civil*, Bruxelles, F.U.S.L., 1994 ; N. DANDOY, « L'exercice des droits d'auteur d'un artiste handicapé mental », *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 255 ; M. DE CLERCQ, « 'Voor mij is verschenen'. Wie is bevoegd en bekwaam om aankoop-, verkoop- en kredietakten te tekenen ? », in *Louvainse Notariële Geschriften. Notariële actualiteit 2007-2008* (C. CASTELEIN, A. VERBEKE, L. WEYTS éds), Gand, Larcier, 2008, p. 135 ; J. FIERENS et G. MATHIEU, « Les droits de la personnalité des personnes mineures ou vulnérables », in *Les droits de la personnalité* (J.-L. RENCHON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 253 ; N. GALLUS, « Les incapables », in *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 1999-2004*, coll. Les Dossiers du Journal des tribunaux, n° 56, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 883 ; Y.-H. LELEU, « La capacité juridique. Notions générales », *Rép. not.*, t. I, l. V/1, Bruxelles, Larcier, 2004 ; Y.-H. LELEU (éd.), *Les incapacités*, Liège, CUP, 2001 ; P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Rép. not.*, t. I, l. VIII, Bruxelles, Larcier, 2007 ; M.-Th. MEULDERS-KLEIN (éd.), *Protection des malades mentaux et incapacités des majeurs : le droit belge après les réformes*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1993 ; P. SENAEVE (éd.), *Het statuut van de geestesgestoorden*, Anvers, Maklu, 1999 ; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, Anvers, Intersentia, 2001 ; E. THIRY, « La représentation du patient incapable et le rôle du médecin », in *Actualités de droit familial et de droit médical. Les droits des personnes les plus faibles* (E. THIRY coord.), Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 89 ; T. WUYTS, *Vermogensbeheer door ouder(s), voogd en voorlopig bewindvoerder*, Anvers, Intersentia, 2005 ; A. WYLLEMAN, *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en wilsgestoorden*, Malines, Kluwer, 2005.

**160. Protection juridique des personnes vulnérables.** Toute personne est apte à être titulaire de droits : droits de la personnalité, droits patrimoniaux ou droits extrapatrimoniaux. Toutefois, l'exercice utile par la personne de ses droits suppose qu'elle soit en possession de ses facultés physiques et/ou mentales. L'âge – le grand ou le premier –, les facultés mentales – affaiblies ou absentes –, rendent la personne vulnérable et appellent l'intervention protectrice du droit, quitte à réduire l'autonomie

juridique ou physique de l'individu<sup>(1)</sup>. La multiplicité des facteurs de vulnérabilité de la personne<sup>(2)</sup> invite à ne pas limiter le propos aux statuts traditionnels d'incapacité (minorité d'une part, et protection (extra)judiciaire d'autre part) et à y inclure la protection sous contrainte des malades mentaux en vue de leur traitement médical (L. du 26 juin 1990)<sup>(3)</sup>.

Avant l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> septembre 2014, de la loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacités et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine<sup>(4)</sup>, le droit belge connaissait une multitude de statuts : alors que les mineurs étaient régis par le régime de l'autorité parentale (art. 371 à 387<sup>ter</sup>), ou le cas échéant de la tutelle (art. 389 à 475), pour les majeurs, le régime de protection à appliquer dépendait des situations : administration provisoire (anc. art. 488<sup>bis</sup>, A, à 488<sup>bis</sup>, K), minorité prolongée (anc. art. 487<sup>bis</sup> à 487<sup>octies</sup>), interdiction (anc. art. 489 à 512) ou encore conseil judiciaire<sup>(5)</sup> (anc. art. 513 à 515).

Nous déplorions l'absence d'un régime unique de protection juridique des majeurs vulnérables<sup>(6)</sup> et la nécessité de composer avec une multiplicité de statuts, se modernisant au fil du temps par additions moins que par refontes<sup>(7)</sup>. Nous estimions que, puisque les principes régissant l'administration du patrimoine d'autrui<sup>(8)</sup> et la protection des personnes vulnérables étaient fixés<sup>(9)</sup>, il ne devait plus y avoir d'obstacles à la mise

(1) Le « slaan » en « zalven », dyade récurrente dans les statuts et mécanismes de régulation d'une incapacité de droit ou de fait (F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 2<sup>e</sup> éd., Anvers, Intersentia, 2012, pp. 191 et s.).

(2) Sur la variété des pathologies mentales et leur prise en considération médico-juridique : F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, o.c., pp. 11 et s. ; *adde* : F. FRESNEL, « Éloge de la folie par le droit, ou comment le droit apprécie-t-il l'altération des facultés mentales », *Gaz. Pal.*, 2-3 août 2000, p. 2 ; P. VAN DEN EYNDE, « Qualité de vie d'une personne handicapée », in *À l'automne de ma vie. In de herfst van mijn leven*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 193. Sur la multiplicité des expressions désignant, dans la loi, les infirmités mentales : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 14<sup>e</sup> éd., o.c., n° 444.

(3) Nous n'analyserons pas en tant que telle l'incapacité du *failli*, celle-ci reposant moins sur des considérations de protection de la personne que sur l'intérêt des tiers, ni d'autres mesures ponctuelles de protection telles que le *règlement collectif de dettes* ou l'assistance procurée par les C.P.A.S.

(4) Voy. également ses lois correctrices : L. du 25 avril 2014, L. du 12 mai 2014, L. du 10 août 2015. (5) Pour plus de détails sur ces anciens régimes, voy. not. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 199-262 ; P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Rép. not.*, t. I, l. VIII, Bruxelles, Larcier, 2007 ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 2<sup>e</sup> éd., o.c., pp. 192-221 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 13<sup>e</sup> éd., Louvain, Acco, 2011, pp. 201-227.

(6) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., pp. 1110-1111, n° 1199 ; Y.-H. LELEU, « La capacité juridique. Notions générales », o.c., n° 2 ; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, o.c., p. 181, n° 218.

(7) Ex. : minorité prolongée, L. du 27 juin 1973 ; administration provisoire, L. du 18 juillet 1991.

(8) W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, Bruxelles, Bruylant, 1962 ; T. WUYTS, *Vermogensbeheer door ouder(s), voorged en voorlopig bewindvoerder*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2005. Pour une synthèse : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., pp. 171-174.

(9) Pour une liste de principes communs aux différents statuts : F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, o.c. Pour une liste de principes déduits de normes supranationales : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., pp. 630-631.

en place d'un tel régime unique de protection et d'incapacité d'exercice, calqué sur le modèle de l'administration provisoire<sup>(10)</sup>, et appliqué selon des critères sensibles à la diversité des cas<sup>(11)</sup>.

C'est dans ce contexte que s'inscrit la loi du 17 mars 2013<sup>(12)</sup>. La proposition initiale a été trop rapidement critiquée en raison d'un malentendu fondamental sur le fait qu'en droit, l'incapacité protège la personne plus qu'elle ne l'exclut du commerce juridique, et sur le fait qu'un statut d'incapacité, dans un droit moderne des personnes, appelle une détermination individuelle et *in concreto*, préservant autant que possible l'autonomie de la personne vulnérable<sup>(13)</sup>.

La loi du 17 mars 2013 contient d'intéressantes innovations en matière d'administration des *biens*, et surtout, avancée majeure, une gestion unifiée et sur mesure de l'autonomie *personnelle* de la personne vulnérable. Il s'agit notamment de mettre notre système juridique en conformité avec les principes de nécessité, subsidiarité et proportionnalité des statuts de protection tels qu'ils s'imposent en vertu des instruments et d'une jurisprudence supranationaux<sup>(14)</sup>. À noter que cette loi ne modifie pas les dispositions relatives aux mineurs, le législateur souhaitant opérer une distinction nette entre deux catégories de personnes en situations différentes<sup>(15)</sup>.

**161. Droits fondamentaux.** La problématique du *traitement des malades mentaux* a généré une abondante jurisprudence de la Cour européenne

(10) En ce sens : E. VIEUJEAN, « Et la personne ? », in *L'administration provisoire* (F.R.N.B. éd.), Bruxelles, Bruylant, 2004, n° 9, p. 114 ; comp. : F. SWENNEN et A. WYLLEMAN, « Krachtlijnen van het wenselijke materieel recht », in *L'administration provisoire*, précité, p. 145, n° 5.

(11) En témoigne déjà le « dialogue » législatif entre l'ancien article 488bis-F et l'article 410 du Code civil, insérés et modifiés par les lois relatives à l'administration provisoire, la tutelle et l'administration légale des mineurs, et leurs lois réparatrices respectives.

(12) Qui s'inspire de travaux menés précédemment : Projet dit « Goutry » (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2007-2008, n° 52-1356/1), aménagé après prise d'avis des groupes sociaux concernés par une proposition plus ancienne (Proposition de loi instaurant un régime global d'administration provisoire des biens et des personnes, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2008-2009, n° 52-1792/1).

(13) Pour plus de détails : Y.-H. LELEU, « La protection conventionnelle des personnes vulnérables », in *L'administration provisoire, questions pratiques. Gestion des avoirs financiers et conclusion de contrats* (Y.-H. LELEU dir.), CUP, vol. 115, Liège, Anthemis, 2010, pp. 228-229 et 258-260.

(14) Voy. not. la recommandation R(99)4 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur les principes juridiques concernant la protection juridique des majeurs incapables, la Convention des Nations Unies du 13 décembre 2006 relatives aux droits des personnes handicapées et la recommandation CM/Rec(2009)11 sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité. Pour plus de détails : N. GALLUS, « L'avenir de la protection des personnes vulnérables », in *Actualités en droit patrimonial de la famille* (N. GALLUS éd.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 50 ; T. VAN HALTEREN, « La protection extrajudiciaire des personnes majeures vulnérables en droit belge », in *La protection des incapables majeurs et le droit du mandat. Droit belge et droit comparé* (N. GALLUS éd.), Bruxelles, Anthemis, 2014, pp. 55-59, n° 5-9.

(15) Voy. F. DEGUEL, « La loi réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine : vers une simplification ? », in *Actualité de droit des personnes et des familles* (Y.-H. LELEU et D. PIRE eds), CUP, vol. 141, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 126, n° 1.

des droits de l'homme<sup>(16)</sup>, soucieuse de l'application stricte de l'article 5, § 1<sup>er</sup>, e), de la Convention (privation de liberté d'un aliéné)<sup>(17)</sup>, du droit d'accès de l'intéressé à un tribunal (art. 5, § 4, C.E.D.H.)<sup>(18)</sup>, du respect de ses droits de défense (art. 6 C.E.D.H.)<sup>(19)</sup> et, plus fondamentalement, de sa protection contre les traitements inhumains ou dégradants (art. 3 C.E.D.H.)<sup>(20)</sup>, ainsi que de sa vie privée même à l'intérieur de l'établissement psychiatrique (art. 8 C.E.D.H.)<sup>(21)</sup>. Cette jurisprudence accroît l'autonomie du malade mental et incite les États à concevoir sa protection autant sur le plan juridique que sur le plan médical<sup>(22)</sup>, et tant dans la sphère patrimoniale que personnelle. C'est elle qui, avec d'autres normes internationales, a suscité la réforme législative en droit belge, qui se conforme aux trois exigences promues par le droit supranational : les

(16) Voy. : P. BARTLETT, O. LEWIS et O. THOROLD, *Mental Disability and the European Convention on Human Rights*, coll. International Studies in Human Rights, n° 90, Leiden, 2007 ; J. GILLARDIN, « Les droits de l'homme, fondements de la loi du 26 juin 1990 », in *Malades mentaux et incapables majeurs. Émergence d'un nouveau statut civil* (G. BENOÎT, I. BRANDON et J. GILLARDIN éd.), Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1994, pp. 13 et s. ; P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *o.c.*, n° 256 ; D. VAN GRUNDBERBECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, *o.c.*, pp. 159-162, n° 212 ; K. VANLEDE, « De opname en de behandeling van geestesgestoorden en de bescherming van de mensenrechten », in *Het statuut van de geestesgestoorden* (P. SENAËVE éd.), Anvers, Maklu, 1999, pp. 15 et s. ; G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2005-2008) », *o.c.*, nos 33 et s.

(17) Voy. not. : C.E.D.H., *Houtman & Meeus c. Belgique*, arrêt du 17 mars 2009, *T. Strafr.*, 2009, p. 185, obs. P. DE HERT, A. HOEFMANS et K. WEIS. Pour les arrêts fondateurs, voy. : C.E.D.H., *Winterwerp c. Pays-Bas*, arrêt du 24 octobre 1979, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 33 ; C.E.D.H., *Ashingdane c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 mai 1985, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 93 ; C.E.D.H., *Aerts c. Belgique*, arrêt du 30 juillet 1998, *CEDH*, 1998-V, p. 1939.

(18) Voy. not. : C.E.D.H., *Khudobin c. Russie*, arrêt du 26 octobre 2006, *T. Strafr.*, 2006, p. 375, obs. F. OLCER et P. DE HERT ; C.E.D.H., *Herczegfalvy c. Autriche*, arrêt du 24 septembre 1992, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 244, *J.J.P.*, 2002, p. 271, note I. BRANDON.

(19) C.E.D.H., 26 octobre 2006, précité ; C.E.D.H., 24 octobre 1979, précité.

(20) C.E.D.H., *Renolde c. France*, arrêt du 16 octobre 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1540, *J.D.E.*, 2008, p. 287 (somm.) (sanction disciplinaire infligée à un détenu atteint de troubles mentaux) ; C.E.D.H., 26 octobre 2006, précité ; C.E.D.H., *Rivière c. France*, arrêt du 11 juillet 2006, *Gaz. Pal.*, 9 décembre 2006, p. 34, note D. VIRIOT-BARRIAL (maintien en détention sans encadrement médical approprié d'un détenu malade mental avec tendances suicidaires) ; J. CALLEWAERT, « L'affaire Herczegfalvy ou le traitement psychiatrique à l'épreuve de l'art. 3... et vice versa », *Rev. trim. D.H.*, 1993, p. 433 ; M. MOLINER-DUBOST, « La détention de personnes atteintes de troubles mentaux : condamnation ferme de la 'prison - asile'. (Cour européenne des droits de l'homme, 11 juillet 2006, *Rivière c. France*) », *Rev. trim. D.H.*, 2007, p. 541. *Adde* : les travaux du « Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements dégradants » (C.P.T.) ; Recommandation n° 1235 « relative à la psychiatrie et aux droits de l'homme » (1994) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ; Réponse du Conseil des Ministres, adoptée à la 675<sup>e</sup> réunion des Délégués des Ministres le 15 juin 1999.

(21) C.E.D.H., *Herczegfalvy c. Autriche*, arrêt du 24 septembre 1992, § 91, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 244, *J.J.P.*, 2002, p. 271, note I. BRANDON.

(22) La privation de liberté d'un malade mental n'est conforme à l'article 5 C.E.D.H. que si elle se base sur un *examen médical objectif*, sauf en cas d'urgence. Voy. : H. NYS, *La médecine et le droit*, *o.c.*, p. 239, n° 594 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 14<sup>e</sup> éd., *o.c.*, n° 453. L'arrêt *Herczegfalvy c. Autriche*, précité, révèle que si l'article 3 C.E.D.H. protège les patients internés, le contrôle de la Cour s'arrêtera, dans bon nombre de cas, devant la liberté thérapeutique (K. VANLEDE, « De opname en behandeling van geestesgestoorden en de mensenrechten », *o.c.*, nos 52 à 56).

mesures d'incapacité doivent être nécessaires, subsidiaires à tout autre mécanisme de protection et proportionnelles au manque d'autonomie<sup>(23)</sup>.

Dans le domaine des *incapacités et statuts de protection civils*, qui ne peuvent découler automatiquement d'une mesure de traitement médico-psychiatrique<sup>(24)</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme<sup>(25)</sup> ajoute aux garanties procédurales l'exigence qu'une mesure civile d'incapacité soit individualisée<sup>(26)</sup> et non définitive<sup>(27)</sup>. On perçoit également une tendance à accentuer la protection des intérêts personnels des personnes vulnérables et/ou frappées d'incapacité patrimoniale<sup>(28)</sup> ; telle est une des lignes de force de la loi du 17 mars 2013.

## 162. Définitions et notions voisines.

1. La *capacité juridique*, au sens le plus large, est l'aptitude à être investi de droits ou d'obligations dans la vie civile, et à accomplir les actes juridiques personnellement<sup>(29)</sup>.
2. La *capacité de jouissance* est l'aptitude à être titulaire d'un droit ou d'une obligation. En principe, toute personne la possède dès sa naissance quel que soit son état mental. Il ne subsiste plus d'incapacité de jouissance générale depuis l'abolition de la mort civile (art. 18 Const.), seulement des incapacités spéciales, *ab initio*<sup>(30)</sup> ou par déchéance<sup>(31)</sup>.

(23) Principalement ceux issus de la Convention des Nations unies n° 61/106 du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées. Cette convention a été ratifiée par la Belgique le 2 juillet 2009. *Adde* : Recommandation n° R(83)2 du 22 février 1983 du Conseil de l'Europe sur la protection juridique des personnes atteintes de troubles mentaux et placées comme patients involontaires ; Recommandation n° R(99)4 du 23 février 1999 du Conseil de l'Europe sur les principes juridiques concernant la protection juridique des majeurs incapables ; Recommandation CM/Rec(2009)11 sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité.

(24) Art. 9 Recommandation n° R(83)2, précitée.

(25) Pour une analyse de la jurisprudence européenne : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., pp. 164-169, n°s 215-221.

(26) En aucun cas les personnes vulnérables ne doivent subir des mesures applicables à une « catégorie » de personnes. Voy. : C.E.D.H., *Winterwerp c. Pays-Bas*, arrêt du 24 octobre 1979, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 33, § 75.

(27) C.E.D.H., *Matter c. République Slovaque*, arrêt du 5 juillet 1999, inédit.

(28) À propos des décisions médicales ou relatives à la maîtrise du corps, *supra*, n° 113. En ce sens : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 172 et « De hervorming van het voorlopig bewind », in *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003* (P. SENAËVE et F. SWENNEN éds), Anvers, Intersentia, 2003, pp. 146-148, n°s 318-320 ; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., p. 163, n° 213.

(29) Y.-H. LELEU, « La capacité juridique. Notions générales », o.c., n° 3.

(30) Ex. : capacité d'hériter (art. 725), incapacité de disposer et/ou recevoir à titre gratuit (art. 907 et 909), interdiction de la vente entre époux (art. 1595 ; Liège, 31 janvier 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1402), etc. Si elles frappent les étrangers (ex. : art. 912, aujourd'hui abrogé – droit de prélèvement successoral ; art. 667 C. jud. – droit à l'assistance judiciaire), elles peuvent contrevenir au principe de non-discrimination (voy. : C.A., 4 mars 1993, n° 20/93, *Jura. Falc.*, 1993, p. 3, note M. FOBLETS, *Rev. dr. étr.*, 1993, p. 28, note M. FOBLETS, *T. Vreemd.*, 1993, p. 14, note M. FOBLETS).

(31) Ex. : art. 31-33 C. pén., déchéance de droits politiques ou civils, tantôt obligatoire, tantôt facultative, en général limitée dans le temps, sauf pour le délit de collaboration (art. 123sexies, § 1<sup>er</sup>, C. pén.) ; déchéance de l'autorité parentale (art. 32 L. du 8 avril 1965) ; indignité successorale (art. 727), etc.

3. La *capacité d'exercice* est l'aptitude à faire valoir ses droits seul sans représentation, assistance ou autre modalité de protection. En principe, seule une mesure de protection prévue par la loi peut la réduire (art. 1123-1124, réd. L. du 17 mars 2013).
4. Le *pouvoir* désigne l'aptitude à exercer les droits d'autrui. Pouvoir et capacité ne se recoupent pas, ainsi qu'en témoignent notamment les aménagements apportés aux pouvoirs des personnes mariées<sup>(32)</sup>, qui conservent leur capacité juridique (art. 212, al. 3), ou encore le fait qu'un mineur puisse être mandataire (art. 1990) ou exercer l'autorité parentale (*infra*, n° 255).
5. La *capacité de fait* est l'aptitude en fait à exprimer une volonté pouvant, sous réserve de vérification judiciaire en cas de contestation, constituer un consentement valable à un acte juridique (art. 1108)<sup>(33)</sup>, ou l'aptitude en fait à accomplir des actes matériels pouvant entraîner des conséquences de droit (ex. : écrire, conduire une voiture, etc.). Elle est d'une importance considérable car il y a lieu de prévoir des solutions pour les cas, fréquents, où un incapable de fait n'est pas (encore) déclaré incapable de droit et participe à la vie en société<sup>(34)</sup>.
6. L'*imputabilité pénale* concerne aussi l'état mental de la personne ; elle s'apprécie au regard des causes légales de justification ou de non-imputabilité (art. 71 C. pén.) et peut justifier une mesure d'internement<sup>(35)</sup>, à ne pas confondre avec les mesures privatives de liberté issues de la loi du 26 juin 1990 (*infra*, n°s 240 et s.). La privation de liberté en vertu d'une sanction pénale est, en tant que telle, sans incidence sur la capacité juridique de la personne<sup>(36)</sup>.
7. Existe-t-il une incapacité juridique de disposer de son corps ou des éléments qui le composent ? Les propos qui précèdent le démentent. La *maîtrise du corps* est un droit de la personnalité au

(32) Ex. : art. 215, 1416, 1418, etc.

(33) Application : Bruxelles, 30 juin 2006, *Res Jur. Imm.*, 2007, p. 266 (vente immobilière, trouble mental chez le vendeur).

(34) Ex. : en droit de la responsabilité civile, l'incapacité de fait peut enlever à l'acte son imputabilité, sans nécessairement faire obstacle à l'obligation d'indemniser le dommage (art. 1386*bis* ; F. SWENNEN, « De logische seconde. Over het toepassingsgebied van artikel 1386*bis* van het Burgerlijk Wetboek, met bijzondere aandacht voor het begrip 'partijen' », *R.G.D.C.*, 2000, p. 386).

(35) La loi du 9 avril 1930 de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude sera abrogée et remplacée par la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement des personnes. Cette loi entrera en vigueur au plus tard le 1<sup>er</sup> juillet 2016 (art. 136, réd. L. 19 octobre 2015). Sur l'internement : S. BERBUTO, « La défense sociale », in *Le point sur le droit pénal* (A. JACOBS coord.), CUP, Liège, 2000, p. 355 ; A. DE NAUW, « De internering en de burgerlijke partij in het daglicht van het cassatiearrest van 11 januari 1983 », *R.W.*, 1983-1984, col. 625 et s. Sur la protection des biens des personnes internées : P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *o.c.*, n°s 352 et s.

(36) L'interdiction légale a été abrogée par la loi du 22 novembre 2004, d'application immédiate aux interdictions existantes (art. 4).

régime différent de celui du droit de propriété<sup>(37)</sup>. Un incapable de fait ou de droit n'en perd donc pas la titularité (ex. *supra*, n° 113). Seul son exercice, en matière médicale par exemple, peut être aménagé par un système de consentement de substitution<sup>(38)</sup>.

**163. Règles d'interprétation et autonomie de la volonté.** Le principe d'interprétation restrictive de l'incapacité découle de la loi interne<sup>(39)</sup> et de normes internationales<sup>(40)</sup>. Les statuts d'incapacité, en nombre limité et prévus par la loi, ne doivent être appliqués qu'en cas de nécessité et dans le respect d'un principe de subsidiarité<sup>(41)</sup>. Cela est confirmé en de nombreuses reprises depuis la loi du 17 mars 2013 (art. 488/1, 489, 492, 492/2, ...).

Comme l'état, la capacité relève de l'ordre public. Elle intéresse la société et la sécurité juridique. Les conventions visant à modifier les règles qui régissent la capacité sont entachées de nullité absolue. Comme dans d'autres matières liées à l'état des personnes<sup>(42)</sup>, la volonté n'est pas sans prise sur la capacité, mais nécessite un détour par une procédure ou une formalité légale.

**164. Le cas du déficient mental sans mesure de protection. Sort des actes juridiques.** Le déficient mental qui n'est pas sujet à une mesure légale de protection conserve sa capacité d'exercice. Cette capacité n'en demeure pas moins liée à sa volonté. Si celle-ci fait défaut et le prive de sa capacité de fait à accomplir un acte juridique, la question de la validité de l'acte est aisément résolue par la négative. Si, par contre, le déficient mental est capable en fait, des moyens existent, des pis-aller, en vue soit d'invalider l'acte posé, soit d'assurer la participation de la personne à la vie juridique (*infra*, n° 165).

Le sort de l'acte juridique accompli par le déficient mental capable en fait est régi par les règles de formation des contrats, en particulier

(37) Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « La maîtrise de son corps par la personne », *o.c.*, p. 589.

(38) Art. 12-15 L. du 22 août 2002, réd. L. du 17 mars 2013 ; Y.-H. LELEU, « La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient », *o.c.*, pp. 657-658, n°s 47-59. Il faut réserver le cas de l'euthanasie – *supra*, n° 109.

(39) Ex. : art. 902, 1123 et 1594. Application : Civ. Huy, 2 octobre 2013, *J.J.P.*, 2014, p. 343 ; J.P. Zottegem-Herzele, 18 janvier 2012, *J.J.P.*, 2013, p. 436.

(40) Recommandation n° R(99)4 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables (reproduite in Th. DELAHAYE, *L'administrateur provisoire (article 488bis du Code civil)*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 241). Voy. : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, *o.c.*, p. 170, n° 223.

(41) Voy. à ce sujet sous l'ancien droit : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 2<sup>e</sup> éd., *o.c.*, pp. 194-195, n° 318. Application : Civ. Anvers, 14 mai 2012, *R.W.*, 2012-2013, p. 1110, *N.F.M.*, 2013, p. 170, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 822 (somm.) (le mariage a la préférence sur l'administration provisoire).

(42) Sur les rapports entre ces notions : Y.-H. LELEU, « La capacité juridique. Notions générales », *o.c.*, n° 6.

par la condition du consentement libre (art. 1108, al. 2)<sup>(43)</sup>. La preuve de la déficience mentale au moment de l'accomplissement de l'acte doit être rapportée par le demandeur et la nullité est en principe relative<sup>(44)</sup>. L'article 493/2 permet par ailleurs d'obtenir l'annulation d'un acte accompli avant qu'une mesure de protection judiciaire ne soit prononcée si la cause de la mesure « *existait notoirement à l'époque où* » l'acte a été accompli (*infra*, n° 200-1).

Pour les libéralités, la loi précise l'exigence d'un consentement « renforcé » (art. 901), sans déroger à la règle selon laquelle, comme pour tout acte juridique, l'absence de consentement valable (art. 1108) entraîne la nullité de l'acte<sup>(45)</sup>. En exprimant que pour ces actes, la personne doit être « saine d'esprit », la loi invite le juge à vérifier avec plus de sévérité que la volonté du gratifiant était apte à constituer un consentement valable au jour de l'acte. Car les contestations de libéralités pour ce motif sont fréquentes et, par ailleurs, il s'agit de respecter la volonté des disposants. La preuve de la déficience des capacités volitives est facilitée par une présomption que le juge peut déduire d'un état permanent ou habituel d'aliénation mentale à l'époque de l'acte, déférant la preuve (positive) de l'intervalle lucide à qui soutient la validité de l'acte<sup>(46)</sup>.

### 165. (suite) Mesures de protection conventionnelles ou prétoriennes.

Auparavant, la lourdeur des procédures de protection des aliénés et leur stigmatisation socio-familiale conduisaient à laisser la plupart d'entre eux sans protection juridique. Ils continuaient néanmoins de participer à la vie juridique, faisant courir aux tiers des risques d'insécurité non négligeables et exposant leurs proches à d'hasardeux procès en annulation. On ne disposait que d'expédients, des mesures de protection conventionnelles

(43) Et non pour défaut de *capacité* (art. 1108, al. 3). Voy. : W. DE BONDT, « De wilsgebreken herbekeken. Een studie uitgaande van een feitelijke analyse van de wils- en toestemmingsdefecten », *R.G.D.C.*, 1996, p. 369 ; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht, o.c.*, pp. 100 et s.

(44) Bruxelles, 30 juin 2006, *Res Jur. Imm.*, 2007, p. 266 (vente immobilière, trouble mental chez le vendeur). Comp. : en matière de mariage, *infra*, n°s 325 et 340.

(45) Traditionnellement, l'on exige un « consentement plus fort en matière de responsabilité ». Nous nous rallions à la doctrine, synthétisée au texte, soutenant que le consentement aux libéralités n'est pas de nature différente, mais que le législateur invite par l'article 901 à un contrôle plus sévère de sa validité. En ce sens : A.-J. ETIENNE et J.-L. LEDOUX, note sous Mons, 15 septembre 1995, *R.R.D.*, 1996, pp. 252-253. Pour une doctrine plus systématisée en Flandre : F. SWENNEN, « Het misverstand van de 'Theorie van de versterkte toestemming' bij giften », *A.J.T.*, 1998-1999, p. 569 et *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht, o.c.*, p. 248, n°s 313-314 ; *adde* : R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Anvers, Intersentia, 2008, p. 41, n° 54 ; M. PUELINCKX-COENE, N. GEELHAND et F. BUYSENS, « Overzicht van rechtspraak. Giften (1993-1998) », *T.P.R.*, 1999, p. 788, n° 5.

(46) Cass., 15 février 1957, *Pas.*, 1957, I, p. 713, note, *Rev. prat. not.*, 1957, p. 276. Si le demandeur se prévaut de l'état *habituel* d'aliénation mentale, le défendeur peut apporter la preuve que le testament a été rédigé dans un *intervalle lucide* (J. SACE, « Les testaments (fond) », *Rép. not.*, t. III, I. VIII/3, Bruxelles, Larcier, 1990, n° 19). Si l'aliénation mentale est *intermittente*, le demandeur doit prouver que le testament n'a pas été rédigé dans un *intervalle lucide*. Pour une analyse approfondie : M. PUELINCKX-COENE, « Vrijgevigheid, een privilege van gezonden van geest », *R.W.*, 1979-1980, col. 481.

ou prétoriennes, tantôt imparfaites en termes de sécurité juridique, tantôt inefficaces à défaut de pérennité.

À titre d'exemples de protections *contractuelles*<sup>(47)</sup>, nous pouvions citer, même avant la loi du 17 mars 2013, le mandat donné (valablement) à une personne capable<sup>(48)</sup>, que l'on conseillait spécial et non général, la gestion d'affaires entreprise par une personne capable<sup>(49)</sup> et la convention de porte-fort<sup>(50)</sup>. Les législations de droit biomédical ont élargi les facultés de conférer des pouvoirs de décision à des tiers en matière de droits personnels, par mandat ou déclaration<sup>(51)</sup>.

Des mesures *judiciaires* de protection particulières autres que les anciens statuts d'incapacité et l'actuelle mesure de protection judiciaire recevaient une base légale et étaient dotées d'une réelle efficacité<sup>(52)</sup>, tandis que d'autres, telle la nomination d'un administrateur judiciaire, doivent être proscrites sauf en cas d'urgence.

Les imperfections et risques que comportent ces mesures doivent conduire à envisager le plus fréquemment possible le recours à la protection extrajudiciaire, voire à la protection judiciaire selon les situations particulières, quitte à les modaliser, ce que permet la législation, en fonction du caractère limité de la déficience mentale et/ou physique.

(47) Pour une synthèse : Y.-H. LELEU, « La protection conventionnelle des personnes vulnérables », *o.c.*, pp. 234 et s.

(48) Voy. : L. MAUFRROID, « L'utilisation du mandat dans la gestion des biens des incapables majeurs », in *Pour les incapables majeurs... un vide juridique ?* (F.R.N.B. éd.), Bruxelles, 1983, pp. 18 et s. Cette solution était provisoire car le mandat prenait fin avec l'incapacité (juridique) du mandant mais seulement dans la mesure de cette incapacité, et subsistait pour les pouvoirs demeurés dans la capacité résiduaire de l'incapable (art. 2003 ; Y.-H. LELEU, « La protection conventionnelle des personnes vulnérables », *o.c.*, p. 237, n° 14).

(49) Voy. : H. CASMAN, « Gestion d'affaires et porte-fort », in *Pour les incapables majeurs... un vide juridique ?* (F.R.N.B. éd.), Bruxelles, 1983, pp. 23 et s. *Adde* : E. BEYSEN, *Zaakwaarneming*, in A.P.R., Malines, Kluwer, 2006.

(50) Voy. : P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *o.c.*, nos 404-406. Pour une illustration des difficultés possibles : J.P. Westerlo, 9 février 2004, *J.J.P.*, 2004, p. 218, *R.G.D.C.*, 2004, p. 355 (mise sous administration provisoire de la personne pour qui l'on s'est porté fort auparavant ; formalités de ratification).

(51) Ex. : mandataire conventionnel chargé d'émettre un consentement de substitution pour l'exercice de droits de patient, directives anticipées en matière d'exercice de droits de patient, déclaration anticipée en matière d'euthanasie (*supra*, n° 109) ; pour une synthèse : Y.-H. LELEU, « La protection conventionnelle des personnes vulnérables », *o.c.*, pp. 247 et s.

(52) Ex. : les retraits/transferts de pouvoirs entre époux (art. 220 et 1426 ; *infra*, n° 172). Pour un exemple d'application : Civ. Anvers, 14 mai 2012, *N.F.M.*, 2013, p. 170, *R.W.*, 2012-2013, p. 1110, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 822 (somm.)

## SECTION 2

### Personnes vulnérables en raison de leur état mental ou physique

#### § I. Mesure de protection

**166. Bibliographie.** F. DEGUEL, « La loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine : vers une simplification ? », *R.G.D.C.*, 2013, pp. 290-316 ; T. DELAHAYE et F. HACHEZ, « La loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine », *J.T.*, 2013, pp. 465-479 ; C. DE WULF, « La loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacités et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine », in C. DE WULF e.a. *La rédaction d'actes notariés. Droit des personnes et droit patrimonial de la famille*, Malines, Kluwer, 2013, pp. 233-266 ; C. DE WULF, « De nieuwe wettelijke regeling inzake beschermde personen. De wet van 17 maart 2013 tot hervorming van de regeling inzake onbekwaamheid en tot instelling van een nieuwe beschermingsstatus », *T. Not.*, 2013, pp. 255-326 ; S. MOSSELMANS et A. VAN THIENEN, « Bescherming en bewind voor meerderjarigen in het licht van de wet van 17 maart 2013 », in *Actualia Familierecht 2014-2015* (I. BOONE et C. DECLERCK eds), Bruges, La Chartre, 2015, pp. 83-150 ; K. ROTTHIER, « De nieuwe wet tot hervorming van het statuut van onbekwamen : Een overzicht vanuit vogelperspectief », *N.F.M.*, 2013, pp. 182-203 ; *La protection des incapables majeurs et le droit du mandat. Droit belge et droit comparé* (N. GALLUS éd.), Limal, Anthemis, 2014 ; *La protection des personnes vulnérables à la lumière de la loi du 17 mars 2013* (F.R.N.B. éd.), Bruxelles, Bruylant, 2014.

**167. Généralités. Principes directeurs.** La loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine (art. 488/1 à 502) a modifié en profondeur la protection des intérêts personnels et patrimoniaux des majeurs vulnérables.

La législation sur l'administration provisoire avait déjà comblé en 1991 la lacune creusée par l'absence de protection des majeurs vulnérables sans statut civil d'incapacité et qui n'étaient pas privés de liberté par une mesure contraignante à finalité curative. Ce statut ne visait toutefois que la protection des intérêts patrimoniaux de l'administré. Cette seconde lacune<sup>(53)</sup> est à présent palliée.

Le deuxième objectif de la loi du 17 mars 2013 a été de mettre en conformité le droit belge avec les dispositions supranationales (*supra*, n° 161) qui imposent le respect des principes de nécessité, de subsidiarité et de proportionnalité.

(53) J.P. Westerlo, 25 septembre 2009, *J.J.P.*, 2011, p. 130, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 268 (somm.).

La loi s'articule autour de 9 principes de base, dont l'empreinte se retrouve dans de nombreuses dispositions :

1. La distinction nette entre le statut du majeur et celui du mineur : il n'est apporté aucune modification au droit de la minorité ni fait référence à aucune de ses dispositions, même si certains mécanismes sont identiques, et les régimes de protection sont rapprochés ;
2. Le nouveau régime de protection se fonde sur l'ancien régime de l'administration provisoire, avec notamment la systématique de l'autorisation préalable avant d'accomplir certains actes ;
3. La protection de la personne et des biens sont séparées : cette séparation s'inscrit tant dans l'ordonnance du juge de paix que dans la répartition des tâches, puisque plusieurs administrateurs, l'un pour la personne, l'autre – ou les autres (*infra*, n° 179) – pour les biens, peuvent être désignés ;
4. La terminologie est corrigée : il n'est plus question d'administré, d'interdit, mais de personne protégée ;
5. La fonction de la personne de confiance est revalorisée, avec plus de précisions quant à ses interventions ;
6. La personne protégée est associée au processus décisionnel qui la concerne, en fonction de ses capacités ;
7. La capacité de la personne devient le principe, tandis que l'incapacité est dorénavant l'exception ;
8. Un régime de protection extrajudiciaire, fondé sur un contrat de mandat préalable, est instauré afin notamment de parvenir à un équilibre entre la protection de la personne protégée et la liberté de cette même personne ;
9. Enfin, une place particulière est donnée au droit transitoire, pour éviter un changement trop brutal et permettre une transition progressive entre les anciens statuts d'incapacité et le nouveau statut créé<sup>(54)</sup>.

Dans la pondération des intérêts en présence (personne – famille – tiers – société), le Code civil réformé privilégie ceux de la personne et respecte globalement les principes dégagés de la protection internationale des droits fondamentaux (*supra*, n° 161).

(54) Voy. les articles 226 et suivants de la loi du 17 mars 2013, réd. L. du 25 avril 2014 et L. du 10 août 2015.

## I. Conditions d'application

**168. Précision et souplesse.** Les conditions d'application des mesures de protection – extrajudiciaire ou judiciaire – sont à la fois précises et larges. La difficulté de cerner les causes multiples de vulnérabilité et l'importance du danger juridico-social de laisser des personnes vulnérables sans protection juridique, légitiment la vocation des mesures de protection à s'appliquer à un très large éventail de situations.

L'article 488/1 donne leur champ d'application et la définition de la vulnérabilité : une mesure de protection peut être prononcée à l'égard d'un majeur qui, en raison de son état de santé, est totalement ou partiellement hors d'état d'assumer lui-même, comme il se doit, sans assistance ou autre mesure de protection, fût-ce temporairement, la gestion de ses intérêts patrimoniaux ou non patrimoniaux.

**169. A. La personne inapte doit être majeure.** La condition de majorité distingue une mesure de protection des statuts d'incapacité des mineurs (minorité, autorité parentale et tutelle). Afin de pallier l'inconvénient qu'un mineur, protégé par l'autorité parentale ou la tutelle, se retrouve sans protection juridique les jours qui suivent sa majorité, l'article 488/1, alinéa 2, donne la possibilité de requérir le prononcé d'une mesure de protection pour un mineur à partir de l'âge de 17 ans accomplis, s'il est établi qu'à sa majorité, il sera dans l'état visé par l'alinéa 1<sup>er</sup>. Il est précisé que la mesure n'entre en vigueur qu'au moment où la personne protégée devient majeure (art. 488/1, al. 2, *in fine*).

**170. B. État de santé** La personne doit être, en raison de son état de santé, totalement ou partiellement hors d'état de gérer elle-même, comme il se doit, sans assistance ou autre mesure de protection, ses intérêts patrimoniaux ou non patrimoniaux, fût-ce temporairement.

Cette condition est similaire à celle ayant trait à la personne qui pouvait, sous l'empire de l'ancienne législation, être placée sous administration provisoire (anc. art. 488*bis*, A).

La condition, principale, relative à l'inaptitude à gérer ses intérêts, patrimoniaux ou non patrimoniaux, pour des raisons de santé souligne le caractère général du statut et sa vocation à s'appliquer largement. Elle est plus souple que celles présidant les anciens statuts de la minorité prolongée ou de l'interdiction, et s'en distingue aussi par la prise en compte de situations temporaires.

Sous l'empire de l'administration provisoire, il fallait en principe que l'inaptitude à la gestion résulte d'une *altération de volonté* liée à l'état de santé, compris très largement au sens psychique ou physique sans

référence à une pathologie particulière<sup>(55)</sup> : une volonté saine entravée par un corps malade n'empêche en effet pas la désignation d'un mandataire, qui peut être extrajudiciaire. Nous approuvons toutefois la jurisprudence qui ordonnait une administration provisoire (modulée) lorsqu'une inaptitude (seulement) physique rendait impossible la gestion des biens<sup>(56)</sup>, et pensons qu'il peut toujours en être de même aujourd'hui.

Dans la pratique, une mesure de protection trouve un terrain d'application important chez les personnes démentes ou de grand âge, ces dernières étant appelées à constituer une catégorie démographique importante. Le grand âge n'emporte aucune présomption d'inaptitude à la gestion d'un patrimoine ni à exprimer un consentement valable<sup>(57)</sup>, mais en fonction des circonstances, autant la sénilité (pathologie) que l'affaiblissement des capacités physiques et volitives des personnes très âgées sont visées, toujours dans la mesure de leur impact sur l'aptitude à la gestion<sup>(58)</sup>. Cette aptitude est relative et s'apprécie en fonction de l'ampleur du patrimoine ou de la complexité des actes à accomplir.

L'*alcoolisme* et la *toxicomanie*, ou d'autres addictions onéreuses (au jeu, au sexe tarifé réel ou virtuel, *etc.*), s'ils affectent la volonté et la gestion du patrimoine, ouvrent la possibilité d'une mesure de protection. Ils posent moins de difficultés en cette matière que pour l'application éventuelle de la loi du 26 juin 1990, car la discussion sur le point de savoir s'il s'agit de « maladies » peut être évitée (*infra*, n° 242)<sup>(59)</sup>.

L'état de *détention* ou l'*absence* de fait, circonstances étrangères à l'état de santé, ne justifient pas l'application du statut.

(55) Voy. à ce sujet les travaux préparatoires, not. rapport HERMAN-MICHELSEN, *Doc. parl.*, Sén., sess. 1990-1991, n° 1102/3, pp. 8 et 27. En ce sens : Th. DELAHAYE, *L'administrateur provisoire (article 488bis du Code civil)*, 3<sup>e</sup> éd., o.c., pp. 31 et s., n°s 30 à 37, spéc. n° 35 ; P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », o.c., pp. 227-228, n° 271.

(56) Dans le cadre d'une administration provisoire : J.P. Furnes, 6 février 2007, *J.J.P.*, 2009, p. 175, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 941 (somm.) (cécité) ; J.P. Fontaine-l'Evêque, 6 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1467, *Rev. not. belge*, 2006, p. 523 (maladie de Parkinson sans atteinte aux facultés intellectuelles mais bien aux capacités de mouvement et de déplacement – nécessité imposée à l'administrateur provisoire de tenir la personne étroitement informée de la gestion) ; comp. : J.P. Roeselaere, 23 décembre 2004, *R.W.*, 2005-2006, p. 873 (cécité – refus) ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 13<sup>e</sup> éd., o.c., n° 501 ; plus restrictif et exigeant une altération de capacités volitives : P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », o.c., p. 228, n° 271, note 3 ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 2<sup>e</sup> éd., o.c., p. 210. *Contra* : J.P. Zottegem-Herzele, 18 janvier 2012, *J.J.P.*, 2013, p. 436 (de simples défiances physiques ne suffisent pas pour ordonner une mesure, même si la gestion patrimoniale est plus difficile en pratique).

(57) Dans le cadre d'une administration provisoire : Bruxelles, 10 novembre 2005, *Rev. not. belge*, 2006, p. 52 ; Civ. Louvain, 18 février 2005, *R.A.B.G.*, 2006, p. 1205. Voy. M. VERRYCKEN, « L'administration provisoire et les personnes âgées. Réflexions de lege ferenda », in *Liber amicorum Paul Delnoy* (Chr. BIQUET-MATHIEU (e.a.) éd.), Bruxelles, Larcier, 2005, p. 533.

(58) Dans le cadre d'une administration provisoire : J.P. Ronse, 18 octobre 1991, *T. Not.*, 1992, p. 143 ; J.P. Soignies, 2 octobre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 731, obs. G. de LEVAL ; comp. : J.P. Ixelles, 30 octobre 1991, *J.J.P.*, 1992, p. 69.

(59) Applications en matière d'administration provisoire : Civ. Bruxelles, 30 janvier 1996, *Rev. not. belge*, 1996, p. 228 ; J.P. Courtrai, 4 mars 1992, *R.W.*, 1992-1993, p. 37. Comp. (refus) : Civ. Louvain, 18 février 2005, *R.A.B.G.*, 2006, p. 1205.

**171. C. La protection des intérêts de la personne est nécessaire.**

L'article 488/1, alinéa 1<sup>er</sup>, exprime les principes de nécessité, de subsidiarité et de proportionnalité, puisqu'il pose comme condition que la personne est placée sous protection *si et dans la mesure* où la protection de ses intérêts patrimoniaux ou non-patrimoniaux le nécessite.

Une mesure de protection n'est donc prononcée que lorsqu'elle est nécessaire, et ne va pas outre ce nécessaire.

**172. D. Prodigalité.** Dans le cadre de la législation sur l'administration provisoire, nous estimons que des comportements anormaux sur le plan de la gestion patrimoniale devaient être tolérés jusqu'à une certaine limite, en vertu du droit de chacun à (mal) gérer ses biens<sup>(60)</sup>. Quand cette limite convergait avec la condition liée à l'état de santé (ex. : prodigalité), elle ouvrait la voie vers l'administration provisoire<sup>(61)</sup>. La gravité ou la permanence de l'état de santé importait peu, car la mesure pouvait être aménagée pour restreindre partiellement ou temporairement la capacité patrimoniale.

C'est aujourd'hui confirmé par l'article 488/2 du Code civil, en vertu duquel une mesure de protection limitée aux biens peut être ordonnée à l'égard d'un majeur qui se trouve dans un état de prodigalité.

La proposition de loi définissait à l'origine l'état de prodigalité, comme étant la tendance certaine et habituelle à dilapider son patrimoine par des dépenses excessives, excédant les revenus habituels de la personne et entamant son capital sans aucune justification<sup>(62)</sup>. Il a finalement été décidé de laisser à la jurisprudence le soin de définir cette notion.

## 2. Mesure de protection judiciaire

### 1° Procédure

#### 173. Personnes habilitées à demander la mesure.

A. La personne à protéger peut postuler elle-même le prononcé d'une mesure de protection judiciaire. Cette innovation appréciée depuis la loi du 18 juillet 1991 sur l'administration provisoire, mais

(60) J.P. Roeselaere, 23 décembre 2004, R.W., 2005-2006, p. 873 (motifs). L'administration provisoire n'est pas une mesure d'« hygiène sociale » (F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 2010, p. 204).

(61) En ce sens : J.P. Courtrai, 23 novembre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 247 (somm.), J.J.P., 2007, p. 231 ; J.P. Westerlo, 16 octobre 2003, R.W., 2004-2005, p. 113, note F. SWENNEN ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 13<sup>e</sup> éd., o.c., n° 501 ; *contra* : J.P. Roeselare, 23 décembre 2004, R.W., 2005-2006, p. 873, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 303 (somm.) ; J.P. Grâce-Hollogne, 3 décembre 1993, J.L.M.B., 1994, p. 428 ; sur cette controverse : Th. DELAHAYE, *L'administrateur provisoire (article 488bis du Code civil)*, 3<sup>e</sup> éd., o.c., p. 34, n° 34 et les réf. cit. (notes 104 et 105).

(62) Voy. Proposition de loi instaurant un statut de protection global des personnes majeures incapables, *Développements, Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 1009/001, art. 24, p. 80.

rarement mise à profit, vise les cas où la personne constate le déclin de ses aptitudes à la gestion de ses intérêts, craint que la mesure ne soit pas (rapidement) sollicitée par son entourage ou veut se protéger de tout ou partie de son entourage.

- B. La requête peut émaner de *tout intéressé* (art. 1238, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, C. jud.). La personne intéressée pourrait être un conjoint, un cohabitant légal ou un partenaire de fait, un membre de la famille, un ami, un voisin, un mandataire général ou spécial, extrajudiciaire ou non, un notaire<sup>(63)</sup>, un avocat<sup>(64)</sup>, un médecin – traitant ou autre<sup>(65)</sup> –, un membre du personnel de l'établissement où la personne réside, un exécuteur testamentaire<sup>(66)</sup>, une personne morale chargée de la défense des intérêts de personnes vulnérables (ex. : C.P.A.S.)<sup>(67)</sup> ou un créancier si la personne y trouve un avantage<sup>(68)</sup>.

La requête précise le degré de parenté ou la nature des relations entre le requérant et la personne (art. 1240, al. 3, 1<sup>o</sup>, C. jud.) afin de permettre au juge d'apprécier son intérêt, lequel ne peut en principe être purement matériel, sauf si la personne à protéger y trouve un avantage.

- C. Le *procureur du Roi* est expressément habilité à demander la désignation d'un administrateur.
- D. Enfin, le *juge de paix* peut désigner d'office un administrateur dans trois situations (art. 1239 C. jud.) :

(63) Dans le cadre d'une administration provisoire : comp. : J. DEMBLON, « La fonction notariale », *Rép. not.*, t. XI, l. V/1, Bruxelles, Larcier, 1992, n° 22.

(64) Dans le cadre d'une administration provisoire : Civ. Charleroi, 27 juin 1997, *J.T.*, 1998, p. 579.

(65) Dans le cadre d'une administration provisoire : J.P. Fontaine-l'Évêque, 3 décembre 2010, *J.J.P.*, 2014, p. 313 (le médecin traitant peut demander la mise sous protection mais ne peut pas rédiger le certificat médical joint à la requête) ; J.P. Bruxelles, 21 janvier 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 433 ; J.P. Roeselare, 20 septembre 1996, *R.W.*, 1997-1998, p. 1026. Le médecin lié à l'institution de résidence ne pourra établir le certificat médical, même s'il est le médecin traitant de la personne (*infra*, n° 176).

(66) Dans le cadre d'une administration provisoire : Civ. Bruxelles, 30 janvier 1996, *Rev. not. belge*, 1996, p. 228.

(67) P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 14<sup>e</sup> éd., o.c., n° 508. Dans le cadre d'une administration provisoire : Civ. Nivelles, 2 juillet 1993, *J.T.*, 1993, p. 78 ; P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », o.c., n° 278, b) ; *contra* : J.P. Roeselare, 28 mars 1995, *R.W.*, 1995-1996, p. 649.

(68) Dans le cadre d'une administration provisoire : P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », o.c., n° 278. Sur la coexistence entre l'administration provisoire et le règlement collectif de dettes : Civ. Liège (sais.), 27 octobre 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 489 (somm.) (désignation de l'administrateur provisoire en qualité de médiateur de dettes) ; Civ. Bruxelles (sais.), 24 novembre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1339 (somm.), *T. Not.*, 2005, p. 369 (nécessité pour le médiateur de dettes de tenir compte des exigences légales en matière d'autorisation spéciale du juge de paix) ; J.P. Roeselare, 29 janvier 2004, *J.J.P.*, 2005, p. 414 (demande de règlement collectif de dette par l'administrateur provisoire, autorisé) ; J.P. Westerloo, 19 novembre 2001, *R.G.D.C.*, 2002, p. 641, *R.W.*, 2002-2003, p. 1028, note A. DE WILDE, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 638 (somm.) ; F. SWENNEN, « De hervorming van het voorlopig bewind », o.c., p. 150, n° 323 ; E. VIEUJEAN, note sous J.P. Charleroi, 29 juillet 1999 et 24 novembre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 730.

1. lorsqu'il est saisi d'une requête de mise en observation ou de maintien dans un établissement psychiatrique ou en milieu familial (art. 5, 13, 14, 23 et 25 L. du 26 juin 1990)<sup>(69)</sup>. Le juge de paix peut faire usage de cette faculté même s'il rejette la demande<sup>(70)</sup>, et la mission de l'administrateur désigné d'office ne prend pas fin avec la levée de la mesure protectionnelle<sup>(71)</sup>.
2. lorsque l'internement de la personne est ordonné. Dans ce cas, l'internement et la mesure de protection sont prononcés dans deux ordonnances distinctes.
3. lorsque le juge estime que la mesure de protection extrajudiciaire n'est pas (art. 490/1, § 2 ; *infra*, n° 214) ou n'est plus suffisante (art. 490/2, § 2, al. 1<sup>er</sup> ; *infra*, n° 214).

**173-1. (suite) Limitations.** La loi pose toutefois deux limitations à ce principe.

D'une part, et par exception à la règle générale, si la mesure de protection judiciaire est envisagée en raison de l'état de prodigalité dans laquelle se trouve la personne à protéger, il n'y a que cette dernière, son conjoint, son cohabitant légal, la personne avec laquelle elle vit maritalement, un membre de la famille proche ou son mandataire extrajudiciaire qui peuvent demander le prononcé d'une telle mesure (art. 1238, § 1<sup>er</sup>, al. 2, C. jud.). L'objectif est accessoirement de sécuriser le patrimoine familial.

D'autre part, l'article 1238, § 2, du Code judiciaire nous précise qu'une même personne ne peut avoir introduit qu'un maximum de 2 demandes durant les 10 années précédant l'introduction de la dernière demande si le juge de paix a refusé de faire droit à une demande reposant sur les mêmes motifs au cours de la même période. L'objectif est d'éviter l'insistance procédurale d'une personne qui pourrait poursuivre un intérêt propre.

**174. Compétence.** Bien que le statut affecte la capacité, qui relève de l'état de la personne, c'est le juge de paix qui est compétent ; il connaît

(69) Dans le cadre d'une administration provisoire : J.P. Jumet, 25 mai 1999, *J.T.*, 1999, p. 722. Dans le cadre de cette mesure, le juge de paix demande d'office la désignation d'un avocat aux autorités professionnelles compétentes (art. 7, § 1<sup>er</sup>, L. du 26 juin 1990).

(70) Dans le cadre d'une administration provisoire : J.P. Fosses-la-Ville, 13 décembre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 738, obs. C. DAUBANTON, *R.R.D.*, 1992, p. 64, note V. LOUANT ; *contra* : E. VIEUJEAN, « Le majeur physiquement ou mentalement inapte à gérer ses biens », in *Protection des malades mentaux et incapacités des majeurs : le droit belge après les réformes* (M.-Th. MEULDERS-KLEIN éd.), Bruxelles, E. Story-Scientia, 1993, pp. 233-234, n° 5.

(71) Voy. P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *o.c.*, n° 281.

de toutes les demandes relatives à une mesure de protection, judiciaire et extrajudiciaire (art 594, 16°, C. jud.)<sup>(72)</sup>.

Le juge territorialement compétent est celui de la *résidence* de la personne à protéger<sup>(73)</sup> ou, à défaut, de son *domicile* (art. 623 et 628, 3°, C. jud.)<sup>(74)</sup>. Ce juge demeure compétent même si la personne protégée quitte le canton pour établir ailleurs sa nouvelle résidence principale<sup>(75)</sup>. Toutefois, à la demande de la personne protégée, de sa personne de confiance, de tout intéressé, de l'administrateur ou même d'office, le juge peut décider de transmettre le dossier au juge de paix du canton de la nouvelle résidence principale, lorsque la personne protégée a quitté le canton pour s'installer de manière durable dans un autre canton (art. 628, 3°, C. jud.). C'est le juge de paix de ce nouveau canton qui devient compétent. En toute hypothèse, il peut rendre visite à la personne protégée, hors de son canton (art. 623, al. 2, C. jud.).

**175. Requête unilatérale. Contenu.** Alors que la procédure de mise en place d'une administration provisoire a évolué en 2003 d'une introduction par requête unilatérale à celle par requête contradictoire, le législateur de 2013 est revenu à la requête unilatérale<sup>(76)</sup> (art. 1240 C. jud.). Par la requête contradictoire, le législateur de 2003 souhaitait rendre contradictoire la procédure en désignation d'un administrateur provisoire (anc. art. 488bis-B, § 5 *in fine jo.* art. 1034bis et s. C. jud.), avec notamment pour effet – recherché – de conférer à la personne à protéger la qualité

(72) Dans le cadre d'une administration provisoire, en cas d'urgence, le président du tribunal, statuant en référé, pouvait être compétent (Civ. Liège (réf.), 4 mars 1994, *R.G.D.C.*, 1994, p. 407, *J.L.M.B.*, 1994, p. 681). Le juge de paix conservait sa compétence, pour la suite de l'administration provisoire, même si le tribunal de première instance a été saisi d'un recours contre la désignation de l'administrateur (Trib. arr. Bruxelles, 1<sup>er</sup> avril 1996, *Rev. not. belge*, 1996, p. 336). Sur la compétence du tribunal de première instance, aujourd'hui chambre familiale, par litispendance ou connexité : G. CLOSSET-MARCHAL, « La protection des biens des malades mentaux : aspects de droit judiciaire », in *Protection des malades mentaux et incapacités des majeurs : le droit belge après les réformes* (M.-Th. MEULDERS-KLEIN éd.), Bruxelles, E. Story-Scientia, 1993, p. 341.

(73) Même si cette personne est de nationalité étrangère (art. 35, § 1<sup>er</sup>, Code de D.I.P.).

(74) Pour plus de détails, notamment sur les notions de résidence et de domicile au sens de législation relative à l'administration provisoire, mais dont les termes sont identiques aujourd'hui : P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *o.c.*, n<sup>os</sup> 283-287. Dans le cas où le juge de paix désigne d'office un administrateur (*supra*, n<sup>o</sup> 173), sa compétence est fondée sur l'article 627, 6°, C. jud. : est compétent le juge du lieu où le malade est soigné ou a été placé, ou, à défaut, celui du lieu où le malade se trouve (sur la rupture de parallélisme entre les lois de 1990 d'une part, et de 1991 et 2013 d'autre part : P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *o.c.*, n<sup>o</sup> 285).

(75) *Contra* : J.P. Roeselare, 9 octobre 2003, *T. Not.*, 2005, p. 355 (le juge du nouveau lieu de résidence s'estime compétent pour autoriser une aliénation alors que le dossier n'a pas été transmis). Si la personne change de résidence après la requête, celle-ci est irrecevable ; *contra* : Th. DELAHAYE, note sous Civ. Liège, 16 février 2005, *J.T.*, 2005, p. 482 (compétence territoriale à apprécier au moment du dépôt de la requête).

(76) Sur les conséquences de ce choix, notamment sur le plan de l'exécution provisoire d'une ordonnance du juge de paix, voy. not. F. DEGUEL et Y.-H. LELEU, « L'administration provisoire », in *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police 2011* (C. ENGELS et P. LECOCQ éd.), vol. 15, Bruges, La Chartre, 2011, p. 48, n<sup>o</sup> 3.

de partie au procès (anc. art. 488bis-B, § 7, al. 6). Le choix de la requête unilatérale s'explique aujourd'hui par le fait qu'en cas de mesure de protection, il n'y a pas d'intérêts opposés : le juge retient uniquement l'intérêt de la personne à protéger<sup>(77)</sup>.

La requête doit comprendre plusieurs mentions :

- À *peine de nullité*, la requête doit contenir (art. 1240, al. 3, *jo* 1026 C. jud.) : l'identification des jour, mois et an ; l'identification du requérant, ou le cas échéant de ses représentants légaux ; l'objet et une indication sommaire des motifs de la demande ; la désignation du juge compétent ; la signature du demandeur ou de son avocat. La requête doit en outre mentionner (art. 1240, al. 3, 1° et 2°, C. jud.) : le degré de parenté ou la nature des relations entre le requérant et la personne à protéger, ainsi que l'identité et la localisation de la personne à protéger et d'éventuels cohabitants (parents ou partenaire affectif<sup>(78)</sup>). Enfin, la requête doit être accompagnée d'une attestation de domicile de la personne à protéger qui ne date pas de plus de 15 jours.
- *Dans la mesure du possible*, la requête fournit des informations de nature à permettre au juge de paix de modaliser la mesure de protection en fonction des circonstances (art. 1240, al. 5, C. jud.) : le lieu et la date de naissance de la personne à protéger ; la nature et la composition des biens à gérer ; l'identité des membres majeurs de sa famille jusqu'au deuxième degré ; l'identité des personnes qui pourraient faire office de personne de confiance ; les conditions de vie familiales, morales et matérielles dont la connaissance pourrait être utile au juge de paix pour la désignation d'un administrateur.

Si la requête est incomplète, le juge de paix invite le requérant à pallier les manquements dans les 8 jours (art. 1240, al. 6, C. jud.).

À *titre indicatif*, la requête peut comporter des « suggestions » concernant le choix de l'administrateur à désigner, la nature et l'étendue des pouvoirs à lui confier (art. 1240, al. 7, C. jud.).

Afin de permettre au juge de prononcer une mesure la plus personnalisée possible, l'article 1240, alinéa 8, du Code judiciaire invite le Roi à établir un modèle de requête dans lequel le requérant décrit, à l'aide d'un questionnaire, le réseau social de la personne à protéger (A.R. du 31 août 2014).

(77) Voy. Proposition de loi instaurant un statut de protection global des personnes majeures incapables, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2011-2012, n° 1009/010, p. 50.

(78) Sans aucune distinction quant au statut et au sexe.

**176. Examen de l'état de santé de la personne.** Sauf si la demande est fondée sur l'état de prodigalité de la personne à protéger, la requête doit être accompagnée d'un *certificat médical circonstancié* ne datant pas de plus de 15 jours<sup>(79)</sup>, et ce à peine d'irrecevabilité (art. 1241, al. 1<sup>er</sup>, C. jud.). Ce certificat est rédigé par le médecin sur la base de données médicales actualisées telles que le dossier du patient visé à l'article 9 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, ou après un examen médical récent – sans autre précision – de la personne<sup>(80)</sup> (art. 1241, al. 2, C. jud., réd. L. 25 avril 2014). Le Roi est en outre chargé d'établir un formulaire type (A.R. du 31 août 2014).

Le certificat médical doit au moins<sup>(81)</sup> préciser<sup>(82)</sup> :

- si l'intéressé peut se déplacer et, dans l'affirmative, s'il est indiqué qu'il se déplace compte tenu de son état ;
- l'état de santé de l'intéressé ;
- l'incidence de cet état de santé sur la bonne gestion des intérêts patrimoniaux ou autres, et en ce qui concerne les intérêts patrimoniaux, le certificat doit mentionner si la personne à protéger est encore à même de prendre connaissance du compte-rendu de gestion ;
- les soins qu'implique l'état de santé de l'intéressé ;

(79) Dans le cadre d'une administration provisoire : Civ. Liège, 16 février 2005, *J.T.*, 2005, p. 482, obs. Th. DELAHAYE (en cas de changement de résidence, le renvoi de la cause au juge de paix de la nouvelle résidence n'a pas pour effet de rendre obsolète le certificat médical joint à la requête introductive d'instance).

(80) Civ. Anvers, 27 juin 2013, *R. W.*, 2014-2015, p. 116, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 126 (somm.).

(81) J.P. Fontaine-l'Évêque, 8 octobre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 828 (est frappé d'irrecevabilité le défaut de production du certificat médical mais aussi son imprécision, notamment lorsqu'il ne reprend pas les mentions minimales de l'article 1241 du Code judiciaire, son défaut d'actualité ou encore la proximité du médecin) ; J.P. Fontaine-L'Évêque, 12 novembre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 50. À noter que par la loi du 10 août 2015, la mention des conséquences de l'état de santé constaté sur le « fonctionnement » de la personne, au sens de la Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé (voy. *infra*) n'est pas prescrite sous peine d'irrecevabilité de la requête jusqu'au 1<sup>er</sup> septembre 2017.

(82) On enseignait que le certificat à déposer lorsqu'une mise sous administration provisoire était sollicitée, ne pouvait pas contenir d'avis sur l'aptitude à gérer les biens (J.P. Roeselare, 3 juillet 2003, *J.J.P.*, 2005, p. 451, note F. REUSENS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 302 (somm.) ; J.P. Grâce-Hollogne, 3 décembre 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 428 ; très ferme en ce sens : Th. DELAHAYE, « L'administration provisoire en dix-sept leçons », p. 25.). Ce prescrit, comme les mentions légales autres que l'avis médical *stricto sensu*, ne paraissait néanmoins pas devoir être sanctionné par l'irrecevabilité de la requête. Si le certificat se limitait à une telle considération, la requête pouvait être irrecevable pour défaut d'avis quant à l'état de santé (J.P. Roeselare, 16 septembre 1993, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 336). Rapp. : G. BENOIT, « Commentaire de la loi du 18 juillet 1991 relative à la protection des biens des personnes totalement ou partiellement incapables d'en assumer la gestion en raison de leur état physique ou mental », in *L'administration provisoire : examen de 10 ans d'application de la loi du 18 juillet 1991 relative à la protection des biens de certains incapables majeurs*, Bruges, La Chartre, 2003, p. 14.

- les conséquences de cet état de santé constaté sur le « fonctionnement » de la personne, au sens de la Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé<sup>(83)</sup> ;
- Enfin, si l'état de santé figure dans la liste des états de santé visée à l'article 492/5, alinéa 1<sup>er</sup> (*infra*, n° 182-2).

Le certificat peut être délivré par le médecin traitant de la personne<sup>(84)</sup>, mais celui-ci ni aucun autre médecin n'y est tenu<sup>(85)</sup>. Pour garantir l'indépendance du praticien, il ne peut l'être par un médecin parent ou allié de la personne à protéger ou du requérant<sup>(86)</sup>, ni par un médecin attaché à l'établissement où cette personne se trouve (art. 1241, al. 4, C. jud.). Le principe selon lequel un certificat médical n'est jamais délivré qu'à la personne examinée<sup>(87)</sup> empêche tout tiers de le réceptionner, mais non le juge de paix de le recueillir sous pli fermé joint à la requête.

L'*urgence*<sup>(88)</sup> dispense de joindre un certificat médical à la requête<sup>(89)</sup>. Le juge qui admet les motifs d'urgence désigne un expert médical qui doit remettre un avis sur l'état de santé de la personne à protéger conformément au certificat-type établi par le Roi (art. 1241, al. 5, C. jud.).

La *force majeure*<sup>(90)</sup> résultant de l'impossibilité absolue de joindre à la requête un certificat médical (ex. : impossibilité d'examiner la personne, refus de la personne) est également visée par la loi. Dans ce cas, le demandeur doit indiquer les raisons de cette impossibilité dans la requête, ainsi

(83) Adoptée le 22 mai 2001 par la cinquante-quatrième Assemblée mondiale de la Santé (AMS). Par la loi du 10 août 2015, un nouvel article 230/3 est inséré dans la loi du 17 mars 2013 afin de stipuler que jusqu'au 1<sup>er</sup> septembre 2017, cette mention n'est pas prescrite sous peine d'irrecevabilité de la requête. Le législateur, sur interpellation de l'Union royale des juges de paix, a été sensible à l'argument selon lequel les professionnels de la santé sont peu nombreux à connaître cette classification internationale, de sorte qu'un délai supplémentaire est accordé en attendant une information complète du corps médical. Pour plus de détails, voy. not. <http://dcalin.fr/fichiers/cif.pdf> et <http://apps.who.int/classifications/icfbrowser/Default.aspx>.

(84) P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *o.c.*, n° 294, a).

(85) I. MASSIN, « La délivrance de certificats médicaux à un tiers au regard du secret professionnel », *o.c.*, p. 162. Application : J.P. Hasselt, 21 décembre 1994, *Rev. dr. santé*, 1997-1998, p. 208, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 169 (somm.).

(86) Si c'est le médecin qui demande la mesure, il ne peut pas délivrer le certificat (J.P. Fontaine-l'Évêque, 3 décembre 2010, *J.J.P.*, 2014, p. 313).

(87) Voy. not. : Mons, 9 avril 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 151, *J.T.*, 2002, p. 409, *R.R.D.*, 2001, p. 262 ; I. MASSIN, « La délivrance de certificats médicaux à un tiers au regard du secret professionnel », *o.c.*, pp. 163-164, n° 6 ; *contra* : V. WYART, « La production des certificats médicaux », in *Actualités de droit familial et de droit médical* (E. THIRY éd.), Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 35.

(88) Ex. : nécessité d'accomplir un acte juridique sans délai (E. VIEUJEAN, « Protection du majeur physiquement ou mentalement inapte à gérer ses biens », *R.G.D.C.*, 1993, p. 27, n° 27). Application dans le cadre de l'administration provisoire : Civ. Liège, 27 juin 2012, *J.J.P.*, 2014, p. 331 (pas d'urgence).

(89) Dans le cadre d'une administration provisoire : J.P. Roeselare, 30 septembre 2003, *J.J.P.*, 2003, p. 412, *R.W.*, 2004-2005, p. 315, note F. SWENNEN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 776 (somm.).

(90) Application dans le cadre de l'administration provisoire : Civ. Liège, 27 juin 2012, *J.J.P.*, 2014, p. 331 (pas de force majeure) ; J.P. Fléron, 1<sup>er</sup> juillet 2013, *J.J.P.*, 2014, p. 339, note D. SCHEERS

que les motifs qui justifient une mesure de protection selon lui<sup>(91)</sup>. Le juge de paix apprécie si cette condition d'impossibilité absolue est rencontrée en l'espèce et si la requête contient suffisamment d'éléments pour justifier une mesure de protection. Si c'est le cas, le juge ordonne une expertise médicale, l'expert devant une nouvelle fois remettre un avis sur l'état de santé suivant le certificat-type établi par le Roi (art. 1241, al. 6, C. jud.).

**177. Instruction de la cause.** Lorsqu'une requête est déposée au greffe, le greffier vérifie si un contrat de mandat de protection extrajudiciaire et/ou une déclaration contenant le choix d'un administrateur et d'une personne de confiance ont été enregistrés dans le registre tenu à cette fin par la *Fédération royale du notariat belge*<sup>(92)</sup>, et sollicite qu'une copie certifiée conforme de ce contrat et/ou de cette déclaration lui soit transmise (art. 1242, al. 4, C. jud., réd. L. du 25 avril 2014).

Le greffier convoque<sup>(93)</sup> par pli judiciaire<sup>(94)</sup> pour être entendu par le juge de paix, le cas échéant en présence de leur avocat<sup>(95)</sup>, la personne à protéger, les personnes cohabitantes avec elle et dont la mention a été faite dans la requête, ainsi que la personne de confiance éventuellement désignée (*infra*, n° 178) et le mandataire de la personne à protéger (art. 1243, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, C. jud.). Ces personnes deviennent parties à la cause sauf si elles s'y opposent à l'audience (art. 1243, § 1<sup>er</sup>, al. 4). Le juge de paix a la faculté d'entendre la personne protégée à l'endroit où elle se trouve, même en dehors de son canton (art. 1244, § 2 ; art. 623, al. 2, C. jud.).

Les (autres) membres de la famille dont la mention a pu être faite dans la requête sont seulement informés<sup>(96)</sup> de l'introduction de la requête et des lieu et date d'audition de la personne à protéger. Cela leur donne la possibilité de comparaître à l'audience et d'y être entendus, ou de rédiger un avis avant cette date (art. 1243, § 1<sup>er</sup>, al. 5).

(91) J.P. Fontaine-L'Evêque, 17 novembre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 47 : ces 2 conditions doivent être remplies de manière cumulatives.

(92) Voy. A.R. du 31 août 2014 fixant les modalités de création, de tenue et de consultation du registre central des contrats de mandat en vue d'organiser une protection extrajudiciaire et du registre central des déclarations relatives à la désignation d'un administrateur ou d'une personne de confiance, *M.B.*, 2 septembre 2014, p. 65 368.

(93) Sauf application de l'article 708 du Code judiciaire, un délai minimum de 8 jours doit s'écouler entre la convocation et la date de fixation de l'audience.

(94) Sont joints au pli judiciaire une copie de la requête, ainsi qu'une copie de la déclaration contenant le choix d'un administrateur et/ou d'une personne de confiance. Le pli judiciaire qui est adressé à la personne protégée mentionne les nom et adresse de l'avocat commis d'office et mentionne que la personne a le droit de choisir un autre avocat et de se faire assister par un médecin (art. 1243, § 1<sup>er</sup>, al. 3, C. jud.).

(95) Si le juge se saisit d'office de la désignation d'un administrateur, l'assistance d'un avocat est requise en application de l'article 7, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 26 juin 1990 sur la protection des malades mentaux. Par ailleurs, l'article 1242 du Code judiciaire stipule que le greffier peut demander qu'un avocat commis d'office soit désigné à la demande de la personne à protéger, de tout intéressé et du procureur du Roi. Des règles particulières sont prévues quant aux dépens.

(96) Sur la distinction entre les personnes convoquées et les personnes informées dans le cadre d'une administration provisoire, voy. Cass., 14 novembre 2014, inédit, R.G. n° 14.0086.N.

Le juge de paix peut entendre toute personne susceptible de lui fournir des renseignements utiles et la convoquer par pli judiciaire (art. 1244, § 1<sup>er</sup>, al. 3). Il peut prendre des renseignements auprès de l'entourage de la personne, notamment ses parents jusqu'au deuxième degré et les personnes qui se chargent des soins quotidiens de l'intéressé ou qui l'accompagnent (art. 1244, § 1<sup>er</sup>, al. 2).

Il peut encore à ce stade de la procédure désigner un *expert médical* si le certificat fait défaut, n'est pas exploitable, ou encore pour examiner la capacité de la personne à exprimer seule sa volonté (art. 1244, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, *in fine*). De manière générale, il s'entoure de tous les renseignements qu'il estime utile, les renseignements étant dressés dans un procès-verbal (art. 1244, § 1<sup>er</sup>, al. 4). Il pourrait par exemple désigner un *expert judiciaire* aux fins d'analyser la composition du patrimoine à gérer<sup>(97)</sup>.

**178. Désignation d'une personne de confiance.** Aussi longtemps que dure l'administration, l'intéressé a le droit de se faire assister par une personne de confiance (art. 501, al. 1<sup>er</sup>). La réforme législative de 2013 revalorise le rôle de la personne de confiance pour humaniser la protection et renforcer le contrôle de l'administrateur. Elle sera issue de l'entourage proche de la personne à protéger<sup>(98)</sup> et apte à améliorer la communication avec les organes de gestion.

La désignation de la personne de confiance émane de la personne à protéger, qui peut faire une déclaration indiquant sa préférence quant au choix de celle-ci (art. 496). L'homologation de la désignation se fait par demande, écrite ou verbale, au juge de paix, par la personne à protéger, par un tiers dans l'intérêt de celle-ci ou par le procureur du Roi. En l'absence de déclaration, le juge peut désigner une personne de confiance sur demande ou d'office (art. 501, al. 4).

Le juge doit s'assurer que la personne désignée accepte ses fonctions, car la mission demeure volontaire et non obligatoire. En cas d'acceptation, le juge homologue la désignation, sauf s'il existe des raisons graves tenant à l'intérêt de la personne protégée et détaillées dans l'ordonnance, interdisant de suivre ce choix. Le juge peut également refuser la désignation sur la base d'un extrait du casier judiciaire de la personne envisagée (art. 501, al. 8).

(97) Dans le cadre d'une administration provisoire : E. VIEUJEAN, « Protection du majeur physiquement ou mentalement inapte à gérer ses biens », *o.c.*, p. 29, n° 28. L'article 962 C. jud. s'applique, dans la mesure du possible, à ces expertises (P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *o.c.*, n° 295, *b*) ; F. SWENNEN, « De hervorming van het voorlopig bewind », *o.c.*, p. 158, n° 342).

(98) Ex. : membre de la famille, ami, avocat, notaire, membre d'une association, *etc.* Applications dans le cadre de l'administration provisoire : J.P. Fléron, 18 décembre 2012, *J.J.P.*, 2014, p. 322 ; J.P. Furnes, 29 janvier 2008, *J.J.P.*, 2009, p. 131, note F. REUSENS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 940 (somm.).

Certaines personnes ne peuvent pas être désignées comme personne de confiance : l'administrateur de la personne protégée, les personnes sous protection judiciaire ou extrajudiciaire, les personnes morales, une personne déchue totalement de l'autorité parentale, et un parent de la personne protégée jusqu'au deuxième degré lorsque les parents ou l'un d'eux sont désignés comme administrateurs (*infra*, n° 206), sauf ordonnance spéciale du juge de paix (art. 501, al. 6).

Le juge peut désigner plusieurs personnes de confiance, en précisant les compétences respectives de chacune, ainsi que les modalités qu'elles doivent respecter pour exercer leurs compétences (art. 501, al. 9 et 10).

Le juge peut à tout moment, mettre fin au mandat de la personne de confiance (art. 501/1, al. 3). La personne protégée peut renoncer à l'assistance de la personne qu'elle a personnellement désignée (art. 501/1, al. 1<sup>er</sup>) et, le cas échéant, demander la désignation d'une nouvelle personne de confiance. On doit admettre, même si la loi ne le précise pas, que la personne de confiance puisse démissionner.

**178-1. (suite) Missions et responsabilité.** La personne de confiance reçoit peu de pouvoirs mais de multiples missions, distinctes ou auxiliaires de la gestion, synthétisées à l'article 501/2.

Elle est d'abord le pôle d'un *dialogue* soutenu avec les autres protagonistes : elle soutient la personne protégée et entretient avec elle des contacts dans la mesure du possible. La personne de confiance doit également se concerter régulièrement avec l'administrateur (art. 501/2, al. 1<sup>er</sup>).

La personne de confiance exerce ensuite un *contrôle* puisqu'elle reçoit les rapports dressés par l'administrateur (art. 501/2, al. 2), qui doit la tenir informée des actes accomplis relatifs à l'administration (art. 501/2, al. 2, *jo* art. 497/7). La personne de confiance peut également demander à l'administrateur toutes les informations qu'elle juge opportune. Afin que cette mission de contrôle opère ses pleins effets, la personne de confiance peut demander une révision de la mission de l'administrateur et même son remplacement (art. 501/2, al. 4, *jo* art. 496/7).

Enfin, la personne de confiance peut intervenir pour exprimer les souhaits de la personne protégée si cette dernière n'est pas en mesure de les exprimer elle-même, et ce dans les cas prévus par la loi (art. 501/2, al. 3 ; *infra*, n° 182-5). Si la personne protégée n'est simplement pas en mesure d'exprimer ses souhaits de manière autonome, la personne de confiance l'aide à cette fin.

Au niveau de sa responsabilité, la personne de confiance ne répond que de son dol ou de sa faute grave en cas de préjudice causé à la personne protégée dans l'exercice de sa mission (art. 501/2, al. 5).

**179. Désignation de l'administrateur.** La personne à protéger<sup>(99)</sup> peut proposer elle-même son administrateur pour le cas où une mesure de protection s'avérerait nécessaire<sup>(100)</sup>. Chacun<sup>(101)</sup> peut effectuer une déclaration (révocable<sup>(102)</sup>) en ce sens devant le juge de paix<sup>(103)</sup> ou devant un notaire (art. 496, al. 1<sup>er</sup>). La préférence de la personne est enregistrée par les soins du greffe ou du notaire dans un registre central tenu par la *Fédération royale du notariat belge*<sup>(104)</sup>, et qui sera consulté par le juge de paix avant le traitement d'une requête en désignation d'administrateur (art. 496, al. 6, *jo* art. 1242, dernier al., C. jud.).

Un contrôle est néanmoins opéré puisque le juge de paix doit *homologuer* cette désignation, après s'être assuré que la personne désignée accepte cette fonction. L'article 497 rappelle que les missions d'administrateur restent des charges personnelles, qui ne passent pas aux héritiers. Personne n'est obligé de les assumer (art. 496/5). Le juge de paix ne peut déroger au choix de la personne à protéger que pour des motifs graves tenant à l'intérêt de la personne à protéger et de manière motivée (art. 496/2). Le juge pourrait également refuser l'homologation sur la base d'un extrait du casier judiciaire.

À défaut ou à l'encontre d'une déclaration de préférence, le juge de paix *désigne* la personne la plus apte à assister ou représenter la personne à protéger<sup>(105)</sup>.

Il désigne tout d'abord un *administrateur de la personne* – si une telle désignation est nécessaire –, chargé d'assister ou de représenter la personne à protéger dans l'accomplissement d'actes relatifs à sa personne (art. 496/3, al. 2, *jo*, art. 494, b). Le juge décide en tenant compte de l'opinion de la personne à protéger, de sa situation personnelle, de ses conditions de vie et de sa situation familiale, mais suivant l'ordre de

(99) Selon l'article 496/1, l'administrateur « familial » – les parents, le conjoint, le cohabitant légal, la personne vivant maritalement avec la personne protégée ou un membre de sa famille proche – peut déposer devant le juge de paix qui gère l'administration une déclaration dans laquelle il fait connaître sa préférence quant à l'éventuel administrateur à désigner pour le cas où lui-même ne pourrait plus exercer sa mission

(100) La personne à protéger peut profiter de cette déclaration pour indiquer certains principes que l'administrateur chargé d'une mission de représentation (*infra*, n° 182-12) doit respecter dans l'accomplissement de sa mission (art. 496, al. 2).

(101) Lisez chaque personne pour laquelle aucune mesure de protection judiciaire n'a été prise.

(102) Art. 496, *in fine*.

(103) De la résidence ou le cas échéant du domicile de l'intéressé.

(104) Voy. A.R. du 31 août 2014 fixant les modalités de création, de tenue et de consultation du registre central des contrats de mandat en vue d'organiser une protection extrajudiciaire et du registre central des déclarations relatives à la désignation d'un administrateur ou d'une personne de confiance, M.B., 2 septembre 2014, p. 65368.

(105) Pour des considérations sur les garanties, les connaissances (juridiques, économiques et financières), et l'indépendance que doit avoir un administrateur provisoire, voy. not. Civ. Bruges, 4 mai 2011, *J.J.P.*, 2013, p. 374.

préférence indicatif<sup>(106)</sup> de la loi : les parents ou l'un d'eux, son partenaire cohabitant, un membre de la proche famille, une personne qui se charge des soins quotidiens de la personne à protéger ou qui accompagne cette personne et son entourage dans ces soins, ou encore une fondation – privée ou d'utilité publique<sup>(107)</sup> – qui se consacre exclusivement à la personne à protéger (art. 496/3, al. 2, réd. L. 25 avril 2014). Le juge de paix ne peut désigner qu'un seul administrateur de la personne, sauf le cas des parents qui peuvent être désignés ensemble (art. 496/4, § 1<sup>er</sup>).

De préférence, l'*administrateur des biens* est l'administrateur de la personne, sauf si cela est contraire à l'intérêt de la personne à protéger ou si aucune personne de confiance n'est désignée<sup>(108)</sup> (art. 496/3, al. 3). Dans ces hypothèses, au minimum 2 administrateurs sont désignés : l'un pour la personne, et l'autre pour les biens.

Dans le cas où le juge ne désigne pas d'administrateur de la personne ou s'il estime qu'une autre personne doit être désignée comme administrateur des biens, le juge choisit de préférence dans la même liste que pour l'administrateur des personnes, liste à laquelle est ajouté le mandataire de l'article 490 (*infra*, n° 211). Le juge tient une nouvelle fois compte de l'opinion de la personne à protéger et de sa situation personnelle et familiale, mais également de la nature et de la composition du patrimoine à gérer (art. 496/3, *in fine*).

Le juge peut désigner plusieurs administrateurs des biens si cela sert l'intérêt de la personne à protéger. Il précise alors les compétences et la manière dont les administrateurs exercent leurs compétences<sup>(109)</sup> (art. 496/4, § 2).

Le *conjoint* désigné administrateur conserve ses pouvoirs de gestion issus du régime matrimonial, de sorte que ne seront pas soumis à autorisation judiciaire spéciale, par exemple, les actes de gestion concurrente (art. 1416) sur des biens communs, même s'ils emportent aliénation de

(106) En cas d'administration provisoire : J.P. Molenbeek-Saint-Jean, 1<sup>er</sup> mars 2007, *J.J.P.*, 2008, p. 217 (suspicion de conflits familiaux) ; J.P. Roeselare, 9 mai 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 248 (somm.), *J.J.P.*, 2007, p. 248 (manque de relation de proximité entre la mère et la fille et risque de conflits d'intérêts) ; F. SWENNEN, « De hervorming van het voorlopig bewind », *o.c.*, pp. 165-166, n° 359. Le juge de paix pourra tenir compte, le cas échéant, des suggestions formulées dans la requête (art. 488bis-C, § 1<sup>er</sup>, al. 2 *in fine*).

(107) Après des discussions lors de l'adoption de la loi du 17 mars 2013 sur l'opportunité de permettre à une fondation d'utilité publique d'être désignée en qualité d'administrateur, la Chambre des représentants, contre l'opinion du Sénat, a refusé, mais la loi correctrice du 25 avril 2014 réintroduit cette possibilité.

(108) La personne de confiance joue un rôle de contrôle et, en son absence, un risque d'abus existe si une seule personne est à la fois administrateur de la personne et administrateur des biens, car aucun contrôle n'est effectué. Dans cette hypothèse, la désignation des deux administrateurs est préférable, chacun pouvant contrôler l'autre.

(109) À l'égard des tiers de bonne foi, tout administrateur est réputé agir avec l'accord des autres administrateurs quand il accomplit seul un acte sauf exceptions prévues légalement (art. 496/4, § 2, *in fine*).

biens meubles. Il n'en va pas de même pour les actes de gestion conjointe (art. 1418) ni pour ceux que le conjoint administrateur envisagerait d'accomplir sur le patrimoine propre de son époux<sup>(110)</sup>.

Des incompatibilités préviennent notamment tout abus de dominance (art. 496/6) : la loi exclut que l'administrateur fasse lui-même l'objet d'une mesure de protection – judiciaire ou extrajudiciaire –, qu'il soit une personne morale<sup>(111)</sup>, qu'il soit choisi parmi les dirigeants ou les membres du personnel de l'établissement où réside le protégé, qu'il soit une personne qui ne peut pas disposer librement de ses biens, pour ce qui concerne l'administration des biens, ou qu'il soit encore une personne déchue de l'autorité parentale.

La loi délègue au Roi la fixation de nouvelles conditions<sup>(112)</sup> ou la limitation du nombre de personnes protégées par administrateur (art. 497/1). Cette dernière question est délicate. Les mesures de personnalisation et de contrôle de l'administration devraient prévenir ou sanctionner les effets négatifs d'une gestion à trop grande échelle, sans éliminer les avantages liés à la spécialisation<sup>(113)</sup>.

La décision ordonnant une mesure de protection judiciaire et désignant l'administrateur est notifiée par pli judiciaire dans les 3 jours à ce dernier, qui dispose de 8 jours pour accepter la fonction (art. 1245 C. jud.). Le cas échéant, le juge désigne d'office un autre administrateur. Dans les 3 jours de l'acceptation, le greffe notifie aux parties la décision<sup>(114)</sup>. Une copie non signée est, le cas échéant, adressée à la personne de confiance<sup>(115)</sup> et aux avocats des parties.

**180. Publicité.** La décision ordonnant une mesure de protection, et désignant l'administrateur, y mettant fin ou la modifiant est publiée au

(110) En matière d'administration provisoire : J.P. Fontaine-l'Evêque, 23 août 2004, *J.J.P.*, 2005, p. 465 (autorisation de disposer de l'épargne non prouvée propre).

(111) À l'exception des fondations privées qui se consacrent exclusivement à la personne protégée ou des fondations d'utilité publique qui disposent pour les personnes à protéger d'un comité statutaire chargé d'assumer les administrations.

(112) Par « conditions », on entend notamment l'obligation de suivre une formation, d'avoir été agréé ou de respecter une déontologie. Voy. Proposition de loi instaurant un statut de protection global des personnes majeures incapables, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2011-2012, n° 1009/010, p. 71.

(113) Les mêmes questions se posaient déjà dans le cadre de l'administration provisoire : Th. DELAHAYE, *L'administrateur provisoire (article 488bis du Code civil)*, 3<sup>e</sup> éd., o.c., p. 83, n° 109.

(114) Cette notification fait courir le délai d'appel d'un mois. Voy. dans le cadre de l'administration provisoire : Cass., 27 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2015, p. 104, note G. de LEVAL et J. van COMPERNOLLE, *J.T.*, 2015, p. 323, note B. BIEMAR ; Civ. Mons, 27 juin 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1959, obs. B. BIEMAR.

(115) La personne de confiance n'est pas, en cette qualité, partie à la procédure.

*Moniteur belge*, le cas échéant dans les 15 jours<sup>(116)</sup> de l'acceptation par l'administrateur<sup>(117)</sup> (art. 1249 C. jud.).

La décision est notifiée au bourgmestre du lieu de domicile de la personne protégée pour être consignée dans le registre de la population (art. 1249/1). Le bourgmestre délivre un extrait des registres de la population mentionnant le nom, l'adresse et l'état de capacité de la personne, ainsi que l'identité de l'administrateur, à la personne-même ou à tout tiers justifiant d'un intérêt.

D'autres mesures de publicité dans l'intérêt des tiers peuvent être prises par le Roi (art. 1249/2).

La question si l'ordonnance de désignation d'un administrateur provisoire était *de facto* exécutoire par provision était controversée. L'article 1240 du Code judiciaire précisant que les articles 1026 à 1034 du même Code sont d'application résout la controverse : l'article 1029 du Code judiciaire dispose que l'ordonnance délivrée sur requête unilatérale est en principe exécutoire par provision, sauf décision contraire du juge.

**180-1. Dossier administratif.** Conformément à l'article 1248 du Code judiciaire, un dossier administratif est ouvert au greffe de la justice de paix pour chaque personne protégée. Ce dossier est régi par les articles 1253 (composition du dossier) et 1253/1 (consultation et copie) du Code judiciaire.

Le dossier contient tous les documents importants relatifs à une mesure de protection, notamment les ordonnances rendues par le juge de paix, les rapports déposés par l'administrateur, les copies des procès-verbaux, ainsi que les correspondances échangées et autres documents (art. 1253 C. jud.). Ces pièces sont inventoriées, le greffe étant chargé de tenir l'inventaire à jour (art. 1253, al. 5, C. jud.).

L'article 1253/1 du Code judiciaire uniformise des pratiques qui étaient parfois divergentes selon les juridictions sous l'empire de l'administration provisoire quant aux possibilités de consultation et de copie du dossier. Peuvent consulter le dossier au greffe de la justice de paix la personne protégée, sa personne de confiance, son administrateur, et le procureur du Roi, et ce pendant toute la durée de l'administration. Au décès de la personne protégée, ses héritiers, le procureur du Roi, ainsi

(116) En cas de retard ou d'omission, le fonctionnaire auquel est imputable ce retard ou omission est tenu responsable envers les intéressés, s'il est prouvé que ce retard ou omission résulte d'une collusion (art. 1249, *in fine*, C. jud.)

(117) Sur les conséquences de cette publication dans le chef des banques notamment, dans le cadre de l'administration provisoire : Gand, 29 mars 2012, *T.G.R.*, 2013, p. 26, note, *J.J.P.*, 2014, p. 362, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 714 (somm.).

que le notaire chargé de la liquidation-partage de la succession peuvent également le consulter (art. 1253/1, § 1<sup>er</sup>)<sup>(118)</sup>.

Si un autre intéressé souhaite consulter le dossier, il doit faire une demande d'autorisation auprès du juge de paix (art. 1253/1, § 2). Le juge met alors en balance les droits et intérêts du tiers et de la personne protégée, notamment le droit au respect de la vie privée de cette dernière (art. 1253/1, § 3, al. 2).

Enfin, la loi précise que le dossier est conservé au sein de la justice de paix pendant un délai de 5 ans après la fin de l'administration et est détruit passé ce délai (art. 1253, al. 3). En cas de changement de juge de paix (art. 628, 3°, C. jud. ; *supra*, n° 174), le dossier est transféré au nouveau juge de paix compétent (art. 1253, al. 4).

**180-2. Intervention judiciaire en cours d'administration.** Lorsqu'en cours de protection une intervention du juge est nécessaire, la procédure à appliquer dépend de la situation et du type de demande. Cela entraîne une complication contraire à l'objectif de la loi du 17 mars 2013.

L'article 1246 du Code judiciaire indique la procédure à respecter en cas de demande :

- a) de changement de juge de paix territorialement compétent (art. 628, 3°, C. jud.) ;
- b) de la personne protégée tendant à obtenir l'autorisation d'accomplir certains actes (art. 145/1, 186, 231, 328, 905<sup>(119)</sup>, 1397/1<sup>(120)</sup>, 1475, § 2, 1476, § 2 et 1478, al. 5 – *infra*, n° 182-4 ; art. 499/7, § 4 – *infra*, n° 195-2) ;
- c) de mettre un terme au mandat (art. 490/2, § 2 ; *infra*, n° 220-239) ;
- d) de la personne protégée de renoncer à sa personne de confiance (art. 501/1 ; *supra*, n° 178).

L'article 1250 du Code judiciaire prescrit la procédure à suivre lorsqu'il convient de demander :

(118) Ces mêmes personnes ont le droit d'obtenir une copie de l'ensemble ou d'une partie du dossier (art. 1253, § 2, al. 1<sup>er</sup>, C. jud.). Le Roi peut fixer le montant maximum réclamé par page copiée ou par autre support d'information (art. 1253/1, § 3, *in fine*, C. jud.).

(119) Rappr. : C. const., 11 juin 2015, arrêt n° 87/2015, *J.T.*, 2015, p. 614, note F. REUSENS, *R.W.*, 2015-2016, p. 38 (somm.), qui estime que l'ancien article 488*bis*, H, § 2, alinéa 6, combiné à l'ancien article 488*bis*, B, § 6, violent les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'ils entraîneraient, en cas de défaut de production d'un certificat médical circonstancié joint à la requête, ou produit, en cas d'urgence, dans les 8 jours de la demande, l'irrecevabilité de la procédure tendant à entendre la personne protégée à disposer de ses biens par donation ou par testament, sans que cette absence de certificat médical ne puisse être couverte par une expertise médicale. Pour plus de détails, voy. not. F. DEGUEL, « Les personnes majeures protégées », in *Chroniques notariales* (Y.-H. LELEU coord.), vol. 61, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 148, n° 206.

(120) Lorsque c'est l'administrateur qui souhaite obtenir l'autorisation du juge, la procédure est celle de l'article 1250 du Code judiciaire (*infra*, n° 182-4).

- a) la désignation d'un mandataire *ad hoc* (art. 490/2, § 1<sup>er</sup>, al. 4 ; *infra*, n° 217) ;
- b) le remplacement de l'administrateur ou une modification de ses missions (art. 496/7, al. 1<sup>er</sup> ; *infra*, n° 181) ;
- c) la désignation d'un administrateur *ad hoc* (art. 497/4, al. 2 ; *infra*, n° 202-1)
- d) l'autorisation préalable du juge de paix pour accomplir un acte déterminé (art. 499/7, § 1<sup>er</sup> et 2 ; *infra*, n° 184) ;
- e) l'autorisation pour acquérir ou louer un bien de la personne protégée par l'administrateur (art. 499/10 ; *infra*, n° 186 et 188) ;
- f) l'autorisation spéciale de l'administrateur pour agir au nom de la personne protégée, ou l'assister, dans le cadre de la conclusion d'un contrat de mariage (art. 1397/1 ; *infra*, n° 182-4) ou d'une convention de cohabitation légale (art. 1478, réd. L. 25 avril 2014 ; *infra*, n° 182-4) ;
- g) l'autorisation de consulter le dossier administratif (art. 1253/1, § 2, C. jud. ; *supra*, n° 180-1).

L'article 1252 du Code judiciaire règle la procédure de solution des éventuels conflits :

- a) entre les mandataires (art. 490/2, § 1<sup>er</sup>, dernier al. ; *infra*, n° 211) ;
- b) entre les administrateurs (art. 497/3, § 1<sup>er</sup> ; *infra*, n° 200-3) ;
- c) entre les parents désignés administrateurs (art. 500/3, § 1<sup>er</sup>, al. 3 ; *infra*, n° 207) ;
- d) entre les parents désignés administrateurs et un tiers administrateur (art. 501/3, § 2 ; *infra*, n° 207).
- e) sur le choix de la résidence de la personne protégée en l'absence d'administrateur de la personne (art. 499/11 ; *infra*, n° 184-1).

**181. Levée et modification de l'administration. Démission ou révocation de l'administrateur.** Le législateur souhaite une mesure la plus personnalisée possible, en fonction de l'état de santé de la personne protégée. Ainsi, mis à part le décès de la personne, l'administration prend *fin* dans différents types de situations.

Si la mesure se justifie moins ou autrement, le juge de paix peut modifier les modalités de l'administration ou remplacer l'administrateur ; si elle ne se justifie plus, le juge de paix peut la lever ; le tout d'office ou à la requête de la personne protégée, de sa personne de confiance, de son administrateur, de toute personne intéressée, ou du procureur du Roi (art. 492/4, *jo* art. 1246 C. jud.). La mesure peut également prendre fin à l'échéance du terme pour lequel elle a été prise et lorsque l'interné est

libéré de manière définitive<sup>(121)</sup> (art. 492/4, *in fine*). Le juge de paix peut enfin décider de lever la mesure de protection judiciaire en ordonnant une mesure de protection extrajudiciaire (art. 490 et 490/1 ; *infra*, n<sup>os</sup> 209 et s.). Si la fin de la mesure de protection judiciaire est décidée, cette dernière prend fin le jour de l'ordonnance.

Par ailleurs, dans le même souci de personnalisation, la mesure est évaluée au plus tard dans les 2 ans après l'ordonnance prononçant la mesure (art. 492/4, al. 2)<sup>(122)</sup>.

Indépendamment de l'état de santé de la personne protégée, le juge peut décider, à tout moment, par ordonnance motivée, soit d'office, soit sur demande, de remplacer l'administrateur<sup>(123)</sup> ou de modifier ses pouvoirs (art. 496/7). Si plusieurs administrateurs des biens ont été désignés, le juge peut mettre un terme à la mission d'un seul ou modifier la façon dont ils exercent leurs missions. À noter que si le juge modifie la mesure de protection – extension ou diminution –, cela se répercute sur les pouvoirs de l'administrateur.

Les missions de l'administrateur se terminent par ailleurs quand l'administration prend fin, au décès de l'administrateur ou à la dissolution de la fondation, lorsque l'administrateur fait l'objet d'une mesure de protection judiciaire ou d'une mesure de protection extrajudiciaire, ou encore en cas de remplacement de l'administrateur (art. 502, § 2).

La *démission* de l'administrateur ne met pas fin au statut, pas plus que sa *révocation* (et la désignation d'un autre administrateur) pour mauvaise gestion, défaut de reddition de compte, ou pour tout autre motif jugé suffisant dans l'intérêt de la personne protégée. Ces décisions font l'objet des mêmes mesures de publicité que l'ordonnance de désignation (art. 1249 C. jud. ; *supra*, n<sup>o</sup> 180).

## 2° Régime de protection

### (i) Missions de l'administrateur

**182. Assistance ou représentation personnalisée.** L'article 492 rappelle les principes de la réforme de 2013 : une mesure de protection judiciaire n'est prononcée que si le juge en constate la nécessité et l'insuffisance

(121) Le ministère public doit informer le juge de cette libération. Voy. Projet de loi réformant les régimes d'incapacité et instaurant un statut de protection conforme à la dignité humaine, Amendement n<sup>o</sup> 8 de M. TORFS et consorts, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2012-2013, n<sup>o</sup> 5-1774/2, p. 5.

(122) Sauf si la personne est dans un état de santé visé à l'article 492/5 du Code civil (*infra*, n<sup>o</sup> 182-2).

(123) L'article 499/16 stipule qu'en cas de remplacement de l'administrateur chargé d'une mission de représentation, les comptes sont arrêtés à la date à laquelle le nouvel administrateur accepte sa mission, et non à la date de l'ordonnance de nomination du nouvel administrateur.

d'une autre protection légale<sup>(124)</sup> ou de la protection extrajudiciaire. Cette dernière peut d'ailleurs demeurer d'application dans la mesure où elle est compatible avec la mesure de protection judiciaire.

L'administrateur vise avant tout à protéger les intérêts de la personne vulnérable et maintient ou accroît, dans la mesure du possible, son autonomie (art. 497, al. 2).

La personnalisation du régime de protection est donc encouragée. En fonction des capacités de la personne protégée, l'administrateur (de la personne ou des biens) doit en principe simplement *assister* cette personne, c'est-à-dire parfaire la validité d'un acte accompli par la personne protégée elle-même (art. 494, e). La mission d'assistance de l'administrateur a la préférence (art. 492/2, al. 1<sup>er</sup>). La mission de *représentation* de l'administrateur, c'est-à-dire l'intervention au nom et pour le compte de la personne protégée<sup>(125)</sup> (art. 494, f), n'est ordonnée que si une mission d'assistance ne suffit pas. À défaut de précision du juge de paix, l'administrateur assiste la personne (art. 492/2, al. 2), de même en toute hypothèse de prodigalité (art. 492/2, al. 3).

Une mission d'*assistance* se justifie par l'aptitude moins limitée de la personne à gérer ses intérêts et dispense, pour cette raison, la personne et l'administrateur de solliciter l'autorisation du juge de paix pour les actes énumérés par l'article 499/7. Cette obligation d'autorisation préalable ne s'applique qu'en cas de représentation.

Si l'administrateur se voit confier une mission de *représentation*, il représente la personne dans les actes juridiques et les actes de procédure, pour autant qu'ils relèvent de la mesure de protection (art. 499/1, § 1<sup>er</sup>, et § 2 ; *infra*, n° 182-1). L'administrateur des biens doit en outre *gérer* les *biens* de la personne protégée en bon père de famille (art. 499/2, § 2). On attend de lui qu'il prenne toutes les initiatives adéquates pour optimiser cette gestion et garantir l'intégrité du patrimoine<sup>(126)</sup>.

Signalons que les travaux préparatoires de la loi du 17 mars 2013 indiquent qu'une combinaison des régimes de l'assistance et de la représentation est possible, en fonction de l'état de la personne protégée. Pour certains actes l'administrateur assistera la personne, pour d'autres il la représentera<sup>(127)</sup>.

(124) Ex.: art. 220 du Code civil (Civ. Anvers, 14 mai 2012, *R. W.*, 2012-2013, p. 1110, *N.F.M.*, 2013, p. 170, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 822 (somm.)).

(125) Comp. art. 491, f et g, qui donne des définitions différentes des notions d'assistance et de représentation, même si le sens à donner à ces deux notions est à notre avis identique dans les deux dispositions.

(126) Rapp. en matière d'administration provisoire : J.P. Bruxelles, 21 août 2008, *J.T.*, 2008, p. 533, note (recherche de renseignements auprès d'une banque étrangère sur l'identité d'une personne ayant effectué des retraits *avant* son entrée en fonction).

(127) Proposition de loi instaurant un statut de protection global des personnes majeures incapables, *Développements, Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 1009/001, p. 41.

**182-1. Capacité ou incapacité personnalisée.** La personnalisation du régime de protection – assistance et/ou représentation – inclut une limitation de son étendue en fonction des circonstances personnelles et de l'état de santé de la personne protégée, mais également de la nature et de la composition du patrimoine à gérer pour ce qui concerne les biens (art. 492/1, § 1<sup>er</sup> et § 2).

La loi innove en ce que le juge doit obligatoirement se prononcer sur la liste d'actes personnels ou relatifs aux biens que la personne est incapable de poser. À défaut de précision, la personne demeure capable de poser les actes relatifs à sa personne et à ses biens (art. 492/1, § 1<sup>er</sup>, al. 2 et § 2, al. 1<sup>er</sup>). La capacité juridique d'une personne protégée est devenue le principe et l'incapacité l'exception<sup>(128)</sup>.

Pour arriver à cette personnalisation, le législateur a inséré une *check list*<sup>(129)</sup> de 19 actes importants relatifs à la personne (art. 492/1, § 1<sup>er</sup>) et 18 relatifs aux biens (art. 492/1, § 2). Le juge doit obligatoirement se prononcer sur chaque acte énuméré légalement, ce qui permet d'organiser une protection sur mesure (*proportionnalité*).

Le juge de paix peut ainsi n'ordonner qu'une administration limitée à des actes déterminés ou, inversement, exclure certains actes ou certains biens d'une mesure générale de protection. Par contre, il ne peut étendre les pouvoirs de l'administrateur et, par exemple, le dispenser de solliciter son autorisation spéciale dans un cas prévu par l'article 499/7<sup>(130)</sup>.

**182-2. Exception : état de santé grave. Arrêté Royal.** L'article 492/5 apporte une exception au régime de l'assistance et au principe de la capacité. Si la personne à protéger souffre d'un état de santé qui est réputé altéré gravement et de façon persistante ses facultés à assumer correctement la gestion de ses intérêts patrimoniaux, même avec le régime de l'assistance, et que cela est constaté dans le certificat médical (art. 1241 C. jud. ; *supra*, n° 176), cette personne est *représentée* lors de l'accomplissement de tous les actes juridiques et des actes de procédure relatifs à ses *biens*, en l'absence d'indication dans l'ordonnance. Dans cette hypothèse, le juge n'est pas obligé de se prononcer sur la capacité de la personne à accomplir les actes de l'article 492/1, § 2, ni de déterminer si la mesure d'assistance suffit (art. 492/5, al. 2). Néanmoins, même lorsque

(128) F. DEGUEL, « La loi réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine : vers une simplification ? », *o.c.*, p. 136, n° 14. Sous l'ancien régime de l'administration provisoire, l'incapacité était la règle à défaut de précision du juge (anc. art. 488bis, F, § 3).

(129) Proposition de loi instaurant un statut de protection global des personnes majeures incapables, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2011-2012, n° 1009/010, p. 42.

(130) En cas d'administration provisoire : E. VIEUJEAN, « Protection du majeur physiquement ou mentalement inapte à gérer ses biens », *o.c.*, p. 123, n° 41.

la personne souffre d'un état de santé grave, le juge peut procéder à une appréciation sur mesure s'il l'estime nécessaire (art. 492/5, *in fine*). Il pourrait, par exemple, confier une mission d'assistance à l'administrateur.

Par ailleurs, le Roi est chargé d'établir, sur avis conforme de l'Ordre des médecins et du Conseil supérieur des personnes handicapées, une liste des états de santé visés à l'article 492/5.

(ii) *Pouvoirs de l'administrateur*

a) ACTES INTERDITS

**182-3. L'administrateur ne peut pas agir.** Dans un souci d'intégration de la personne et d'équilibre, la loi exclut que certains actes puissent faire l'objet d'une assistance ou d'une représentation (art. 497/2). Pour accomplir ces actes, le régime diffère selon la nature de l'acte et ses effets juridiques.

Il faut confronter la liste de ces actes (art. 497/2) à celle des actes déterminant la capacité de la personne (art. 492/2, § 1<sup>er</sup> ; *supra*, n° 182-1). Les listes ne sont pas identiques : pour les actes de l'article 492/2, § 1<sup>er</sup>, que le juge de paix a soustrait à la capacité de la personne, et qui ne figurent *pas* dans la liste de l'article 497/2<sup>(131)</sup>, le droit commun de l'administration s'applique, de sorte que l'administrateur de la personne assiste ou représente la personne protégée, selon le régime mis en place.

**182-4. Autorisation.** Les premiers actes interdits à l'administrateur sont :

- le consentement à mariage (art. 497/2, 1<sup>o</sup>, *jo* 145/1),
- l'introduction d'une demande en annulation de mariage (art. 497/2, 2<sup>o</sup>, *jo* 186),
- l'introduction d'une action en divorce pour cause de désunion irrémédiable (art. 497/2, 5<sup>o</sup>, *jo* 231) ou par consentement mutuel (art. 497/2, 7<sup>o</sup>, *jo* 231) ou une demande en séparation de corps (art. 497/2, 6<sup>o</sup>, *jo* 311*bis*),
- la reconnaissance d'un enfant (art. 497/2, 8<sup>o</sup> *jo* 328),
- la disposition par donation (art. 497/2, 24<sup>o</sup>, *jo* 905) ou testament (art. 497/2, 25<sup>o</sup>, *jo* 905),
- la déclaration de cohabitation légale (art. 497/2, 14<sup>o</sup>, *jo* 1475, § 2) ou y mettre fin (art. 497/2, 14<sup>o</sup>, *jo* 1476, § 2).

(131) Voy. art. 492/2, § 1<sup>er</sup>, 11<sup>o</sup>, 12<sup>o</sup>, 13<sup>o</sup>, 14<sup>o</sup> et 17<sup>o</sup>.

Ces actes sont repris dans l'article 492/1 : le juge de paix doit se prononcer sur la capacité de la personne à les accomplir (*supra*, n° 182-1). Si la personne protégée en a été déclarée incapable, elle peut demander néanmoins l'autorisation d'accomplir *seule* ledit acte. Le juge apprécie alors sa capacité à accomplir l'acte<sup>(132)</sup>.

Pour conclure un contrat de mariage ou une convention de vie commune dans le cadre d'une cohabitation légale, un régime similaire s'applique, mais se différencie puisque l'administrateur pourrait être autorisé à agir pour conclure ce contrat ou cette convention (art. 1397/1 et art. 1478, al. 5 et s., réd. L. du 25 avril 2014).

**182-5. Avis.** Un autre régime s'applique lorsqu'il s'agit de :

- consentir à une reconnaissance (art. 497/2, 9°, *jo* 329*bis*, § 1<sup>er</sup>/1),
- s'opposer à une action en recherche de maternité ou de paternité (art. 497/2, 10°, *jo* 332*quinquies*, § 1<sup>er</sup>/1),
- consentir à une adoption (art. 497/2, 12°, *jo* 348-1).

Si le tribunal saisi de la demande constate que la personne est incapable d'exprimer sa volonté, son consentement n'est pas requis.

Le consentement n'est pas non plus requis si le juge de paix a constaté son incapacité lors de l'établissement de la mesure de protection (art. 492/2, § 1<sup>er</sup>; *supra*, n° 182-1).

Lorsque la personne est en mesure d'exprimer son opinion, elle est entendue par le juge.

La personne de confiance peut exprimer l'opinion de la personne protégée qui n'est pas en mesure de l'exprimer elle-même, le juge devant attacher l'importance qu'il convient à cette opinion. L'administrateur n'intervient pour sa part en aucun cas.

**182-6. Décision d'un tiers.** L'autre conjoint ou l'autre parent décide lorsqu'il faut :

- choisir le logement familial (art. 497/2, 3°, *jo* 214, al. 2) ou disposer de ce logement (art. 497/2, 4°, *jo* 220, § 1<sup>er</sup>),
- exercer l'autorité parentale sur l'enfant mineur de la personne protégée, à l'exception de l'exercice de l'administration légale des biens de ce mineur, ainsi qu'exercer les prérogatives liées à l'état de la personne de ce mineur (497/2, 13°, *jo* 348-2, 348-3, 348-5, 348-6, 348-7, 353-8, 353-9, 375, 389),

(132) Si l'acte projeté est une donation, le juge peut refuser de donner son autorisation si la donation menace d'indigence la personne protégée ou ses créanciers d'aliments (art. 905, al. 5). Si l'acte projeté est un testament, il doit en principe être passé dans un acte authentique (art. 905, al. 3).

Lorsqu'un conjoint ou parent a été expressément déclaré incapable en vertu de l'article 492/2, § 1<sup>er</sup> (*supra*, n° 182-1) ou lorsque le juge décide, sur la base d'un procès-verbal motivé, que ce conjoint/parent est dans l'impossibilité ou incapable d'exprimer sa volonté<sup>(133)</sup>, la décision est prise par l'autre conjoint ou parent seul, sans le consentement de la personne protégée.

S'il s'agit de constater une impossibilité durable d'exercer l'autorité parentale, l'article 1236*bis* du Code judiciaire s'applique, et le régime de la tutelle des mineurs s'ouvre le cas échéant.

**182-7. Impossibilité d'accomplir l'acte.** Une autre catégorie d'actes regroupe des actes intimement personnels ou touchant à l'intégrité physique :

- le consentement à une stérilisation (art. 497/2, 15°),
- le consentement à un acte de procréation médicalement assistée (art. 497/2, 16°),
- la déclaration de changement de sexe (art. 497/2, 17°),
- la demande d'euthanasie (art. 497/2, 18°),
- l'interruption volontaire de grossesse (art. 497/2, 19°),
- le consentement à des actes qui touchent à l'intégrité physique ou à la vie intime, sans préjudice des dispositions dérogatoires reprises dans les lois particulières (art. 497/2, 20°),
- le consentement à l'utilisation de gamète ou d'embryon *in vitro* à des fins de recherche (art. 497/2, 21°),
- le consentement à un prélèvement sanguin (art. 497/2, 23°),
- l'exercice des droits politiques (art. 497/2, 26°).

Ces actes ne sont pas repris dans la liste des actes personnels pour lesquels le juge doit se prononcer sur la capacité de la personne (art. 492/2, § 1<sup>er</sup>), mais ils ne peuvent pas être accomplis par l'administrateur. Aucune règle n'est prévue pour sortir de l'impasse si le juge a décidé, *alors qu'il n'en était pas obligé*, que la personne n'était pas capable de les accomplir ; personne ne peut les poser.

**182-8. Régimes particuliers.** Parmi les actes de l'article 497/2 figure le droit de refuser une autopsie sur son enfant de moins de 18 mois en cas de décès inopiné (art. 497/2, 22° *jo* art. 5 L. 26 mars 2003). Si les deux parents sont décédés ou que le juge constate que les parents ne sont pas capables d'exercer ce droit (art. 492/2, § 1<sup>er</sup>), le tuteur de l'enfant

(133) Le même régime s'applique lorsque le conjoint ou parent est présumé absent.

exerce le droit, en *associant* le plus possible les parents protégés (art. 5 L. 26 mars 2003).

Signalons également deux catégories de droits dont l'exercice est règlementé dans les lois particulières :

- les droits du patient prévus dans la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient (art. 492/2, § 1<sup>er</sup>, 15<sup>o</sup>),
- le droit de consentir à une expérimentation sur la personne humaine conformément à la loi du 7 mai 2004 (art. 492/2, § 1<sup>er</sup>, 16<sup>o</sup>).

Ces deux lois précisent le régime d'exercice « en cascade » de ces droits<sup>(134)</sup>, par des personnes différentes, dont, le cas échéant, l'administrateur de la personne.

#### b) MISSION D'ASSISTANCE

**182-9. Principes.** Depuis la réforme de 2013, le régime de l'assistance doit s'appliquer en priorité ; le régime de la représentation ne s'applique que lorsque l'assistance ne suffit pas (art. 492/2 ; *supra*, n° 182). En vertu de l'article 498, un administrateur chargé d'une mission d'assistance doit respecter les règles générales et communes à toute administration (art. 494 à 497/8). Il doit également rendre des rapports (art. 498/3 et 498/4 ; *infra*, n° 201).

L'article 494 définit la mission d'assistance comme « *l'intervention de l'administrateur en vue de parfaire la validité d'un acte posé par la personne protégée elle-même* ».

**182-10. Intervention.** Le juge de paix précise les modalités de la mission d'assistance de l'administrateur. Une nouvelle fois, la personnalisation du régime est recherchée. L'article 498/1 donne des exemples : l'assistance peut consister dans l'octroi, par l'administrateur, d'un consentement préalable à l'accomplissement d'un seul acte déterminé, d'une catégorie d'actes déterminés ou encore d'actes poursuivant un objectif déterminé<sup>(135)</sup>. Dans ce dernier cas, le juge précise les actes relatifs à cet objectif et le consentement de l'administrateur est donné par écrit.

À défaut de précision dans l'ordonnance, l'administrateur *consent*, préalablement et par écrit, à l'accomplissement de l'acte.

S'il s'agit d'un acte de l'article 499/7 (*infra*, n° 184), et qu'un écrit est établi, l'administrateur *cosigne* cet écrit (art. 498/1, al. 2).

(134) Art. 14 L. du 22 août 2002 et art. 8 L. du 7 mai 2004.

(135) Exemple d'un objectif déterminé : acquisition du logement familial. Voy. Proposition de loi instaurant un statut de protection global des personnes majeures incapables, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2011-2012, n° 1009/010, p. 76.

La mission de l'administrateur est une assistance juridique, imposant sa présence pour donner une validité à l'acte juridique. L'administrateur de la personne intervient lorsque la personne protégée souhaite accomplir un acte concernant sa personne et qui relève de la mesure de protection judiciaire (art. 498/2, al. 1<sup>er</sup>), tandis que l'administrateur des biens fait de même lorsque l'acte concerne les biens (art. 498/2, al. 2).

L'administrateur n'assiste pas la personne si l'acte en projet porte préjudice – « *manifestement* » s'il s'agit d'un acte relatif à la personne (art. 498/2, al. 1<sup>er</sup>, *in fine*) – aux intérêts de la personne protégée.

L'administrateur doit par ailleurs associer, dans la mesure du possible, en fonction des facultés de la personne protégée, cette dernière dans l'exercice de sa mission.

Soulignons que l'administrateur chargé d'une mission d'assistance ne doit pas obtenir d'autorisation préalable du juge de paix conformément à l'article 499/7 (*infra*, n° 184). Cette disposition ne s'applique qu'à l'administrateur chargé d'une mission de représentation.

#### c) MISSION DE REPRÉSENTATION

**182-11. Principe.** La représentation est « *l'intervention de l'administrateur au nom et pour le compte de la personne protégée* » (art. 494, f).

Lorsque le juge de paix décide de confier à l'administrateur une mission de représentation, ce dernier doit respecter le droit commun de l'administration (art. 494 à 497/8), mais doit en outre se conformer aux articles 499/1 à 499/22 (art. 499).

**182-12. Intervention.** Un certain parallélisme existe avec l'administrateur chargé d'une mission d'assistance. L'administrateur de la *personne* représente la personne protégée lors de l'accomplissement d'actes juridiques ou de procédure relatifs à la personne, si l'acte relève de la mesure de protection judiciaire (art. 499/1, § 1<sup>er</sup>). L'administrateur des *biens* intervient pour les actes relatifs aux biens, qu'il doit par ailleurs gérer en bon père de famille (art. 499/1, § 2).

Dans l'objectif d'intégrer la personne, l'administrateur doit, dans l'exercice de sa mission et dans la mesure du possible, d'une part, associer la personne protégée compte tenu de sa compréhension et, d'autre part, respecter les principes établis par la personne protégée dans sa déclaration de préférence en ce qui concerne l'administrateur à désigner (sauf dispense du juge de paix)<sup>(136)</sup> (art. 499/1, § 3, *jo* 496, al. 2). L'administrateur doit

(136) Le juge peut dispenser l'administrateur de respecter les principes lorsque les circonstances ont évolué au point qu'il existe des doutes sérieux que l'intention de la personne protégée est de faire respecter ces principes (art. 499/1, § 3, al. 1<sup>er</sup>, *in fine*).

en outre se concerter à intervalles réguliers avec la personne protégée ou sa personne de confiance (art. 499/1, § 3, al. 2), et informer la personne protégée des actes qu'il accomplit (sauf dispense du juge de paix)<sup>(137)</sup>.

**183. Actes que l'administrateur peut accomplir seul.** S'il est investi d'une mission de *représentation*, l'administrateur jouit de la « plénitude de pouvoirs » et accomplit seul les actes non soumis à l'autorisation spéciale du juge de paix, sous réserve des précisions de l'ordonnance de désignation (étendue de la mesure de protection – art. 492/1 ; principes édicté par la personne protégée – art. 499/1, § 3 ; domaine de compétences – personne et/ou biens ; ...). Une lecture attentive et précise de l'ordonnance est donc primordiale.

Les significations et notifications faites à la personne protégée doivent être adressées à cette dernière et à son administrateur si la signification ou la notification est en rapport avec sa mission (art. 499/12)<sup>(138)</sup>. La même règle s'applique en matière pénale (art. 145 et 182 C.I.Cr.).

**183-1. Gestion des finances de la personne protégée.** Concernant les finances de la personne protégée, de nombreuses règles légales existent, en partie inspirées par les règles de gestion que doit respecter le tuteur (*infra*, n° 300).

L'administrateur des biens affecte ainsi les revenus de la personne protégée pour lui assurer un entretien, lui dispenser des soins et veiller à son bien-être. Il requiert l'application de la législation sociale en faveur de la personne protégée (art. 499/2, al. 1<sup>er</sup>).

L'administrateur veille à mettre à la disposition de la personne protégée les sommes nécessaires – argent de poche – après concertation avec elle, sa personne de confiance et son éventuel administrateur de la personne<sup>(139)</sup> (art. 499/2, al. 2).

L'article 499/4 stipule que le juge de paix fixe le montant des sommes d'argent qui peuvent, durant la période qu'il détermine, être retirées ou transférées par l'administrateur *sans* autorisation préalable du juge<sup>(140)</sup>.

(137) Si dispense du juge de paix il y a et si la personne protégée n'a pas d'administrateur de la personne, d'administrateur des biens ou une personne de confiance, le juge désigne une autre personne ou institution que l'administrateur informe (art. 499/1, § 3, al. 3).

(138) Voy. en matière d'administration provisoire : l'acte introductif d'instance signifié à la personne protégée est nul et sans effet : Gand, 11 mai 2006, *T. Not.*, 2008, p. 564 (régularisation par intervention volontaire de l'administrateur) ; J.P. Fontaine-l'Évêque, 20 mars 2008, *J.J.P.*, 2009, p. 153 ; J.P. Assé, 22 novembre 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 939 (somm.), *J.J.P.*, 2009, p. 169 ; Th. DELAHAYE, *L'administrateur provisoire (article 488bis du Code civil)*, 3<sup>e</sup> éd., o.c., p. 195, n° 299 ; *contra* : J.P. Louvain, 25 juillet 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 413 (somm.), *R.W.*, 2008-2009, p. 1663 (application des art. 860 et s. C. jud. – nullité subordonnée à un grief ou un dommage). Le jugement signifié à la personne protégée ne fait pas courir le délai d'appel : Bruxelles, 4 octobre 2008, *Rev. not. belge*, 2009, p. 110, note.

(139) Comp. anc. art. 488bis, F, § 5 pour l'administration provisoire.

(140) Le juge tient compte de l'importance du patrimoine, du montant des revenus, des besoins de la personne protégée, ou de ses frais fixes. Voy. Proposition de loi instaurant un statut de protection

Cette règle se combine avec l'article 499/7, § 2, dernier alinéa, qui précise que les retraits et virements ne sont pas une aliénation de biens soumise à autorisation préalable s'ils respectent les conditions de l'article 499/4.

Afin de permettre une gestion plus souple<sup>(141)</sup>, le juge de paix peut confier à une institution de crédit une *mission de gestion* des fonds, titres et valeurs mobiliers de la personne protégée et déposés auprès d'elle. Le juge fixe les conditions de cette gestion (art. 499/5, al. 2).

De manière générale, l'administrateur peut se faire assister dans sa gestion, s'il l'estime nécessaire, par une ou plusieurs personnes, qui agissent sous sa responsabilité (art. 499/5).

**184. Actes soumis à l'autorisation spéciale du juge de paix. Énumération limitative.** En prolongement de l'ancienne administration provisoire (anc. art. 488*bis*, F, § 3), l'administrateur-représentant doit se faire autoriser par le juge de paix pour accomplir certains actes importants énumérés par la loi. Le juge vérifie si l'acte sert les intérêts ou le patrimoine de la personne protégée.

La liste des actes nécessitant une autorisation spéciale du juge de paix (art. 499/7) constitue un minimum inamovible, susceptible cependant d'être étoffé dans l'ordonnance de désignation<sup>(142)</sup>. L'autorisation du juge de paix n'est pas requise quand l'administrateur intervient comme assistant (*supra*, n° 182-10).

Dans le cadre de l'ancienne administration provisoire, une controverse a surgi quant au caractère limitatif ou exemplatif de l'ancien article 488*bis*, F, § 3, ainsi qu'à propos de son application à d'autres actes dotés d'importantes conséquences patrimoniales. L'objectif de protection de la personne ne saurait enlever à la liste son caractère limitatif<sup>(143)</sup>, et ce d'autant qu'actuellement, la capacité juridique reste le principe, même en cas de mesure de protection judiciaire. Néanmoins, il convient de soumettre à l'autorisation spéciale un acte non mentionné expressément mais doté d'effets analogues à l'un de la liste et partageant la raison d'être de l'autorisation préalable<sup>(144)</sup>.

global des personnes majeures incapables, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2011-2012, n° 1009/010, p. 80.

(141) Proposition de loi instaurant un statut de protection global des personnes majeures incapables, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2011-2012, n° 1009/010, p. 80.

(142) Voy. en matière d'administration provisoire : P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *o.c.*, n° 319.

(143) Dans le cadre de l'administration provisoire : J.P. Charleroi, 11 janvier 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 431, *R.R.D.*, 1999, p. 43 ; J.P. Grivegnée, 17 février 1993, *J.J.P.*, 1994, p. 111 ; *contra* : J.P. Malines, 29 janvier 1999, *T. Not.*, 1999, p. 202, note F. DEBUCQUOY, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 496 ; J.P. Comines-Warneton, 29 août 1996, *J.J.P.*, 1997, p. 228, note M.-E. de SENY.

(144) Dans le cadre de l'administration provisoire : Th. DELAHAYE, *L'administrateur provisoire (article 488bis du Code civil)*, 3<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 148, n° 215 ; F. SWENNEN, « De hervorming van het

La *procédure* d'autorisation spéciale est régie par l'article 1250 (*supra*, n° 180-2). Le juge de paix peut entendre toute personne, y compris le protégé, pour vérifier l'intérêt de l'acte pour ce dernier ou pour son patrimoine. Si l'autorisation requise n'est pas demandée, l'acte est annulable (*infra*, n° 204).

L'article 499/7, § 1<sup>er</sup>, mentionne 3 actes pour lesquels l'administrateur de la *personne* doit solliciter une autorisation préalable, tandis que l'article 499/7, § 2, en mentionne 14 pour l'administrateur des *biens*. Le juge de paix peut octroyer l'autorisation moyennant le respect de certaines conditions<sup>(145)</sup>.

**184-1. A. Changement de résidence de la personne protégée.** Quand l'administrateur de la *personne* estime devoir changer la résidence de la personne protégée, il doit solliciter l'autorisation du juge de paix (art. 499/7, § 1<sup>er</sup>, 1°).

Dans l'hypothèse où il n'y a pas d'administrateur de la personne, l'article 499/11 stipule que le changement de résidence ne peut se faire que moyennant l'approbation de l'administrateur des *biens*<sup>(146)</sup>.

En cas de refus de ce dernier, la personne protégée, ou tout intéressé, peut s'adresser au juge, qui statue dans l'intérêt de la personne protégée, en tenant également compte de l'aspect financier du choix de la résidence<sup>(147)</sup>.

**184-2. B. Exercer les droits du patient.** Selon l'article 14 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, la *personne protégée* peut continuer à exercer ses droits de patient pour autant qu'elle soit capable d'exprimer sa volonté.

À défaut, ces droits sont exercés par une personne préalablement désignée (*mandataire médical*), pour autant et aussi longtemps que le patient n'est pas en mesure d'exercer ses droits lui-même.

voorlopig bewind », *o.c.*, pp. 193-194, n° 408 ; T. WUYTS, *Vermogensbeheer door ouder(s), voogd en voorlopig bewindvoerder*, *o.c.*, p. 58, n° 93. Dans le même sens à propos de l'article 410 : S. MOSSELMANS, « Art. 410 B.W. », in *Comm. Pers.*, Malines, Kluwer, n° 8. Comp. : P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *o.c.*, n° 319.

(145) Bien que non précisé légalement, cela ressort de l'article 499/13, al. 3, qui détermine le sort de l'acte accompli par l'administrateur sans avoir respecté les conditions fixées par le juge de paix (*infra*, n° 204).

(146) En principe, l'administrateur des biens n'a pas son mot à dire sur la question de la résidence, sauf s'il décide de faire application de l'article 497/3 qui traite des litiges entre administrateurs.

(147) La famille de la personne protégée souhaite parfois un hébergement dans un centre d'accueil fort onéreux que les finances ne permettent pas toujours d'assumer. Voy. Proposition de loi instaurant un statut de protection global des personnes majeures incapables, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2011-2012, n° 1009/010, p. 85.

Si aucun mandataire médical n'a été désigné ou s'il n'intervient pas, les droits sont exercés par l'*administrateur de la personne* après autorisation du juge de paix (art. 14, § 2, L. 22 août 2002, *jo*, art. 499/7, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>).

Afin d'éviter un retour devant le juge à chaque fois qu'une décision médicale doit être prise, l'article 499/7, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, précise que l'autorisation peut être donnée pour exercer tous les droits liés à un traitement médical spécifique.

En cas d'urgence, l'administrateur peut agir sans autorisation préalable du juge de paix. Il doit néanmoins informer sans délai le juge de paix, ainsi que la personne de confiance et l'administrateur des biens.

**185. C. Représentation en justice comme demandeur dans les procédures et actes.** En principe, toute procédure judiciaire, personnelle ou patrimoniale, initiée par l'administrateur de la personne ou des biens, doit être autorisée par le juge de paix, qui vérifie si l'action sert les intérêts du protégé<sup>(148)</sup> (art. 499/7, § 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup> et § 2, 7<sup>o</sup>). En revanche, l'exercice d'une voie de recours ordinaire échappe à l'exigence d'autorisation<sup>(149)</sup>, de même que le pourvoi en cassation formé par le demandeur en qualité d'administrateur<sup>(150)</sup>. En qualité de défendeur, l'administrateur agit seul, sous réserve du droit d'acquiescer (*infra*, n<sup>o</sup> 195).

L'*irrecevabilité* qui sanctionne le défaut d'autorisation peut, selon nous, être soulevée d'office<sup>(151)</sup>, mais la procédure peut être régularisée par l'administrateur dûment autorisé<sup>(152)</sup>. La mise sous statut est un

(148) Dans le cadre d'une administration provisoire : C. trav. Liège, 21 mai 2010, *Chron. D.S.*, 2012, p. 486 et J.P. Roeselare, 29 janvier 2004, *J.J.P.*, 2005, p. 414 (demande de règlement collectif de dettes par l'administrateur provisoire, autorisé).

(149) Dans le cadre d'une administration provisoire : Cass., 15 juin 2009, *Pas.*, 2009, p. 1535, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 83, *T. Fam.*, 2010, p. 56, note S. VAN SCHEL, R.W., 2010-2011, p. 702 (somm.) ; Th. DELAHAYE, *L'administrateur provisoire (article 488bis du Code civil)*, 3<sup>e</sup> éd., o.c., p. 194, n<sup>o</sup> 298 ; P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », o.c., n<sup>o</sup> 85 ; F. SWENNEN, « Vertegenwoordiging in rechte als eiser van een onbekwame : gevolgen van de afwezigheid van machtiging », in *Imperat Lex. Liber Amicorum Pierre Marchal*, Gand, Larcier, 2003, p. 387 ; T. WUYTS, *Vermogensbeheer door ouder(s), voogd en voorlopig bewindvoerder*, o.c., p. 120, n<sup>o</sup> 223. *Contra* : Gand, 29 mai 1996, R.W., 1997-1998, p. 1056 ; J.P. Gand, 31 mars 2008, *J.J.P.*, 2008, p. 424 (appel) ; A. WYLLEMAN, *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en wilsgestoorden*, Malines, Kluwer, 2005, n<sup>os</sup> 830 et s.

(150) Dans le cadre d'une administration provisoire : Cass., 29 avril 2011, *Pas.*, 2011, p. 1199, R.W., 2012-2013, p. 578 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 965 (somm.).

(151) Dans le même sens, dans le cadre d'une administration provisoire : Gand, 29 mai 1996, R.W., 1997-1998, p. 1056 ; Corr. Bruxelles, 11 mars 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 221 (somm.) ; J.P. Gand, 31 mars 2008, *J.J.P.*, 2008, p. 424, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 940 (somm.) ; J.P. Barvaux, 12 décembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 345 ; F. SWENNEN, « Vertegenwoordiging in rechte als eiser van een onbekwame : gevolgen van de afwezigheid van machtiging », o.c., p. 396, n<sup>o</sup> 16 ; *contra* : Th. DELAHAYE, *L'administrateur provisoire (article 488bis du Code civil)*, 3<sup>e</sup> éd., o.c., p. 200, n<sup>o</sup> 304 ; E. VIEUJEAN, « Droit des personnes », in *Chroniques notariales* (Y.-H. LELEU coord.), vol. 42, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 18-19, n<sup>o</sup> 7 ; T. WUYTS, *Vermogensbeheer door ouder(s), voogd en voorlopig bewindvoerder*, o.c., p. 154, n<sup>o</sup> 299.

(152) Comp. dans le cadre d'une administration provisoire : J.P. Gand, 31 mars 2008, précité (autorisation de *confirmer* l'acte de procédure et non autorisation rétroactive d'agir). *Contra* : Corr. Bruxelles, 11 mars 2003, précité.

changement d'état qui interrompt l'instance dès sa notification (art. 815 C. jud.)<sup>(153)</sup>.

Sont expressément dispensées d'autorisation (art. 499/7, § 2, 7°) :

- les procédures relatives au patrimoine familial ou indivis, déjà placées sous le contrôle d'un juge<sup>(154)</sup> ;
- les procédures relatives aux contrats locatifs et à l'occupation sans titre ni droit<sup>(155)</sup>, au motif qu'elles se déroulent devant un juge de paix<sup>(156)</sup> ;
- les procédures relatives à la législation sociale en faveur de la personne protégée, que l'on doit dispenser d'autorisation en raison de leur nature conservatoire<sup>(157)</sup> et obligatoire à charge de l'administrateur ;
- toute constitution de partie civile, suivant l'expérience retirée d'une première application de la réforme de la tutelle par la loi du 29 avril 2001 (*infra*, n° 293)<sup>(158)</sup>.

**186. D. Aliénation de biens.** Les formalités habilitantes de l'aliénation de biens – terme beaucoup plus large que la *vente*<sup>(159)</sup> – sont régies par de

(153) Dans le cadre d'une administration provisoire : F. DEMBOUR et V. VERLY, « Contrats et autorisations spéciales du juge de paix », in *Administration provisoire, Questions pratiques : gestion des avoirs financiers et conclusion de contrats* (Y.-H. LELEU éd.), vol. 115, Liège, Anthemis, 2010, p. 109.

(154) Demande en licitation d'immeubles indivis à l'initiative d'un coindivisaire capable (art. 1187 C. jud.) ; demande en partage amiable à forme judiciaire (art. 1206 C. jud.). Les demandes d'apportion de scellés ou d'inventaire (art. 1150 et 1180, 1°, C. jud.) sont exclues de manière superflue, en raison de leur caractère conservatoire.

(155) Dans le cadre d'une administration provisoire : J.P. FURNES, 9 août 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 939 (somm.), *J.J.P.*, 2009, p. 80 ; *contra* : J.P. BARVAUX, 12 décembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 345.

(156) Pour une critique dans le cadre d'une administration provisoire : F. SWENNEN, « Het voorlopig bewind hervormd », p. 14, n° 74.

(157) Dans le cadre d'une administration provisoire : J.P. ROESELARE, 16 décembre 1997, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 592 (somm.), *R.W.*, 1998-1999, p. 55.

(158) Cass., 7 janvier 2003, *R.A.B.G.*, 2003, p. 529, note E. BREWAEYS ; Corr. Bruxelles, 11 mars 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 221 (somm.).

(159) Dans le cadre d'une administration provisoire, où l'ancien article 488bis, F, § 3, b), reprenait le même terme « aliénation », étaient donc soumis à l'autorisation : l'échange, l'expropriation même en extrême urgence (F. DEMBOUR et V. VERLY, « Contrats et autorisations spéciales du juge de paix », *o.c.*, p. 116), l'apport en société (J.P. SINT-NIKLAAS, 11 avril 2003, *T.G.R.*, 2004, p. 208 – en matière de minorité – art. 410), l'apport en communauté, la constitution d'un droit réel, la renonciation à un tel droit (*contra*, à tort : J.P. MAASEIK, 5 décembre 1997, *T. Not.*, 2001, p. 628, note F. DEBUCQUOY), la clause d'accroissement ou de tontine (J.P. LOUVAIN, 15 décembre 1997, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 592 (somm.), *R.W.*, 1997-1998, p. 1089). Au contraire de la cession de droit indivis (J.P. SAINT-GILLES, 28 janvier 2003, *J.J.P.*, 2004, p. 210 – en matière de minorité – art. 410), le partage amiable ne requiert aucune autorisation, sauf s'il est transactionnel (art. 1206 C. jud.) : J.P. FONTAINE-L'ÈVÈQUE, 11 octobre 2006, *Rev. not. belge*, 2007, p. 94, *R.R.D.*, 2006, p. 179, *J.J.P.*, 2007, p. 250, note ; J.P. MOL, 26 mai 2005, *J.J.P.*, 2005, p. 534, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 301 (somm. – en matière de minorité – art. 410) ; S. MOSSLEMANS, *Voogdij*, in *A.P.R.*, Malines, Kluwer, 2004, p. 362, n° 628 ; T. WUYTS, *Vermogensbeheer door ouder(s), voogd en voorlopig bewindvoerder*, *o.c.*, p. 89, n° 155 ; *contra* : M. GRÉGOIRE, « Quelques problèmes pratiques liés à la gestion des biens de la personne

multiples dispositions du Code civil et du Code judiciaire. Elles varient selon que les biens appartiennent en pleine propriété à la personne protégée ou en copropriété avec d'autres personnes (art. 1186 et 1187 C. jud.)<sup>(160)</sup>, dépendent d'une succession ou d'une faillite (art. 1189 et 1190 C. jud.), ou s'inscrivent dans un règlement collectif de dettes. Elles varient encore selon la forme publique ou de gré à gré de la vente (art. 499/8 ; art. 1193bis C. jud.)<sup>(161)</sup>, selon que l'immeuble est ou non le logement de la personne (art. 499/9, al. 2), et selon que des meubles garnissent celui-ci (art. 499/9, al. 2). Ces dispositions doivent être combinées de manière à éviter de multiplier les formalités pour un même acte, la loi ayant elle-même prévu des dispenses dans certains cas. Ce travail de synthèse a été effectué par plusieurs auteurs auxquels nous prions le lecteur de se reporter<sup>(162)</sup>.

S'agissant des meubles, on excepte la vente des fruits et objets de rebut, traditionnellement considérée comme un acte d'administration courante<sup>(163)</sup>. Sont également exceptés les actes accomplis dans le cadre d'une gestion de fortune confiée à un établissement spécialisé (art. 499/7, § 2, 1<sup>o</sup>, *jo* art. 499/5).

*Le logement de la personne, ses meubles meublants et les souvenirs et autres objets à caractère personnel* sont soumis à un régime particulier (art. 499/9). Le logement et ses meubles doivent rester le plus longtemps possible à la disposition de la personne protégée et les souvenirs et effets personnels ne peuvent être aliénés qu'après autorisation du juge de paix (art. 499/7, § 2, 12<sup>o</sup> et 499/9), même s'il s'agit d'objet de faible valeur, et uniquement en cas de « nécessité absolue » (financière, conjugulée à une perspective de non-retour à domicile) et après une (tentative de) concertation avec la personne (art. 499/9, al. 3).

protégée », in *L'administration provisoire* (F.R.N.B. éd.), Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 129, n<sup>o</sup> 12 ; P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 14<sup>e</sup> éd., o.c., n<sup>o</sup> 1355.

(160) Et dans ce dernier cas selon la personne qui prend l'initiative de la vente.

(161) Sur la nécessité de soumettre au juge requis d'autoriser la vente de gré à gré, un projet d'acte authentique de vente : Cass., 27 juin 2008, *Pas.*, 2008, p. 1769, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 415, *Rev. not. belge*, 2009, p. 834, *J.L.M.B.*, 2009, p. 105, obs. E. et M. VAN BRUSTEM, *Rec. gén. enr. not.*, 2010, n<sup>o</sup> 26.165, p. 111.

(162) Voy. not. dans le cadre de l'administration provisoire, dont les mêmes principes sont repris aujourd'hui : L. CARENS, « De vrijwillige verkoping van onroerende goederen waarbij handelingsonbekwamen betrokken zijn », in *Rechtskroniek voor het notariaat*, d. 7, Bruges, die Keure, 2005, pp. 131 et s. ; C. ENGELS, « Bepaalde verkopen van goederen van onbekwamen », in *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police 2006* (P. LECOCQ et C. ENGELS éd.), Bruges, die Keure, 2006, pp. 69 et s. ; G. de LEVAL, F. HERINCKX et L. BARNICH, « Ventes judiciaires d'immeubles », *Rép. not.*, t. VII, l. V, Bruxelles, Larcier, 2010 ; P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », o.c., n<sup>os</sup> 321-322 ; S. MOSSELMANS, « Art. 410 B.W. », o.c., n<sup>os</sup> 42 et s. ; S. MOSSELMANS, « De verkoop van een goed van een handelingsonbekwame », *N.F.M.*, 2005, p. 86 ; V. DEHALLEUX, « La capacité juridique. Tableaux d'application », *Rép. not.*, t. I, l. V/2, Bruxelles, Larcier, 2004.

(163) P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », o.c., n<sup>o</sup> 79-3.

En toute hypothèse, l'autorisation spéciale est préalable et une aliénation par *porte-fort*<sup>(164)</sup> ou sous *condition suspensive*<sup>(165)</sup> de son obtention est nulle. Une *offre de vente* n'emporte pas aliénation et ne nécessite pas d'autorisation préalable ; la signature d'un *compromis* de vente requiert par contre l'autorisation.

La vente publique est la règle (art. 499/8), mais le juge de paix peut autoriser la *vente de gré à gré* dans l'intérêt de la personne protégée, ce qui doit ressortir du projet d'acte notarié de vente, à tout le moins du compromis, dûment autorisé (art. 1193bis C. jud.)<sup>(166)</sup>. En fonction du prix offert, au regard des conditions du marché et du potentiel d'une vente publique, le juge veillera à épargner à la personne les frais d'une négociation immobilière<sup>(167)</sup>.

La perception du prix de l'aliénation peut donner lieu à des formalités supplémentaires<sup>(168)</sup>.

Si c'est l'administrateur, autre que le conjoint de la personne protégée<sup>(169)</sup>, qui souhaite acquérir les biens de la personne protégée, directement ou par personne interposée, une autorisation spéciale du juge est nécessaire, sauf exceptions légales (art. 499/10 *jo* art. 1250 C. jud.).

À noter enfin que des *retraits ou virements bancaires* ne sont pas considérés comme actes d'aliénation soumis à autorisation préalable si les conditions posées par le juge de paix sont respectées (art. 499/7, § 2, dernier al., *jo* art. 499/4 ; *supra*, n° 183-1).

(164) *Contra* dans le cadre de l'administration provisoire : Mons, 4 décembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1131 (la cour énonce, à tort, qu'une autorisation spéciale du juge de paix eût pu être sollicitée après la signature du compromis par l'administrateur provisoire s'étant porté fort).

(165) Dans le cadre de l'administration provisoire : Cass., 27 juin 2008, *Pas.*, 2008, p. 1769, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 415, *Rev. not. belge*, 2009, p. 834, *J.L.M.B.*, 2009, p. 105, obs. E. et M. VAN BRUSTEM, *Rec. gén. enr. not.*, 2010, n° 26165, p. 111 ; J.P. Seneffe, 5 août 2002, *Rev. not. belge*, 2003, p. 109 ; F. DEMBOUR et V. VERLY, « Contrats et autorisations spéciales du juge de paix », *o.c.*, p. 121 ; P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *o.c.*, p. 127, n° 79-2 et les nombreux auteurs cités (note 5) ; G. de LEVAL, F. HERINCKX et L. BARNICH, « Vente judiciaire d'immeubles », *Rép. not.*, t. VII, l. V, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 151, n° 151. *Contra* : Th. DELAHAYE, *L'administrateur provisoire (article 488bis du Code civil)*, 3<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 172, n° 257. Sur les cas particuliers d'entrée en vigueur du statut après la conclusion d'un compromis ou d'une promesse unilatérale de vente : J.P. Fontaine-l'Évêque, 11 juin 2010, *Rev. not. belge*, 2011, p. 407. Voy. également *mutatis mutandis* : S. MOSSELMANS, « Art. 410 B.W. », *o.c.*, n°s 20-21.

(166) Not. dans le cadre de l'administration provisoire : J.P. Etterbeek, 4 janvier 2012, *J.J.P.*, 2013, p. 432 (refus) ; J.P. Fontaine-l'Évêque, 28 décembre 2007, *J.J.P.*, 2009, p. 116 (refus) ; J.P. Fontaine-l'Évêque, 31 août 2006, *Rev. not. belge*, 2007, p. 96, *J.J.P.*, 2006, p. 496 ; J.P. Bruges, 25 octobre 2004, *J.J.P.*, 2005, p. 505, note S. MOSSELMANS (minorité – art. 410) ; J.P. Seneffe, 5 août 2002, précité.

(167) Dans le cadre de l'administration provisoire : J.P. Seneffe, 5 août 2002, précité (interdiction de conférer un mandat de vente négociée au notaire proposé).

(168) Dans le cadre de l'administration provisoire : J.P. Bastogne-Neufchâteau, 11 mars 2004, *J.J.P.*, 2005, p. 488.

(169) Il faut alors respecter le prescrit de l'article 1595 du Code civil réglementant la vente entre époux.

**187. E. Emprunt et affectation en hypothèque.** Une autorisation spéciale du juge de paix est nécessaire pour l'emprunt, la constitution d'hypothèque, la mise en gage des biens de la personne protégée<sup>(170)</sup>, la radiation d'une inscription hypothécaire, avec ou sans quittance, ou d'une transcription d'une ordonnance de saisie-exécution sans paiement, ainsi que la dispense d'inscription d'office (art. 499/7, § 2, 2° et 3°)<sup>(171)</sup>. Des sûretés personnelles telles que le cautionnement ou la solidarité ne sont pas visées, mais impliquent les mêmes risques pour le patrimoine de la personne protégée et doivent être soumises à autorisation, à notre avis<sup>(172)</sup>.

S'agissant des opérations de crédit pouvant entrer dans la catégorie « emprunt »<sup>(173)</sup>, il convient selon nous d'interpréter largement la disposition légale et de l'appliquer à toute forme de crédit consenti par un organisme financier (ou un particulier), en ce compris les facilités de caisse liées à un compte<sup>(174)</sup>. Quant à l'opportunité de les autoriser, le juge de paix pourra s'inspirer de l'ancien article 457 du Code civil et examiner non leur intérêt, mais leur nécessité ou leur avantage évident pour la personne protégée<sup>(175)</sup>.

**188. F. Conclusion et renouvellement d'un bail.** Le juge de paix doit autoriser la *conclusion* – comme bailleur ou preneur<sup>(176)</sup> – d'un bail à ferme, d'un bail commercial<sup>(177)</sup> ou de tout autre bail d'une durée supérieure à 9 ans, ainsi que le *renouvellement* d'un bail commercial (art. 499/7, § 2, 4°). La même autorisation est exigée pour la sous-location, la cession et autres transferts de droits<sup>(178)</sup>.

(170) Le prêt d'un meuble n'est pas visés par le texte, mais pourraient, selon nous, être soumis à autorisation, par analogie et argument tiré de l'article 410, § 1<sup>er</sup>, 3°.

(171) Ces ajouts par la loi du 17 mars 2013 visent à clarifier une controverse jurisprudentielle. Proposition de loi instaurant un statut de protection global des personnes majeures incapables, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2011-2012, n° 1009/010, p. 82.

(172) Pour une assimilation à une libéralité : E. VIEUJEAN, « Personnes – Examen de jurisprudence (1976 à 1982) », *o.c.*, p. 517, n° 25.

(173) Sur les opérations liées aux cartes de crédit : F. APS, « Creditcards en huwelijksvermogensrecht », *R.W.*, 1994-1995, p. 1249.

(174) En ce sens dans le cadre de l'administration provisoire : E. de WILDE d'ESTMAEL, « L'administration provisoire et la banque », in *Banque et famille* (M. TISON réd.), Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 64. Rapp. à propos de l'article 1418, 2, d : V. DAPSENS, « La gestion du patrimoine commun », in « Les régimes matrimoniaux. 3. Le régime légal » (Y.-H. LELEU et L. RAUCENT dir.), *Rép. not.*, t. V, l. II/3, Bruxelles, Larcier, 2001, n° 866 ; F. APS et S. MOSSELMANS, « Kan een echtgenoot, zonder de instemming van de andere echtgenoot, een zichtrekening openen, indien de bedoelde verrichting gepaard gaat met de aflevering van een kredietkaart ? », *Jura Falc.*, 2000-2001, p. 207.

(175) P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *o.c.*, n° 323.

(176) Hypothèse exceptionnelle mais non théorique.

(177) Le bail commercial est alors soumis à la loi du 30 avril 1951 : J.P. Roeselare, 3 juillet 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 301 (somm.), *R.W.*, 2005-2006, p. 114, *J.J.P.*, 2005, p. 485 ; dans le même sens : F. DEMBOUR et V. VERLY, « Contrats et autorisations spéciales du juge de paix », *o.c.*, p. 128.

(178) S. MOSSELMANS, « Art. 410 B.W. », *o.c.*, n° 110.

Les autres baux, s'ils ont une durée inférieure à 9 ans, peuvent être conclus par l'administrateur seul, sous sa responsabilité s'il n'agit pas dans l'intérêt du protégé, et dans le respect des dispositions particulières régissant la disposition des « droits » afférents au logement de la personne protégée (art. 499/9, al. 2). Il en va de même pour le congé, la renonciation et tout acte assimilable.

Le diligentement de procédures relatives au contrat de bail ne nécessite pas d'autorisation spéciale (*supra*, n° 185).

Contrairement au bail irrégulier consenti par un tuteur ou par les parents d'un mineur, réduit dans sa durée (art. 595 et 1718), celui consenti par l'administrateur sans autorisation spéciale est nul (art. 499/13).

Lorsque c'est l'administrateur qui souhaite prendre en location un bien de la personne protégée – peu importe le type ou la durée –, il ne peut le faire qu'après autorisation du juge de paix, qui détermine les conditions de la location et les garanties spéciales liées au bail consenti (art. 499/10).

**189. G. Option héréditaire.** De l'article 499/7, § 2, 5°, il ressort que la *renonciation* à une succession ou à un legs (à titre) universel est soumise à autorisation spéciale, de même que son *acceptation* en principe *sous bénéfice d'inventaire*<sup>(179)</sup>. En revanche, le réalisme économique interdit d'exiger que la demande d'autorisation soit précédée d'un inventaire<sup>(180)</sup>.

Lorsque l'acceptation sous bénéfice d'inventaire a été autorisée par le juge de paix, il n'est pas nécessaire de solliciter une nouvelle autorisation (postérieure à l'inventaire) pour accepter la succession non déficitaire<sup>(181)</sup>.

Cette autorisation ne couvre pas les demandes en partage ni les ventes de biens successoraux.

La loi du 17 mars 2013 apporte une innovation majeure en ce domaine, puisque le juge de paix peut désormais, par ordonnance motivée, donner autorisation d'*accepter purement et simplement* une succession ou

(179) Dans le cadre d'une administration provisoire : J.P. Zottegem-Herzele, 3 avril 2012, *T. not.*, 2013, p. 142, *J.J.P.*, 2013, p. 145, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 822 (somm.) ; J.P. Bastogne-Neufchâteau, 24 mars 2004, *J.J.P.*, 2005, p. 489, note. Pour plus de détails : F. DEBUCQUOY, « Machtiging aan de voorlopige bewindvoerder tot aanvaarding onder voorrecht van boedelbeschrijving », note sous J.P. Saint-Trond, 17 décembre 1998, *T. Not.*, 2001, p. 85 ; P. DELNOY, « Comparaison des avantages et inconvénients de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire et de la répudiation d'une succession », *R.G.D.C.*, 2003, p. 200 ; S. MOSSELMANS, « De handelingsonbekwame als erfgenaam », *T.E.P.*, 2005, p. 70.

(180) F. DEMBOUR et V. VERLY, « Contrats et autorisations spéciales du juge de paix », *o.c.*, p. 125. Un rapport éclairant le juge sur l'intérêt du protégé s'impose mais suffit : Y. LELEU et J.-M. VANSTAEN, « La protection des biens des personnes totalement ou partiellement incapables d'en assurer la gestion – Aperçu législatif et commentaire », *Act. dr.*, 1993, p. 589.

(181) Dans le cadre d'une administration provisoire : J.P. Roulers, 17 juillet 2009, *R.W.*, 2009-2010, p. 1144.

un legs, compte tenu de la nature et de la consistance du patrimoine hérité et lorsqu'il apparaît que les bénéficiaires (*sic*) sont manifestement supérieurs aux charges du patrimoine hérité (art. 499/7, § 2, 5°). Le recours systématique à un inventaire était parfois inutile et souvent onéreux.

**190. H. Acceptation de libéralités à titre particulier.** La donation, le legs et toute autre libéralité à titre particulier, directe ou indirecte<sup>(182)</sup>, peuvent être grevés de charges, générer des frais d'entretien ou de gestion et le paiement de droits d'enregistrement. Leur *acceptation* ou la demande de *délivrance* nécessite un contrôle judiciaire (art. 499/7, § 2, 6°).

La *renonciation* à une libéralité entre vifs ne doit pas être autorisée car l'acceptation en est un élément constitutif (art. 894) ; la *répudiation* d'un legs ou d'une institution contractuelle nous paraît soumise à l'autorisation spéciale<sup>(183)</sup>.

**191. I. Conclusion d'un pacte d'indivision** Depuis la loi du 17 mars 2013, un nouvel acte est soumis à autorisation préalable du juge de paix : la conclusion par l'administrateur d'un pacte d'indivision (art. 499/7, § 2, 8°). Cela peut se comprendre, tant l'acte peut grever le patrimoine de la personne protégée.

**192. J. Achat d'un bien.** N'est soumise à autorisation spéciale que l'acquisition d'un immeuble (art. 499/7, § 2, 9°), quelle que soit la manière de le financer. L'autorisation doit être préalable, de sorte qu'un compromis de vente sous condition suspensive de l'autorisation du juge de paix est nul (*supra*, n° 186 et la note 165)<sup>(184)</sup>.

La dispense *a contrario* d'autorisation pour l'achat d'un *meuble* est critiquable dans sa généralité, compte tenu des transformations de la consistance des patrimoines modernes. Certains juges estiment, à juste titre, que prélever des fonds sur un compte bancaire pour financer une dépense *non nécessaire* se rapproche d'une aliénation de meubles<sup>(185)</sup>. Les dépenses faites par l'administrateur doivent en effet entrer dans le cadre de sa gestion de bon père de famille. Leur appréciation *a posteriori*

(182) Sur l'*institution contractuelle* (qui doit être acceptée au moment de sa conclusion et quant à son objet lors de son exécution) : P. DELNOY, « Les incapacités civiles au lendemain de la loi du 18 juillet 1991 dans le domaine des libéralités », in *Protection des malades mentaux et incapacités des majeurs : le droit belge après les réformes* (E. VIEUJEAN éd.), Bruxelles, E. Story-Scientia, 1993, p. 307.

(183) Dans le même sens dans le cadre d'une administration provisoire : P. DELNOY, « Les incapacités civiles au lendemain de la loi du 18 juillet 1991 dans le domaine des libéralités », *o.c.*, p. 310.

(184) En ce sens : S. MOSSELMANS, « Art. 410 B.W. », *o.c.*, n° 85. On peut pallier l'absence d'autorisation (préalable) par une promesse unilatérale de vente. Pour plus de détails : N. DELFORGE et I. VOETEN, « De aan- en verkoop van een onroerend goed door een minderjarige na de nieuwe Voogdijwet », *La Basoche*, 2002/3, p. 11, n° 3.

(185) Dans le cadre d'une administration provisoire : J.-P. Comines-Warneton, 6 mai 2009, R.G. n° 09/B215, cité par F. DEMBOUR et V. VERLY, « Contrats et autorisations spéciales du juge de paix », *o.c.*, p. 131.

à l'aune de ce critère permet des recours efficaces et nous invite à ne pas soutenir avec autant de force qu'en matière de minorité la thèse selon laquelle tout achat de bien meuble, de certaine importance, est soumis à autorisation spéciale parce qu'il implique l'aliénation d'un autre meuble ou de liquidités (*infra*, n<sup>os</sup> 295 et 301).

**193. K. Transaction ou convention d'arbitrage.** L'autorisation requise pour transiger<sup>(186)</sup> ou conclure une convention d'arbitrage (art. 499/7, § 2, 10<sup>o</sup>) (à laquelle on assimilera la tierce décision obligatoire<sup>(187)</sup> et le partage amiable transactionnel) ne s'accompagne pas de formalités d'expertise juridique, ce qui n'empêche pas le juge de s'entourer d'avis pour apprécier l'étendue des droits de la personne protégée. En pratique, l'administrateur devra demander cette autorisation dès l'entrée en négociations en vue d'aboutir à une transaction<sup>(188)</sup>.

**194. L. Poursuite du commerce de la personne protégée.** L'administrateur peut continuer le commerce de l'intéressé après autorisation du juge de paix (art. 499/7, § 2, 11<sup>o</sup>). Le juge peut également désigner un administrateur spécial chargé d'assumer la direction du commerce sous la surveillance de l'administrateur des biens. Le juge de paix peut retirer son autorisation à tout moment.

**195. M. Acquiescement à une demande relative à des droits immobiliers.** On comprend l'importance de ne pas laisser l'administrateur renoncer seul à une prétention exprimée en justice et impliquant le protégé. Mais limiter l'autorisation aux seuls droits immobiliers (art. 499/7, § 2, 13<sup>o</sup>) pose problème, d'autant plus que toute *transaction* est soumise à autorisation (*supra*, n<sup>o</sup> 193). La matière ne brille pas par sa cohérence depuis que le tuteur est dispensé de toute autorisation pour acquiescer<sup>(189)</sup>. Néanmoins, l'obligation d'obtenir une autorisation pour acquiescer en cas de personne protégée majeure est confirmée par la loi du 17 mars 2013.

Dans le cadre de l'administration provisoire, certains auteurs considéreraient que l'acquiescement à un jugement qui *condamne* le protégé

(186) Dans le cadre d'une administration provisoire : J.P. Landen-Zouteleuw, 31 mars 2011, *J.J.P.*, 2013, p. 403 (combinaison avec les règles de liquidation-partage amiable) ; J.P. Roulers, 28 juin 2007, *R.W.*, 2007-2008, p. 1335 (refus).

(187) Voy. : O. CAPRASSE, « De la tierce décision obligatoire », *J.T.*, 1999, p. 565 ; B. TILLEMANS, I. CLAEYS, Chr. COUDRON et K. LOONTJENS, « Dading », in *A.P.R.*, Anvers, E. Story-Scientia, 2000, p. 253.

(188) F.-J. WARLET, *L'administration provisoire des biens. Manuel pratique de l'administration provisoire des biens des personnes vulnérables*, Malines, Kluwer, 2008, p. 153.

(189) Art. 410, § 1<sup>er</sup>, 10<sup>o</sup>, réd. L. du 13 février 2003. Voy. : E. VIEUJEAN, « Les personnes », p. 13, note 6.

dans un procès où il était demandeur était une renonciation, interdite à l'administrateur<sup>(190)</sup>.

**195-1. N. Autorisation pour apposer un signe distinctif sur des instruments de paiement.** L'administrateur doit solliciter une autorisation du juge de paix avant que lui-même n'autorise des prestataires de services de paiement d'apposer un signe distinctif sur les instruments de paiement de la personne protégée (art. 499/7, § 2, 14°). Une mention de la mesure de protection sera ainsi portée sur la carte bancaire de la personne protégée, après que le juge de paix ait soupesé les intérêts des tiers et le respect de la vie privée de la personne, voire de sa dignité.

**195-2. O. Donation au nom et pour le compte de la personne protégée.** Innovation de la réforme de 2013, le juge de paix peut autoriser l'administrateur (des biens) à réaliser une *donation* au nom et pour le compte de la personne protégée. Il faut que cette dernière soit incapable d'exprimer une volonté et que la volonté de « donner »<sup>(191)</sup> ressorte de déclarations, écrites ou orales, antérieures mais à un moment où la personne était capable d'exprimer sa volonté (art. 499/7, § 4). Une donation par représentation est donc possible moyennant le respect d'autres conditions strictes : être en rapport avec le patrimoine de la personne protégée et ne pas menacer d'indigence celle-ci ni ses créanciers d'aliments.

**195-3. Actes mixtes.** Si un acte touche à la fois la personne et les biens (ex. : traitement médical coûteux, placement en maison de repos et de soins, bail de la personne protégée<sup>(192)</sup>), et que la personne a deux administrateurs, le juge de paix peut autoriser un seul administrateur à agir (art. 499/7, § 3). Si le juge est saisi par un des administrateurs, l'autre est entendu ou à tout le moins convoqué par pli judiciaire. L'administrateur autorisé à agir informe l'autre sans délai.

Par ailleurs, s'il s'agit d'un acte soumis à autorisation préalable, la présomption d'accord des administrateurs à l'égard des tiers de bonne foi (art. 497/3, § 2, al. 2 ; *infra*, n° 200-3) ne s'applique pas. Les deux administrateurs doivent donc agir conjointement, sauf dispense du juge de paix lorsqu'il donne son autorisation<sup>(193)</sup>.

**196. Actes interdits.** Sont interdits à l'administrateur, les actes qui ne relèvent pas de la mesure de protection judiciaire et que la personne

(190) Dans le cadre d'une administration provisoire : P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *o.c.*, n° 324.

(191) La loi ne donne pas plus de détails : la volonté doit-elle porter sur la donation projetée en particulier, son montant, son objet ? Ce serait logique, tout en permettant des modifications raisonnables.

(192) J.P. Anvers, 6 février 2014, *R. W.*, 2014-2015, p. 435

(193) Ex. : raisons pratiques ou opposition entre les deux administrateurs alors que l'acte en projet sert les intérêts de la personne protégée.

protégée demeure capable d'accomplir. Par ailleurs, et de manière générale, l'administrateur ne peut pas accomplir des actes qui appauvrissent la personne protégée. Rappelons que l'administrateur ne peut jamais intervenir pour les actes de l'article 497/2 (*supra*, n° 182-3).

### (iii) Capacité de la personne protégée

**197-199. Principe de capacité.** Les pouvoirs de l'administrateur sont limités en fonction de l'ordonnance initiale du juge de paix. La capacité de la personne protégée dépend de cette ordonnance mais est résiduaire. La personne protégée peut donc exercer la totalité de ses droits, sauf si le juge de paix a décidé de limiter sa capacité d'exercice en fonction de l'étendue de la mission de l'administrateur (art. 492/1).

Par ailleurs, comme nous l'avons précisé, l'administrateur ne peut pas intervenir pour accomplir certains actes particuliers, au caractère personnel marqué, et seule la personne protégée peut les accomplir, parfois même si elle en a été initialement déclarée incapable, en respectant les formalités liées à l'acte projeté (art. 497/2 ; *supra*, n° 182-3).

**200. Nullité des actes irréguliers accomplis par la personne protégée après le prononcé de la mesure de protection.** Si la personne protégée accomplit un acte en violation du régime de protection, la sanction dépend de l'acte incriminé, que l'administrateur soit chargé d'une mission de représentation ou d'assistance (art. 493, § 4).

Si la personne protégée accomplit un acte relatif à sa *personne* alors qu'elle en a été déclarée incapable, la sanction est la *nullité de droit*, que le juge doit obligatoirement prononcer (art. 493, § 1<sup>er</sup>).

Si la personne a été autorisée par le juge de paix à accomplir l'acte relatif à sa personne sous certaines conditions, qui n'ont pas été respectées, la nullité peut être invoquée (*nullité facultative* - art. 493, § 1<sup>er</sup>, al. 2).

La *nullité de droit* sanctionne aussi l'accomplissement, en violation d'une incapacité déclarée, d'un acte sur les *biens* pour lequel une autorisation préalable du juge est nécessaire (art. 499/7, § 2 ; *supra*, n° 184).

*Nullité de droit* encore lorsque la personne protégée a disposé par donation ou testament (art. 905) ou conclu un contrat de mariage (art. 1397/1) ou une convention de vie commune (art. 1478, al. 4), si la personne n'a pas respecté les régimes spécifiques pour accomplir ces actes ou si ces actes ont été autorisés sous des conditions non respectées (art. 493, § 2).

Pour les autres actes relatifs aux biens, la nullité est *facultative*, en cas de *lésion*. La nullité est appréciée en tenant compte des droits des tiers de bonne foi. Le juge peut également décider de diminuer les engagements pris par la personne protégée en cas d'excès et en prenant

en considération sa fortune, la bonne foi de ses cocontractants, ainsi que l'utilité ou non des dépenses (art. 493, § 2, al. 2)<sup>(194)</sup>.

La nullité est *relative*<sup>(195)</sup>, à la demande de l'administrateur, de la personne protégée ou de ses héritiers (art. 493/1)<sup>(196)</sup>, et susceptible de *confirmation* par l'administrateur en cours de mesure de protection, ou éventuellement par la personne protégée, moyennant le respect des formalités légales (art. 493, § 3).

Comme pour les mineurs, la personne protégée ne doit *rembourser* ou *restituer* que dans la mesure de son profit<sup>(197)</sup> (art. 493, § 3, al. 2).

*Rétroactive*, la nullité sanctionne les actes accomplis dès le dépôt de la requête en désignation de l'administrateur (art. 492/3, *in fine*), sauf si l'acte est soumis à autorisation préalable du juge de paix (art. 499/7), s'il s'agit d'une disposition par donation ou testament (art. 905), ou s'il s'agit d'un contrat de mariage (art. 1397/1) ou d'une convention de cohabitation légale (art. 1478, al. 4). Pour ces quatre catégories d'actes, la protection n'entre en vigueur qu'au jour de la publication de l'ordonnance au *Moniteur belge* (art. 492/3). Cette règle réalise un compromis entre, d'une part, la protection de la personne (dépôt de la requête – début de la procédure) et, d'autre part, la sécurité juridique (publication de l'ordonnance – fin de la procédure)<sup>(198)</sup>.

L'action en nullité se *prescrit* par 5 ans à dater de la prise de connaissance de l'acte ou de sa signification après la fin des fonctions de l'administrateur ou après la mort de la personne protégée (art. 493/1). La brièveté de ce délai est compensée par la possibilité de réclamer au tiers de mauvaise foi (pendant le délai décennal de droit commun) des dommages et intérêts à raison du préjudice subi (art. 493/1, al. 5).

**200-1. Actes accomplis par la personne protégée avant le début de la protection.** Les actes accomplis par une personne avant que le juge ne prononce une mesure de protection sont en principe valables. Si la nullité est

(194) Rappr. : art. 484, al. 2, en cas d'émancipation du mineur.

(195) Dans le cadre de l'administration provisoire : J.P. Fontaine-l'Evêque, 7 juillet 2006, *Rev. not. belge*, 2006, p. 604, critiquée par M. DEMARET et E. LANGENAKEN, « Le droit des personnes et des familles », in *Chroniques notariales* (Y.-H. LELEU coord.), vol. 47, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 52, n° 32 ; J.P. Charleroi, 26 janvier 2004, *J.J.P.*, 2005, p. 258, note J.-F. VAN DROOGHENBROECK ; J.P. Barvaux, 12 décembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 345.

(196) Les créanciers peuvent la demander par voie oblique (E. VIEUJEAN, « Protection du majeur physiquement ou mentalement inapte à gérer ses biens », *o.c.*, p. 136, n° 60). En matière de libéralités : Liège, 7 mars 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 145 (nullité invoquée par tout intéressé).

(197) Application dans le cadre d'une administration provisoire : J.P. Bruxelles, 25 octobre 2011, *J.J.P.*, 2013, p. 631, note B. DEMEESTER.

(198) Pour plus de détails, voy. Proposition de loi instaurant un statut de protection global des personnes majeures incapables, Amendement n° 371 de M. TERWINGEN et consorts, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 1009/009, p. 11. Pour un exemple d'application d'insécurité juridique de l'ancienne règle dans le cadre de l'administration provisoire : J.P. Bruxelles, 25 octobre 2011, *J.J.P.*, 2013, p. 631, note B. DEMEESTER.

demandée, il faut appliquer le droit commun de sorte que l'acte ne peut être annulé qu'en présence d'un vice de consentement ou d'une absence de volonté au moment de l'accomplissement de l'acte.

L'article 493/2 rompt néanmoins avec l'ancienne soumission au droit commun de l'annulation des actes antérieurs au début de l'administration provisoire<sup>(199)</sup>. Actuellement, la nullité d'un acte accompli *avant* la protection judiciaire peut être demandée si la cause de la mesure existait *notoirement* à l'époque où ledit acte a été accompli<sup>(200)</sup> (art. 493/2).

La nullité est relative et peut être demandée par l'administrateur ou la personne protégée. Le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation pour lui permettre de notamment prendre en considération l'éventuelle bonne foi du tiers.

**200-2. Action des héritiers en cas de décès.** Après le décès de la personne protégée, ses héritiers ne peuvent en principe pas demander la nullité d'un acte accompli par le défunt en raison de son incapacité.

L'article 493/3 apporte néanmoins 2 exceptions à cette règle : les héritiers peuvent attaquer un acte accompli à titre *onéreux* pendant la période d'incapacité soit lorsque une mesure de protection judiciaire a été demandée ou prononcée avant le décès de la personne, soit lorsque la preuve de l'incapacité résulte de l'acte même qui est attaqué<sup>(201)</sup>.

Pour les *libéralités*, le droit commun de l'article 901 permet aux héritiers de les contester pour défaut de consentement renforcé du défunt.

#### (iv) *Contrôle et sanctions de la gestion*

**200-3. Informations. Coopérations.** Le juge de paix dispose d'un large pouvoir puisqu'il peut s'informer sur la situation familiale, morale et matérielle de la personne protégée, ainsi que sur ses conditions de vie. Il peut ainsi demander au procureur du Roi de prendre tous les renseignements utiles concernant ces points, avec l'intervention du service social compétent (art. 497/6).

Lorsqu'un administrateur de la personne et un administrateur des biens sont désignés, ceux-ci s'informent mutuellement et communiquent à la personne de confiance les actes qu'ils accomplissent dans le cadre de leur mission (art. 497/7).

Pour accomplir les actes juridiques et prendre les décisions qui concernent à la fois la personne et les biens de la personne protégée, il

(199) Civ. Liège, 21 décembre 2005, *Rev. not. belge*, 2006, p. 82.

(200) C'est conforme à ce que prévoyait l'ancien article 503 en cas d'interdiction.

(201) Comp. anc. art. 504 en cas d'interdiction. Voy. C. const., 22 janvier 2015, arrêt n° 3/2015, R. W., 2014-2015, p. 999, *Act. dr. fam.*, 2015, p. 118, note T. VAN HALTEREN.

faut l'accord de l'administrateur de la personne *et* de l'administrateur des biens (art. 497/3, § 2). À l'égard des tiers de bonne foi, une présomption d'accord est instaurée, sauf pour les exceptions établies par la loi<sup>(202)</sup>.

Chaque acteur est donc tenu informé de la situation de la personne protégée. Cela permet un contrôle croisé, outre le fait qu'une communication et une concertation permettent d'éviter des conflits. Si un conflit survient entre l'administrateur de la personne et l'administrateur des biens, c'est le juge de paix qui tranche dans l'intérêt de la personne protégée (art. 497/3). L'éventuel conflit entre les administrateurs des biens n'est pas visé légalement<sup>(203)</sup>. L'article 497/3 peut néanmoins s'appliquer selon nous<sup>(204)</sup>.

**201. Rapports multiples.** L'obligation de rapport de l'administrateur est la clé du contrôle de sa gestion et de la prévention des abus<sup>(205)</sup>. Tous les rapports, dont le Roi a établi des modèles (A.R. du 31 août 2014), sont joints au dossier administratif (art. 1253 C. jud. ; *supra*, n° 180-1) et transmis au juge de paix, à la personne protégée<sup>(206)</sup> et à la personne de confiance.

Un mois au plus tard après l'acceptation de sa désignation, l'administrateur chargé d'une mission de *représentation* communique un *rapport initial*. Celui de l'administrateur de la personne vise le cadre de la vie, et celui de l'administrateur des biens la situation patrimoniale et les revenus de l'intéressé (art. 499/6). Le juge peut dispenser d'un tel rapport en fonction de l'étendue de la mission confiée. L'administrateur chargé d'une mission d'*assistance* ne doit jamais établir un tel rapport.

En cours de mission, l'administrateur de la *personne* ne dresse un *rapport intermédiaire* qu'au moment où, dans les circonstances, et selon les modalités déterminés par le juge de paix dans son ordonnance initiale. En l'absence de précision, un rapport annuel est rédigé et communiqué

(202) Voy. not. l'article 499/7 où le juge de paix peut autoriser soit l'administrateur de la personne, soit l'administrateur des biens à agir seul (*supra*, n° 195-3).

(203) Selon les travaux préparatoires, lorsque plusieurs administrateurs des biens sont désignés, leurs compétences respectives déterminent lequel est compétent pour accomplir l'acte voulu.

(204) Dans le même sens : F. DEGUEL, « La loi réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine : vers une simplification ? », *o.c.*, p. 148, n° 34.

(205) Pour une analyse fouillée dans le cadre de l'administration provisoire : F.-J. WARLET, « Le rôle du juge de paix dans le contrôle de la bonne gestion de l'administrateur provisoire », in *L'administration provisoire, questions pratiques. Gestion des avoirs financiers et conclusion de contrats* (Y.-H. LELEU dir.), CUP, vol. 115, Liège, Anthemis, 2010, pp. 162 et s.

(206) Le juge peut dispenser de la transmission à la personne protégée si elle n'est pas capable d'en prendre connaissance (art. 498/3, § 1<sup>er</sup>, al. 2 ; art. 498/3, § 2, al. 1<sup>er</sup> ; art. 498/4, al. 1<sup>er</sup> ; art. 499/6, al. 1<sup>er</sup> ; art. 499/14, § 1<sup>er</sup>, al. 2 ; art. 499/14, § 2, al. 1<sup>er</sup> ; art. 499/17, § 1<sup>er</sup>, al. 2 ; art. 499/17, § 2, al. 3). L'article 497/8 présume par ailleurs que la personne protégée qui se trouve dans un état de santé grave (art. 492/5 ; *supra*, n° 182-2) n'est pas en mesure de prendre connaissance des rapports (de début, intermédiaires et finaux – en cas de mission d'assistance ou de représentation).

aux personnes habituelles et, le cas échéant, à l'administrateur des biens (art. 498/3, § 1<sup>er</sup> et 499/14, § 1<sup>er</sup>)<sup>(207)</sup>.

L'administrateur des *biens* communique un *rapport annuel écrit*, le cas échéant également à l'administrateur de la personne<sup>(208)</sup> (art. 498/3, § 2 et 499/14, § 2). Les mentions de ce rapport sont énumérées par la loi et varient selon la mission confiée<sup>(209)</sup>.

Lorsque l'administrateur des *biens* a une mission de *représentation*, une *photocopie du dernier extrait de compte* de la personne protégée est déposée pour étayer les soldes qui y sont mentionnés ainsi que, le cas échéant, une attestation de l'organisme financier relative aux capitaux placés.

L'administrateur doit tenir une *comptabilité simplifiée*<sup>(210)</sup> portant au minimum sur les mouvements des disponibilités en espèces et en comptes, sauf dispense du juge de paix en raison de la nature et de l'étendue du patrimoine à gérer. Le juge de paix peut faire vérifier les comptes par un expert chargé de donner un avis, s'il existe des indices sérieux de manquements dans les comptes ou une certaine complexité des comptes<sup>(211)</sup>.

Pour tous les rapports intermédiaires, le juge apprécie et marque son approbation au bas du rapport (art. 498/3, § 3, 499/14, § 1<sup>er</sup>, *in fine*, 499/14, § 2, al. 5) et peut formuler des remarques et observations qui sont transmises à l'administrateur pour qu'il les prenne en considération à l'avenir.

Au terme de sa mission, l'administrateur chargé d'une mission d'*assistance* adresse un *rapport définitif* dans le mois suivant la cessation de sa mission (art. 498/4). Ce rapport est établi conformément aux modalités des rapports intermédiaires et doit être approuvé par le juge de paix.

Le *rapport final* de l'administrateur de la *personne* chargé d'une mission de *représentation* (art. 499/17, § 1<sup>er</sup>, réd. L. du 25 avril 2014) est soumis à des modalités similaires à celles du rapport intermédiaire et doit être déposé dans le mois de la fin de sa mission. Une audience est fixée suivie d'un procès-verbal constatant ou non la remise et l'approbation du rapport.

(207) Le contenu de ce rapport varie. En cas de mission d'*assistance* : art. 498/3, § 1<sup>er</sup>. En cas de mission de *représentation* : art. 499/14, § 1<sup>er</sup>.

(208) Si plusieurs administrateurs des biens sont désignés, le juge précise la manière dont ils rédigent le rapport.

(209) En cas de mission d'*assistance* : art. 498/3, § 2, al. 2. En cas de mission de *représentation* : art. 499/14, § 2, al. 2.

(210) Dont un modèle est établi par le Roi (art. 499/14, § 4 ; A.R. du 31 août 2014).

(211) Les frais de cet expert peuvent être mis à charge de l'administrateur des biens si celui-ci a manifestement failli à son obligation de rapport ou dans l'exercice de sa mission (art. 499/14, § 2, al. 6).

L'administrateur des *biens* chargé d'une mission de *représentation* doit également déposer un *rapport final* dans le mois de la fin de sa mission (art. 499/17, § 2). Ce rapport est établi conformément au rapport intermédiaire et est complété d'une liste de biens mobiliers en sa possession (art. 499/17, § 2, al. 1<sup>er</sup>, réd. L. du 25 avril 2014). S'il n'est mis un terme aux fonctions que d'un des multiples administrateurs des biens, le juge précise les modalités du rapport final (art. 499/17, § 2, al. 2). Une audience est fixée, suivie d'un procès-verbal constatant ou non la reddition du compte, son approbation<sup>(212)</sup> et la décharge donnée à l'administrateur pour les comptes dont il n'y avait pas encore eu de décharge (art. 499/17, § 2, al. 5, *jo.* art. 499/15 ; *infra*, n° 201-1). Une approbation du compte définitif antérieure à la date du procès-verbal est nulle. Si des contestations s'élèvent, les articles 1358 et suivants du Code judiciaire consacrés à la reddition de comptes s'appliquent.

**201-1. (suite) Décharge de l'administrateur des biens chargé d'une mission de représentation.** Peu importe la manière dont le mandat judiciaire se termine, la décharge de l'administrateur des biens intervient à la fin de ce mandat (art. 499/17, § 2). Néanmoins, si la protection judiciaire est longue, cela peut poser des difficultés : incertitude de l'administrateur quant à sa bonne gestion, décharge relative à d'anciens comptes, *etc.*

L'article 499/15 permet ainsi à l'administrateur des biens, au cours de la mesure de protection, de demander au juge de paix la désignation d'un administrateur *ad hoc* pour contrôler les comptes déposés et, le cas échéant, en accorder la décharge au nom de la personne protégée. Les éventuels frais sont à charge de l'administrateur des biens.

**202. Garanties.** S'il l'estime nécessaire, le juge de paix peut exiger que l'administrateur fournisse des garanties dès sa désignation ou en cours de mission (art. 496/7, al. 2). La souplesse est de mise comme en matière de tutelle, l'hypothèque n'étant certainement pas la garantie la mieux adaptée, au contraire d'instruments modernes, telles la souscription d'une assurance ou l'obtention d'une garantie bancaire.

La garantie ne peut être levée par le nouvel administrateur des biens ou la personne anciennement protégée que sur production d'une copie certifiée conforme du procès-verbal de reddition du compte et d'approbation des comptes (art. 499/18, al. 2, *jo.* art. 499/17, § 2).

Par ailleurs, en cas de mission de représentation, l'article 499/3 exige une entière et nette séparation des fonds et biens de la personne

(212) Tant que le compte définitif n'a pas été approuvé, la personne anciennement protégée et l'ancien administrateur des biens ne peuvent pas conclure de contrat valable (art. 499/18, al. 1<sup>er</sup>).

protégée de ceux de l'administrateur et l'individualisation des avoirs bancaires à son nom propre<sup>(213)</sup>.

**202-1. Opposition d'intérêts : administrateur *ad hoc*.** Sous l'empire de l'ancienne législation, en cas d'opposition d'intérêts entre la personne protégée et l'administrateur provisoire, ce dernier devait demander l'autorisation préalable du juge de paix avant d'accomplir l'acte (anc. art. 488*bis*, F, § 1<sup>er</sup>, al. 4 et 5). Un représentant *ad hoc* n'était donc pas prévu, à la différence de ce qu'offrait la loi en matière de tutelle ou d'autorité parentale (art. 378, § 1<sup>er</sup>, *in fine* et 404, al. 1<sup>er</sup>). Le recours à l'administrateur *ad hoc* était néanmoins admis, compte tenu des critiques formulées à l'encontre de cette lacune<sup>(214)</sup>.

L'article 497/4 stipule désormais que le juge de paix peut désigner un administrateur *ad hoc*, soit d'office, soit à la requête de la personne de confiance, de tout intéressé ou du procureur du Roi, en cas d'opposition d'intérêts entre la personne protégée et son administrateur. Il convient de saisir le juge de paix qui connaît de la protection (art. 1250 C. jud. ; *supra*, n° 180-2), mais le juge saisi de l'affaire dans le cadre de laquelle cette opposition d'intérêts est constatée, pourrait désigner directement un administrateur *ad hoc*. Cela permet d'éviter une procédure supplémentaire.

**203. Rémunération.** La question de la rémunération du représentant de la personne protégée a toujours été sensible<sup>(215)</sup> et faisait l'objet de solutions jurisprudentielles de plus en plus précises visant à clarifier les concepts – rémunérations ou remboursements de frais – et à fixer des limites. La loi du 17 mars 2013 s'inscrit dans cette tendance.

Après l'approbation du rapport périodique ou définitif (art. 498/3, 498/4, 499/14 ou 499/17 ; *supra*, n° 201), le juge de paix peut allouer une *rémunération* à l'administrateur dont le montant ne peut excéder

(213) Cette disposition est plus difficilement applicable à l'époux administrateur commun en biens avec la personne protégée (E. VIEUJEAN, « Les personnes », *o.c.*, p. 30, n° 19). Application en administration provisoire : J.P. Fontaine-l'Évêque, 23 août 2004, *J.J.P.*, 2005, p. 465.

(214) Voy. not. Th. DELAHAYE, *L'administrateur provisoire (article 488bis du Code civil)*, 3<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 152, n° 223 ; F. DEMBOUR V. VERLY, « Contrats et autorisations spéciales du juge de paix : personnalisation accrue de la mission de l'administrateur », *o.c.*, p. 105. Voy. égal. P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *o.c.*, p. 267, n° 306 et les références cités, not. J.P. Jumet, 14 novembre 1994, *J.T.*, 1995, p. 323, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1059 ; J.P. Westerlo, 9 février 2004, *J.J.P.*, 2004, p. 218, *R.G.D.C.*, 2004, p. 355.

(215) Voy. : l'écrit et le non-dit, in « Proposition de tarification des honoraires et frais des avocats administrateurs provisoires de biens », *J.T.*, 2002, p. 548. Pour un commentaire et l'exposé des barèmes en vigueur dans la plupart des cantons francophones : F.-J. WARLET, « Le rôle du juge de paix dans le contrôle de la bonne gestion de l'administrateur provisoire », *o.c.*, pp. 183-189. Comp. en matière de tutelle, *infra*, n° 274.

3 % des revenus<sup>(216)</sup> de la personne protégée. Il la fixe en tenant compte de la nature, de la composition ou de l'importance du patrimoine géré, ainsi que de la nature, de la complexité et de l'importance des prestations fournies (art. 497/5, al. 1<sup>er</sup>)<sup>(217)</sup>. Rien n'est dû à ce titre sur le capital ou à l'occasion d'une aliénation en capital. À noter que si plusieurs administrateurs sont désignés, le juge détermine la part de rémunération qui revient à chacun d'eux.

Si l'administrateur faillit à sa mission, le juge peut diminuer le montant et même refuser d'allouer une rémunération (art. 497/5, al. 2).

En outre, les frais exposés par l'administrateur peuvent être récupérés, après contrôle par le juge de paix<sup>(218)</sup>. Le Roi peut fixer certains frais de manière forfaitaire.

Toutefois, sur présentation d'états motivés, l'administrateur peut réclamer davantage compte tenu des devoirs exceptionnels accomplis<sup>(219)</sup>. Les devoirs exceptionnels sont des prestations matérielles et intellectuelles qui ne s'inscrivent pas dans le cadre d'une gestion quotidienne du patrimoine de la personne protégée (art. 497/5, al. 4). Le Roi peut fixer le mode de calcul de l'indemnité relative à ces devoirs exceptionnels car auparavant, les pratiques étaient divergentes<sup>(220)</sup>.

Ces prescriptions fixent un maximum : l'administrateur ne peut percevoir en sus aucun avantage ni rétribution de quelque nature que

(216) Le Roi peut déterminer ce qu'il y a lieu d'entendre par revenus qui servent de base à l'évaluation de la rémunération.

(217) C. trav. Liège, 29 juin 2009, *J.T.T.*, 2009, p. 446 (somm.) (intervention du C.P.A.S. dans la rémunération de l'administrateur provisoire). Selon la Cour constitutionnelle, l'ancienne disposition fixant la rémunération de l'administrateur provisoire – dont la même limite de 3 % des revenus était prévue – ne violait pas les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'elle fixait un maximum à la rémunération de l'administrateur provisoire, là où d'autres mandataires de justice ne subissent aucune limitation de rémunération. Voy. C. const., 30 novembre 2005, n° 175/2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 830, *R.W.*, 2006-2007, p. 597 (somm.).

(218) Pour un exemple d'application en matière d'administration provisoire : Civ. Bruxelles, 26 février 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 404 (frais de déplacement et de secrétariat).

(219) Dans le cadre de l'administration provisoire, la Cour constitutionnelle estimait que les articles 10 et 11 de la Constitution n'étaient pas violés en ce que les anciennes dispositions – dont le principe est aujourd'hui repris – autorisaient une rémunération plus importante (en raison de devoirs exceptionnels accomplis) qui n'est pas définie selon des critères légaux et objectifs. Voy. C. const., 15 mars 2007, n° 43/2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 399, note B.G., *J.L.M.B.*, 2007, p. 1192 (somm.).

(220) La tendance à la tarification horaire, critiquée par certains, est préférable aux forfaits et encore plus à la commission sur réalisation d'actifs. En ce sens en matière d'administration provisoire : Civ. Bruges, 8 décembre 2006, *T.G.R.*, 2007, p. 305, note G.D.P. (rémunération horaire pour gestion immobilière) ; J.P. Etterbeek, 18 mars 2009, *J.J.P.*, 2010, p. 10 ; J.P. Fontaine-l'Évêque, 10 décembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 617, *R.R.D.*, 2008, p. 189 ; J.P. Fontaine-l'Évêque, 16 avril 2007, *J.J.P.*, 2008, p. 227 (rémunération exceptionnelle pour réalisation d'actifs immobiliers mais sous forme d'une rémunération horaire et non d'un pourcentage du capital) ; *contra* : Civ. Nivelles, 15 janvier 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 401 (octroi d'un pourcentage sur des actifs réalisés). Pour plus de détails et des exemples : Th. DELAHAYE, *L'administrateur provisoire (article 488bis du Code civil)*, 3<sup>e</sup> éd., o.c., pp. 133-135, n° 195.

ce soit en rapport avec l'exercice de son mandat<sup>(221)</sup> (art. 497/5, al. 6). Cette disposition n'est assortie d'aucune sanction spécifique. À noter que l'article 908 stipule que l'administrateur ne peut pas recevoir de don ou de legs de la personne protégée, sauf si l'administrateur est membre de la famille proche de la personne protégée (art. 908, *in fine*, jo. art. 909, al. 3, 2° et 3°).

La rémunération de l'administrateur familial est possible<sup>(222)</sup>, sauf pour le(s) parent(s) de la personne protégée désigné(s) administrateur(s) : dans ce cas, le juge n'accorde une rémunération qu'en cas de circonstances exceptionnelles (art. 497/5, al. 5).

**204. Actes irréguliers accomplis par l'administrateur.** L'article 499/13 donne le régime applicable aux seuls actes accomplis irrégulièrement par un administrateur chargé d'une mission de *représentation*. Il n'y a pas de régime correspondant pour les actes accomplis par l'administrateur qui *assiste* la personne protégée, puisque dans ce cas, il n'a pas de pouvoir d'initiative. Sa responsabilité pourrait néanmoins être mise en cause (*infra*, n° 205).

Pour l'administrateur représentant, le sort des actes irréguliers dépend du type d'acte en cause<sup>(223)</sup>.

Si l'administrateur accomplit un acte en méconnaissance des articles 499/7 (autorisation préalable du juge de paix ; *supra*, n° 184), 1397/1 (conclusion d'un contrat de mariage) ou 1478, alinéa 7 (conclusion d'une convention de vie commune), l'acte est nul de plein droit (art. 499/13, alinéa 1<sup>er</sup>, réd. L. 12 mai 2014). Le juge doit prononcer cette nullité, qui ne peut être demandée que par la personne protégée ou un administrateur *ad hoc*.

Si le juge a autorisé un acte soumis à autorisation préalable moyennant le respect de certaines conditions, la nullité de l'acte peut être demandée si ces conditions n'ont pas respectées.

La nullité peut être couverte par l'administrateur, qui doit respecter les formes prescrites pour accomplir l'acte en cause (art. 499/13, al. 4).

Dans l'esprit du droit commun des incapacités, l'article 499/13, alinéa 6, rappelle que le cocontractant de la personne doit restituer

(221) Dans le cadre d'une administration provisoire : C. const., 13 mars 2014, arrêt n° 43/2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1460, note, *Juristenkrant*, 2014, p. 9, *NjW*, 2014, p. 643, note C. VAN SEVEREN, *R.W.*, 2013-2014, p. 1320 (somm.), *R.W.*, 2014-2015, p. 20 (somm.), *R.D.J.P.*, 2014, p. 59 (l'administrateur provisoire, avocat, qui obtient gain de cause dans une procédure dans laquelle il a lui-même défendu les intérêts de la personne protégée n'a pas droit à l'octroi d'une indemnité de procédure au sens de l'article 1022 du Code judiciaire).

(222) Application dans le cadre d'une administration provisoire : J.P. Thuin, 11 février 2013, *J.J.P.*, 2014, p. 325

(223) Les délai et règles de l'article 493/1 (*supra*, n° 200) sont d'application (art. 499/13, al. 5).

intégralement son dû, mais que la personne protégée ne doit rembourser qu'à concurrence de son profit (art. 493, § 3, al. 2 ; *supra*, n° 200).

En revanche, la loi ne prévoit pas de sanction lorsque l'administrateur représentant excède ses pouvoirs et déborde de sa mission telle que définie par la loi ou par l'ordonnance du juge de paix<sup>(224)</sup>. Par analogie aux solutions applicables en matière de tutelle<sup>(225)</sup>, de tels actes sont sanctionnés de *nullité* pour excès de pouvoir et, toujours par cette analogie, la personne protégée ne doit restituer que dans la mesure de son profit. La nullité est de droit et relative : elle peut être demandée par la personne protégée ou par un représentant *ad hoc*.

En principe, l'acte nul ne lie pas la personne protégée, pas plus que les délits et quasi-délits commis par l'administrateur. Par contre, la personne protégée est liée par les conséquences de fautes commises par l'administrateur dans l'exécution de contrats (valables), sauf si la faute est en même temps délictuelle<sup>(226)</sup>. On réservera enfin la possibilité pour les tiers d'invoquer la *théorie de l'apparence* en présence d'un administrateur doté d'un pouvoir général de représentation : la personne protégée est liée si le tiers a pu légitimement croire aux pouvoirs du représentant<sup>(227)</sup>.

**205. Responsabilité.** Comme déjà précisé, en cas de mission *d'assistance*, la personne protégée conserve son droit d'initiative. L'administrateur ne fait qu'intervenir à l'acte. Sa responsabilité n'est donc mise en cause, en cas de dommage, que pour dol ou faute lourde (art. 498/2, al. 4). La responsabilité de l'administrateur qui assume la fonction gratuitement est appliquée « *moins rigoureusement* » qu'à l'encontre de l'administrateur rémunéré (art. 498/2, *in fine*)<sup>(228)</sup>.

Quant à la responsabilité de l'administrateur *représentant*, l'article 499/20 indique laconiquement que la personne protégée pourrait le cas échéant mettre en cause la responsabilité de l'ancien administrateur<sup>(229)</sup> même si les comptes ont fait l'objet d'une approbation. Le délai pour agir est de 5 ans concernant les faits et comptes de l'administration, délai qui prend court à la fin de l'administration<sup>(230)</sup> et non à la date de l'accomplissement de l'acte litigieux (art. 499/21). L'administrateur

(224) Il accomplirait par exemple un acte en représentant la personne protégée, qui est toujours capable d'accomplir l'acte (art. 492/2 – *supra*, n° 182-1).

(225) E. VIEUJEAN, « Protection du majeur physiquement ou mentalement inapte à gérer ses biens », *o.c.*, p. 138, n° 64.

(226) À propos du tuteur : P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *o.c.*, n° 69.

(227) P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *o.c.*, n° 349 et les réf. cit. note 3 ; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, *o.c.*, pp. 165 et s., n°s 202 et s.

(228) Comp. art. 1992 C. civ. pour la responsabilité du mandataire.

(229) Exemple de responsabilité de l'administrateur provisoire : Gand, 29 mars 2012, *T.G.R.*, 2013, p. 26, note.

(230) L'administrateur a ainsi l'obligation de conserver les pièces relatives à l'administration pendant 5 ans après la fin de celle-ci. Une fois ce délai de 5 ans écoulé, il peut les détruire (art. 499/22). Il peut

engage sa *responsabilité* vis-à-vis de la personne protégée et des tiers préjudiciés par l'excès de pouvoir. Il répond de sa faute légère envers la personne dont il doit gérer les biens en bon père de famille. Son comportement s'apprécie par référence à celui de l'administrateur vigilant et prudent mais placé dans les mêmes circonstances<sup>(231)</sup>.

(v) *Administration par les parents*

**206. Principes.** Quand les parents de la personne protégée sont désignés administrateurs de leur enfant, le formalisme s'allège. Les règles sont néanmoins plus strictes qu'en situation d'autorité parentale puisque l'enfant n'est plus mineur. L'objectif du législateur est de parvenir à un subtil équilibre entre la confiance témoignée à l'égard des parents et l'autonomie de la personne protégée, qui doit s'accroître, dans la mesure du possible, à sa majorité<sup>(232)</sup>.

Concrètement, lorsque l'un des parents de la personne protégée, ou les deux, est/sont administrateur(s)<sup>(233)</sup> investi(s) d'une mission de *représentation*, les articles 499 à 499/22 s'appliquent par analogie, sous réserve des dérogations apportées par les articles 500/2 à 500/4 (art. 500 et 500/1).

**207. Exercice conjoint de l'administration. Conflit.** À l'égard des tiers, les parents se comportent de la même manière qu'en cas d'autorité parentale<sup>(234)</sup> : ils exercent conjointement l'administration (art. 500/3, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>) et chacun d'eux est réputé agir à l'égard des tiers de bonne foi avec l'accord de l'autre lorsqu'il accomplit seul un acte de gestion des biens de la personne protégée, sauf exceptions légales (art. 500/3, § 1<sup>er</sup>, al. 2).

néanmoins détruire toutes les pièces qui ne sont pas directement liées aux obligations prescrites par le Code civil, comme les factures ou les courriers, datant de plus de 5 ans (art. 499/22, al. 2).

(231) Dans le cadre de l'administration provisoire : Liège, 17 juin 2010, *R.G.D.C.*, 2011, p. 344, note M. DUMONT, *R.R.D.*, 2009, p. 303 (mise en cause de la responsabilité de l'administrateur à la suite de la non-annulation d'une transaction bancaire), qui réforme Civ. Namur, 24 novembre 2006, *Rev. not. belge*, 2007, p. 260 ; Mons, 4 décembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1131 (résolution d'un compromis de vente aux torts de l'administrateur provisoire) ; Civ. Namur, 16 décembre 2011, *R.G.A.R.*, 2012, n° 14900 (gestion des biens en bon père de famille) ; Civ. Bruxelles, 20 avril 2006, *J.T.*, 2006, p. 530 (modification de la composition d'un portefeuille-titres ; dommages-intérêts).

(232) Le régime a évolué durant la préparation parlementaire, et était initialement encore moins strict (ex. : pas d'autorisation préalable dans certains cas, ...). Voy. Proposition de loi instaurant un statut de protection global des personnes majeures incapables, Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 1009/001, pp. 60-61 et p. 114, art. 50. Néanmoins, certaines dérogations ont été supprimées au cours de travaux parlementaires. Voy. Proposition de loi instaurant un statut de protection global des personnes majeures incapables, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2011-2012, n° 1009/010, p. 90 ; Proposition de loi instaurant un statut de protection global des personnes majeures incapables, Amendements n° 240 à 243 de M. TERWINGEN et consorts, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 1009/005, pp. 78-80.

(233) Les parents ne sont pas nécessairement désignés administrateurs car le juge conserve un pouvoir d'appréciation (art. 496/3 ; *supra*, n°179).

(234) Comp.: art. 373, 374 et 376.

Si un conflit survient entre les parents administrateurs, il est réglé dans l'intérêt de l'enfant protégé (art. 500/3, al. 3, *jo.* 1252. C. jud. ; *supra*, n° 180-2) en privilégiant le recours à une médiation (art. 1724 à 1737 C. jud.).

Si un conflit survient entre un tiers administrateur et le(s) parent(s) administrateur(s), la même procédure d'applique (art. 500/3, § 2).

**208. Contrôles.** Les parents doivent en principe déposer des rapports intermédiaires. Les modalités peuvent être différentes de celles prescrites à l'article 499/14 (*supra*, n° 201) : le juge de paix, dans le mois de la réception du rapport de début d'activité (art. 499/6 ; *supra*, n° 201), fixe le moment, les circonstances et les modalités selon lesquelles les parents feront rapport, après les avoir entendus, ainsi que la personne protégée et sa personne de confiance (art. 500/2). L'objectif est de simplifier car les parents ne sont pas des professionnels. Ils ne doivent donc pas nécessairement déposer des rapports au même rythme qu'un autre administrateur. Le contenu de ces rapports peut varier.

À la fin de l'administration, les parents ne doivent rendre des comptes que lorsque la personne anciennement protégée ou le nouvel administrateur le demande, et ce dans le mois qui suit la cessation de la mission des parents (art. 500/4). Le cas échéant, les articles 499/18 et 499/20 à 499/22, sont d'application.

De même, en cas de décès de la personne protégée, l'obligation de rendre des comptes et la reddition de comptes (dans le mois du décès), ne s'applique qu'à la demande expresse des héritiers (art. 500/4, al. 2).

### 3. *Mesure de protection extrajudiciaire*

**209. Généralités.** En plus de la protection judiciaire, une protection somme toute traditionnelle des personnes vulnérables (incapacités, contrôle du juge, administrateur(s) et personne de confiance, autorisation préalable, rapports, nullités,...), la loi du 17 mars 2013 a mis en place une protection dite « extrajudiciaire », nouvelle et fondée sur un contrat de mandat de droit privé.

Pareille protection n'existait pas en droit belge contrairement au droit français, bien qu'elle fût recommandée par le droit international<sup>(235)</sup>. Les instruments de droit commun que sont le mandat et la

(235) Recommandation sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité du Comité des ministres du Conseil de l'Europe du 9 décembre 2009.

gestion d'affaire étaient parfois utilisés, mais sujets à controverses<sup>(236)</sup>, tandis que la sécurité juridique imposait de légiférer.

La protection extrajudiciaire fit l'objet de discussions soutenues et de modifications au cours des travaux préparatoires<sup>(237)</sup>. Le système retenu respecte les principes de nécessité et de subsidiarité. Le juge accorde la priorité à la protection extrajudiciaire, et n'ordonne une protection judiciaire que s'il constate l'insuffisance de la première ou d'une combinaison des deux régimes (art. 492). La volonté du législateur que la protection extrajudiciaire devienne le principe et la protection judiciaire l'exception, ressort du fait que quand une mesure de protection judiciaire est sollicitée, le greffier de la justice de paix saisie doit vérifier si un mandat ou une décision de mettre fin à ce mandat n'ont pas été enregistrés (*infra*, n° 212 et 213).

La protection extrajudiciaire présente encore une difficulté à laquelle seule la protection judiciaire échappe : en cas de protection extrajudiciaire, le mandant reste capable<sup>(238)</sup>. S'il faut le protéger contre ses propres actes, une mesure de protection judiciaire doit être prononcée.

## I° Contrat de mandat

**210. Le mandant.** Le mandant doit pouvoir exprimer sa volonté au moment où il donne mandat, cette capacité étant tant juridique que factuelle. Au moment où le contrat est conclu, il ne peut pas faire l'objet d'une mesure de protection judiciaire.

Comme pour tout mandat, le mandant doit donner valablement mandat à une autre personne, le mandataire, d'accomplir « *quelque chose* » en son nom et pour son compte (art. 1984).

Le mandant est en principe majeur, mais un mineur émancipé peut également accorder un tel mandat (art. 490). La procuration donnée par

(236) Par exemple la survie du mandat après l'incapacité du mandant. Voy. not. Y.-H. LELEU, « La protection conventionnelle des personnes vulnérables », *o.c.*, pp. 225-264 ; T. VAN HALTEREN, « La protection extrajudiciaire des personnes majeures vulnérables en droit belge », *o.c.*, pp.51-54, n° 1-4.

(237) Le législateur est parti du mandat de protection future français (art. 477 et s. C. civ. français), mais le système, initialement proposé, a été jugé trop complexe et a donc été simplifié en s'inspirant du *Mental Capacity act 2005* de droit anglais. Voy. les amendements n°s 10 à 12 (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 1009/002), repris aux amendements n°s 178 à 180 (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 1009/005), ainsi que les sous-amendements n°s 337 et 338 (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 1009/007), et n°s 358 et 359 (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 1009/009).

(238) Proposition de loi instaurant un statut de protection global des personnes majeures incapables, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2011-2012, n° 1009/010, p. 33. Comp. T. VAN HALTEREN, « La protection extrajudiciaire des personnes majeures vulnérables en droit belge », *o.c.*, p. 76, n° 26, qui estime contradictoire de placer une personne sous protection et de déclarer qu'elle est toujours capable juridiquement. C'est néanmoins oublier que désormais, même en cas de protection judiciaire, la personne protégée reste en principe capable (art. 492/1) : la capacité est le principe et l'incapacité l'exception (*supra*, n° 182-1).

un mineur émancipé est limitée puisque la capacité juridique de celui-ci n'est pas entière<sup>(239)</sup> : le mandataire ne peut pas accomplir des actes que le mandant ne pourrait pas lui-même poser<sup>(240)</sup>.

**211. Le mandataire.** Le mandant doit désigner dans le mandat la personne qui sera mandataire. Ce dernier n'est pas tenu d'assumer cette fonction essentiellement volontaire. Puisqu'une protection extrajudiciaire nécessite un contrat de mandat valablement formé, ce qui implique notamment un échange de consentements, il est préférable que le mandataire intervienne dès la conclusion du contrat et marque expressément son accord sur la mission contractuelle<sup>(241)</sup>.

Le choix du mandataire est libre, à condition qu'il ait le discernement<sup>(242)</sup>. L'article 490/1, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, interdit la désignation comme mandataire extrajudiciaire d'une personne qui est sous protection judiciaire ou hors des conditions pour être administrateur (art. 496/6 ; *supra*, n° 179).

Plusieurs mandataires peuvent être désignés, le contrat précisant la répartition des compétences et comment chacun exercera sa fonction. L'éventuel conflit entre mandataires est arbitré par le juge de paix (art. 1252 C. jud.).

**212. Forme du contrat.** Le contrat est enregistré dans un registre tenu par la *Fédération royale du notariat belge*<sup>(243)</sup> (art. 490). Il doit donc être écrit, mais peut prendre la forme d'un acte sous seing privé ou authentique.

En cas d'acte sous seing privé, l'enregistrement se fait par l'intermédiaire du greffe de la justice de paix du lieu de résidence du mandant, ou à défaut de son domicile, ou par un notaire, à qui il faut présenter une copie légalisée du contrat<sup>(244)</sup>.

(239) Voy. not. les articles 480 et suivants, ainsi que l'article 904 (*infra*, n°s 304 et s.).

(240) F. DEGUÉL, « Le nouveau mandat de protection extrajudiciaire », in *Le mandat dans la pratique. Questions choisies et suggestions de clauses* (B. KOHL éd.), Bruxelles, Larcier, 2014, p. 206, n° 9 ; M. VAN MOLLE, « Le mandat extrajudiciaire : une institution au service des personnes vulnérables », in *La protection des personnes vulnérables. À la lumière de la loi du 17 mars 2013* (F.R.N.B. éd.), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 40, n° 19 ; E. BEGUIN et J. FONTEYN, *o.c.*, *Rev. not. belge*, 2014, p. 480.

(241) C. DE WULF, « La loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacités et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine », in *La rédaction d'actes notariés. Droit des personnes et droit patrimonial de la famille* (C. DE WULF), Waterloo, Kluwer, 2013, p. 234 et « De nieuwe wettelijke regeling inzake beschermde personen. De wet van 17 maart 2013 tot hervorming van de regeling inzake onbekwaamheid en tot instelling van een nieuwe beschermingsstatus », *T. Not.*, 2013, p. 261, n° 9.

(242) P. WÉRY, « Le mandat », in *Rép. not.*, t. IX, l. 7, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 101, n° 44.

(243) Le Roi fixe les modalités de création, de tenue et de consultation du registre (art. 490, al. 3 ; A.R. du 31 août 2014).

(244) C. DE WULF, « La loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacités et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine », *o.c.*, p. 236, n° 421.

Pour l'accomplissement de certains actes (donation, contrat de mariage, ...), le mandat doit être authentique<sup>(245)</sup>. En cas d'acte authentique, le notaire procède à l'enregistrement du contrat, à la demande du mandant car le mandat est un acte non obligatoire et volontaire.

Puisque l'article 490/1, § 1<sup>er</sup>, ouvre une protection extrajudiciaire en cas de mandat « visé à l'article 490 », à savoir un mandat enregistré, l'enregistrement doit avoir lieu avant que le mandant soit en état d'incapacité<sup>(246)</sup> (art. 488/1 et 488/2).

**213. Contenu du contrat.** Le mandat, spécial ou général, doit avoir pour but spécifique d'organiser une mesure de protection extrajudiciaire (art. 490), sachant que la protection extrajudiciaire ne vise que les actes de représentation relatifs aux *biens*<sup>(247)</sup> (art. 489).

Le contrat peut contenir des principes que le mandataire doit respecter (art. 490, al. 3, *jo* art. 490/2, § 1<sup>er</sup>, al. 2), sauf dispense ultérieure *ad hoc* du juge de paix<sup>(248)</sup>.

Il peut contenir des stipulations adaptées à son contexte : éventuel(s) successeur(s) du mandataire, choix des éventuels administrateur(s) et/ou personne(s) de confiance<sup>(249)</sup>, déclaration d'intention de réaliser des donations par représentation (art. 499/7, § 4), déclaration d'intention d'avoir

(245) C. DE WULF, « La loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacités et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine », *o.c.*, p. 235 ; M. VAN MOLLE, « Le mandat extrajudiciaire : une institution au service des personnes vulnérables », *o.c.*, p. 43, n° 25.

(246) Voy. Proposition de loi instaurant un statut de protection global des personnes majeures incapables, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2011-2012, n° 1009/010, p. 36 ; F. DEGUEL, « Le nouveau mandat de protection extrajudiciaire », *o.c.*, p. 211, n° 12 ; F. SWENNEN, « De meerderjarig beschermde personen (Deel I) », *R.W.*, 2013-2014, p. 568 ; M. VAN MOLLE, « Le mandat extrajudiciaire : une institution au service des personnes vulnérables », *o.c.*, p. 44, n° 28. Voy. égal. E. BEGUIN et J. FONTEYN, « Le mandat de protection extrajudiciaire », *o.c.*, p. 470, qui nuancent les sanctions en cas de défaut d'enregistrement. *Contra* : C. DE WULF, « La loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacités et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine », *o.c.*, p. 236, n° 423.

(247) Pour certains, le contrat ne peut pas contenir de dispositions relatives à la personne du mandant. Voy. not. T. DELAHAYE et F. HACHEZ, « La loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine », *J.T.*, 2013, p. 466 ; C. DE WULF, « La loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacités et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine », *o.c.*, p. 237, n° 426, qui précise que si un problème survient quant aux droits personnels, le juge de paix peut désigner un administrateur de la personne. Nous ne partageons pas cet avis. Dans le même sens : M. VAN MOLLE, « Le mandat extrajudiciaire : une institution au service des personnes vulnérables », *o.c.*, p. 43, n° 25 ; F. DEGUEL, « Le nouveau mandat de protection extrajudiciaire », *o.c.*, p. 208, n° 11. Voy. égal. E. BEGUIN et J. FONTEYN, « Le mandat de protection extrajudiciaire », *o.c.*, p. 474.

(248) Non prévu légalement, mais précisé dans les travaux préparatoires : Proposition de loi instaurant un statut de protection global des personnes majeures incapables, Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 1009/001, art. 27, p. 39. Comp. art. 496, al. 2, pour l'administrateur (*supra*, n° 182-12).

(249) La personne de confiance pourrait déjà intervenir lors d'une protection extrajudiciaire, mais ses missions doivent être précisées. Voy. E. BEGUIN et J. FONTEYN, « Le mandat de protection extrajudiciaire », *o.c.*, p. 486 ; C. DE WULF, « De nieuwe wettelijke regeling inzake beschermde personen. De wet van 17 maart 2013 tot hervorming van de regeling inzake onbekwaamheid en tot instelling van

recours à une euthanasie (déclaration anticipée ; art. 4 L. du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie), désignation d'une personne chargée d'exercer les droits de patient<sup>(250)</sup> (mandataire médical ; art. 14 L. du 22 août 2002 relative aux droits du patient).

Il est préférable que le contrat précise des modalités pratiques telles que l'éventuelle rémunération ou indemnisation du mandataire (art. 1986 et 1999), son entrée en vigueur<sup>(251)</sup>, etc.

Le contrat de mandat nécessitant l'accord du mandant et du mandataire, l'article 490, alinéa 5, précise que les parties peuvent y mettre fin à tout moment en précisant les raisons de cette décision. Il faut néanmoins que le mandant puisse exprimer sa volonté, et qu'il ne fasse pas l'objet d'une mesure de protection judiciaire<sup>(252)</sup>.

Le mandant peut également modifier les principes à respecter par le mandataire (art. 490, al. 5).

Toutes modifications ou décision de mettre fin au contrat doivent être enregistrées.

## 2° Mesure de protection

**214. Début de la mesure.** L'article 490/1, § 1<sup>er</sup>, clôt la controverse sur la question si le contrat de mandat demeurerait valable en cas d'incapacité du mandant<sup>(253)</sup>. Désormais, lorsque le mandant se trouve dans un état défini par les articles 488/1 ou 488/2, le mandat extrajudiciaire ne prend pas fin de plein droit (comp. art. 2003). Il faut toutefois que le contrat respecte le prescrit légal :

- a) le mandant est majeur ou mineur émancipé capable en fait d'exprimer sa volonté, et vierge de toute mesure de protection,
- b) le mandataire ne doit pas être une personne exclue par l'article 490/1, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2,

een nieuwe beschermingsstatus », *o.c.*, p. 273, n° 38 ; M. VAN MOLLE, « Le mandat extrajudiciaire : une institution au service des personnes vulnérables », *o.c.*, p. 42, n° 24.

(250) E. BEGUIN et J. FONTEYN, « Le mandat de protection extrajudiciaire », *o.c.*, p. 478.

(251) Les parties peuvent suspendre l'exécution du contrat, tant que le mandant ne se trouve pas dans un état des articles 488/1 ou 488/2, ou stipuler une exécution immédiate, dès sa signature. Il y a alors une application du droit commun du mandat (art. 1984 à 2010). Dans le même sens : F. DEGUEL, « Le nouveau mandat de protection extrajudiciaire », *o.c.*, p. 212, n° 14 ; M. VAN MOLLE, « Le mandat extrajudiciaire : une institution au service des personnes vulnérables », *o.c.*, pp. 35-37, n° 11-13 ; C. DE WULF, « La loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacités et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine », *o.c.*, p. 238, n° 428 ; E. BEGUIN et J. FONTEYN, « Le mandat de protection extrajudiciaire », *o.c.*, p. 473 et 488. *Contra* : T. VAN HALTEREN, « La protection extrajudiciaire des personnes majeures vulnérables en droit belge *o.c.*, pp. 59 et s.

(252) Sur la fin du mandat en cas de révocation par le mandant (lorsqu'une mesure est ou non prononcée) ou de renonciation par le mandataire, voy. *infra*, n° 220-239.

(253) Pour plus de détails, voy. not. Y.-H. LELEU, « La protection conventionnelle des personnes vulnérables », *o.c.*, pp. 225-264 ; T. VAN HALTEREN, « La protection extrajudiciaire des personnes majeures vulnérables en droit belge », *o.c.*, pp. 51-54, n° 1-4.

- c) le mandat doit avoir été enregistré préalablement et avoir pour but spécifique l'organisation d'une protection extrajudiciaire (art. 490, al. 1<sup>er</sup>).

Selon la procédure de l'article 1246 du Code judiciaire (*supra*, n° 180-2), le juge de paix peut statuer l'exécution du mandat, soit d'office, soit à la demande du mandant, du mandataire<sup>(254)</sup>, de tout intéressé ou du procureur du Roi (art. 490/1, § 2, al. 1<sup>er</sup>). Cette expression est abstraite mais revient, pour le juge, à devoir s'assurer que le mandat répond aux intérêts du mandant qui se trouve dans une des situations de vulnérabilité justifiant protection et visées par les articles 488/1 ou 488/2, et que le mandataire a accepté sa mission.

La décision du juge est communiquée par pli judiciaire au requérant, au mandant et au mandataire.

Aucune mesure de publicité n'est instaurée par souci de protection de la vie privée du mandant, la protection étant informelle<sup>(255)</sup>.

**215. Pouvoirs du juge de paix.** Les pouvoirs du juge de paix sont étendus. Si les conditions sont réunies, il « ordonne l'exécution », totale ou partielle, du mandat (art. 490/1, § 2, al. 2). Les travaux préparatoires précisent que le juge peut dispenser le mandataire de respecter les principes édictés par le mandant lorsque les circonstances ont changé et qu'il y a des doutes quant à l'intention du mandant de maintenir ces principes<sup>(256)</sup>.

Le juge peut décider que le mandataire devra respecter certaines formalités réservées normalement à la protection judiciaire (art. 490/2, § 2 ; rapports (*supra*, n° 201), autorisations préalables (*supra*, n° 184), *etc.*).

Si le juge constate que les conditions légales ne sont pas réunies, il peut ordonner une mesure de protection judiciaire, qui fera cesser le mandat totalement ou partiellement (art. 490/1, § 2, al. 3). L'article 492 confirme la possibilité de cumul de la protection extrajudiciaire avec la protection judiciaire. Le juge fixe dans ce cas les conditions auxquelles le mandat peut se poursuivre. La personnalisation est une nouvelle fois l'objectif recherché.

(254) Ce dernier n'a pas l'obligation d'agir mais il lui est conseillé de le faire s'il constate que les conditions légales se trouvent réunies. C'est le mandataire qui apprécie le moment où le mandant se trouve dans un état des articles 488/1 ou 488/2 (art. 490/1, § 3, réd. L. du 25 avril 2014). Sa responsabilité pourrait le cas échéant être engagée. Voy. M. VAN MOLLE, « Le mandat extrajudiciaire : une institution au service des personnes vulnérables », *o.c.*, p. 46, n° 31.

(255) Proposition de loi instaurant un statut de protection global des personnes majeures incapables, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2011-2012, n° 1009/010, p. 38.

(256) Proposition de loi instaurant un statut de protection global des personnes majeures incapables, *Développements*, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 1009/001, art. 27, p. 39.

Tout au long de l'exécution du mandat, le juge de paix demeure saisi : il statue « sur les conditions et les modalités d'exécution du mandat ». Il pourrait par exemple imposer des conditions/obligations supplémentaires au mandataire, mettre fin totalement ou partiellement au mandat s'il met en péril les intérêts du mandant, remplacer tout ou partie du mandat par une mesure de protection judiciaire (art. 490/2, § 2).

**216. Pouvoirs du mandataire.** Comme dans tout mandat, le mandataire accomplit des actes au nom et pour le compte du mandant. À cela s'ajoute un pouvoir d'initiative car il gère les biens du mandant dans l'intérêt de ce dernier. Il accomplit des actes de gestion mais également de disposition (donations, *etc.*). En réalité, seul l'examen du contrat de mandat permet de connaître l'étendue des pouvoirs du mandataire.

Il est certain que les actes accomplis par le mandataire alors que le mandant n'est plus capable au sens des articles 488/1 et 488/2 restent valables si le mandat remplit les conditions légales (art. 490/1, § 3, al. 2).

**217. Obligations du mandataire.** Le mandataire doit respecter le droit commun du mandat (art. 1984 à 2010) et le contrat qui peut lui imposer des obligations et conditions spécifiques. Il faut également être attentif aux éventuelles formalités imposées par le juge de paix (art. 490/2, § 2 ; *supra*, n° 215).

Des obligations légales spécifiques<sup>(257)</sup> s'imposent à lui (art. 490/2, § 1<sup>er</sup>) :

- a) respect, autant que possible, des principes édictés par le mandant, sauf décision contraire du juge de paix ;
- b) concertation à intervalles réguliers avec le mandant et informations du mandant ou de tiers désignés dans le contrat des actes accomplis<sup>(258)</sup> ;
- c) faire désigner un mandataire *ad hoc* en cas de conflit d'intérêts entre le mandat et le mandataire (art. 1250 C. jud. ; *supra*, n° 180-2) ;
- d) séparer les biens et fonds du mandant de son patrimoine personnel et inscrire les avoirs bancaires du mandant à son nom propre.

En cas de pluralité de mandataires, le contrat doit de préférence déterminer les compétences respectives de chacun et la manière dont ils

(257) Des nombreuses autres obligations étaient prévues, mais il a été décidé, au cours des discussions, de simplifier la protection extrajudiciaire et donc d'alléger les obligations du mandataire. Voy. Proposition de loi instaurant un statut de protection global des personnes majeures incapables, Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 1009/001, Art. 27, p. 84, et Proposition de loi instaurant un statut de protection global des personnes majeures incapables, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2011-2012, n° 1009/010, p. 31.

(258) Pour une critique, voy. T. VAN HALTEREN, « La protection extrajudiciaire des personnes majeures vulnérables en droit belge », *o.c.*, p. 77, n° 28.

les exercent. En cas de conflit, le juge de paix intervient dans l'intérêt du mandant (art. 490/2, § 1<sup>er</sup>, al. 6). Il pourrait à cette occasion décharger certains mandataires de leurs fonctions ou modifier leurs compétences respectives.

**218. Rapport avec les tiers.** Puisqu'aucune publicité n'est prévue, c'est le mandataire ou le mandant qui avertit les tiers de l'existence du mandat et de la protection extrajudiciaire. Le tiers de bonne foi peut poursuivre la conclusion et l'exécution du contrat. En vertu du droit commun, l'acte accompli par le mandataire avec un tiers de bonne foi est valable (art. 2009). Est donc opposable au tiers de bonne foi l'appréciation faite par le mandataire de l'état de santé du mandant (art. 490/1, § 3, al. 1<sup>er</sup>, réd. L. du 24 avril 2014).

L'article 2005 du Code civil précise désormais que l'état du mandant visé aux articles 488/1 ou 488/2 ne peut pas être opposé au tiers qui a traité dans l'ignorance de cet état. De même, si le mandant révoque le mandat, la révocation ne peut pas être opposée au tiers qui a traité dans l'ignorance de celle-ci.

**219. Annulation et responsabilité du mandataire.** L'annulation d'un acte accompli par le mandataire au nom et pour le compte du mandant est possible en cas de préjudice lorsque le contrat de mandat ne respecte pas les conditions légales et que le mandataire savait, ou devait savoir, au moment de l'accomplissement de l'acte, que le mandant se trouvait dans une des situations visées par les articles 488/1 ou 488/2 (art. 490/1, § 3, al. 2).

Cette nullité est relative car elle ne peut être demandée que par le mandant ou son représentant légal, qui n'est pas le mandataire. La nullité est facultative puisque le juge l'apprécie en tant compte des droits des tiers de bonne foi.

En cas de non-annulation et de préjudice pour le mandant, le mandataire engage sa responsabilité contractuelle ou délictuelle. Plus généralement, en cas de manquement du mandataire à ses obligations contractuelles, ce dernier engage sa responsabilité (art. 1993 et 2262bis).

**220-239. Fin de la mesure.** La protection extrajudiciaire se termine lorsque le *contrat de mandat* prend fin c'est-à-dire, selon le droit commun, en cas de révocation du mandat par le mandant<sup>(259)</sup> (490/2, § 3, 2<sup>o</sup>,

(259) Le mandant peut révoquer le mandat après que la mesure de protection extrajudiciaire ait débuté, mais il y a une présomption de fait que la révocation n'est pas valable en raison d'un vice de consentement. Dans cette hypothèse, il faut toutefois se demander si le mandat sert encore les intérêts du mandant puisque la révocation est le signe d'un désaccord entre le mandant et son mandataire. Voy. Proposition de loi instaurant un statut de protection global des personnes majeures incapables,

jo art. 2003), de renonciation au mandat par le mandataire (art. 490/2, § 3, 3°, jo art. 2003), ou encore de décès ou de mise sous protection judiciaire du mandataire ou du mandant (art. 490/2, § 3, 4°).

À noter qu'en cas de *protection judiciaire* du mandant, le juge peut combiner cette protection avec la protection extrajudiciaire, de sorte que le mandat ne prend pas totalement fin (art. 490/1, § 1<sup>er</sup>, al. 3 et 490/2, § 2). De manière générale, le juge de paix peut, quand il statue sur l'application ou l'exécution de la mesure de protection extrajudiciaire, mettre totalement ou partiellement fin au contrat conclu (art. 490/1, § 2, al. 3 et art. 490/2, § 2).

Au delà de cette hypothèse, la protection extrajudiciaire ne se justifie plus lorsque la personne protégée *ne doit plus être protégée* et qu'elle ne rentre plus dans les conditions des articles 488/1 ou 488/2 (art. 490/2, § 3, 1°). Dans cette hypothèse, le contrat de mandat peut toujours produire ses effets, mais est soumis au droit commun.

Le *juge* peut enfin décider de mettre fin, en tout ou en partie, à la mesure de protection extrajudiciaire (art. 490/1, § 2, al. 3 et art. 490/2, § 2). Si une mesure de protection est toujours nécessaire, il prononce une protection judiciaire.

## § 2. La protection de la personne des malades mentaux en vue de leur traitement médical

### I. Généralités

**240. Bibliographie.** C. ALEXANDER, « Wet van 26 juni 1990 betreffende de bescherming van de persoon van de geesteszieke. Rechtspraakoverzicht (1990-1997) », *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 21 ; Ph. BOXHO, « Applications médico-légales de la loi du 26 juin 1990 », *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 9 et in *Les incapacités* (Y.-H. LELEU éd.), Liège, CUP, 2003, p. 241 ; Ph. BOXHO, « Application de la loi de protection du malade mental du 26 juin 1990 au parquet de Liège durant l'année 1994 », *J.J.P.*, 1999, p. 88 ; Ph. BOXHO, « La loi de protection du malade mental du 26 juin 1990. Présentation et jurisprudence », *J.J.P.*, 1999, p. 414 ; G. de LEVAL, « Jurisprudence relative à la protection de la personne des malades mentaux (loi du 26 juin 1990) », *J.L.M.B.*, 1992, p. 1478 ; T. DE MAN-MUKENGE, « Parole folle et débat contradictoire. La loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux », in *Judiciaire et thérapeutique : quelles articulations ?* (I. BRANDON et Y. CARTUYVELS dir.), Bruxelles, La Chartre, 2004, p. 161 ; S. DE MEUTER, « De maatregelen ten aanzien van de persoon van de geesteszieke », in *Het nieuwe statuut van de (geestes)zieken. Wetten van 1990-1991* (G. BAETEMAN réd.), Deurne, Story-Scientia, 1992, p. 33 ; F.-X. DELOGNE, « La nouvelle loi de protection des malades mentaux », *Rev. not. belge*, 1990, p. 634 ;

K. HERBOTS, « De bescherming van de persoon van de minderjarige geesteszieke en de jeugdbescherming », in *Het statuut van de geestesgestoorden* (P. SENAËVE éd.), Anvers, Maklu, 1999, p. 81 ; A. KOHL, « La loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux », in *Protection des malades mentaux et incapacités des majeurs : le droit belge après les réformes* (M.-Th. MEULDERS-KLEIN éd.), Bruxelles, E. Story-Scientia, 1993, p. 15 ; J. LAENENS, « Procesrechtelijke aspecten inzake bescherming van de persoon van de geesteszieke en inzake voorlopig bewind », in *Het statuut van de geestesgestoorden* (P. SENAËVE éd.), Anvers, Maklu, 1999, p. 137 ; R. MEERT-VAN DE PUT, « Les malades et déficients mentaux et leurs soignants », in *Malades mentaux : patients ou sujets de droits* (J. GILLARDIN éd.), Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1985, p. 74 ; H. NYS, « De bescherming van de persoon van de geesteszieke. Enkele medischrechtelijke problemen », in *Het statuut van de geestesgestoorden* (P. SENAËVE éd.), Anvers, Maklu, 1999, p. 57 ; J. POUSSON-PETIT, « La protection personnelle des malades mentaux dans les principaux droits européens », *Rev. eur. dr. privé*, 1995, p. 383 ; K. ROTTHIER, *Gedwongen opname : de rechtsbescherming van de psychiatrische patiënt*, Bruges, die Keure, 2007 ; F. SWENNEN, « Geen verval zonder wettekst ? Toepassing op de Wet Persoon Geesteszieke », *Arr. Cass.*, 1998, p. 161 ; F. TULKENS, « La loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux et la protection de la jeunesse », in *Protection des malades mentaux et incapacités des majeurs : le droit belge après les réformes* (M.-Th. MEULDERS-KLEIN éd.), Bruxelles, E. Story-Scientia, 1993, p. 147 ; O. VANDEMEULEBROEKE, « La loi du 26 juin 1990 relative à la protection des malades mentaux », *J.J.P.*, 2008, p. 377 ; K. VANLEDE, « De opname en behandeling van geestesgestoorden en de bescherming van de mensenrechten », in *Het statuut van de geestesgestoorden* (P. SENAËVE éd.), Anvers, Maklu, 1999, p. 17.

**241. Évolution de la réglementation. Droits fondamentaux.** Le traitement médical des malades mentaux relève essentiellement des libertés publiques, voire du droit pénal dans la mesure où il appelle parfois des mesures coercitives. Le Code civil s'est surtout soucié de la protection du patrimoine des personnes vulnérables, de surcroît principalement dans l'intérêt des membres de leur famille. L'émergence des droits fondamentaux dans cette matière a déplacé les accents de la réglementation à la fois vers les garanties entourant toute privation de liberté et vers l'encadrement juridique du traitement médical<sup>(260)</sup>. Il convient en effet de concilier les libertés et droits individuels des malades mentaux avec ceux d'autrui et avec l'intérêt général d'une société respectant les personnes vulnérables.

La loi du 18 juin 1850 permettait un traitement médical des « aliénés » au moyen de mesures d'appellation surannées (collocation, séquestration)<sup>(261)</sup>, peu respectueuses des libertés et caractérisées par une approche médicale de la problématique<sup>(262)</sup>.

(260) Voy. : H. NYS, « De bescherming van de persoon van de geesteszieke. Enkele medischrechtelijke problemen », in *Het statuut van de geestesgestoorden* (P. SENAËVE éd.), Anvers, Maklu, 1999, pp. 72 et s.

(261) Voy. : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., pp. 1444 et s., n<sup>os</sup> 1613 et s.

(262) Sur la dualité entre approches médicale et juridique : F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, o.c., pp. 41 et s.

La matière a été repensée par la loi du 26 juin 1990, inspirée par les principes dégagés d'une jurisprudence abondante de la Cour européenne des droits de l'homme (*supra*, n° 161). Ceux-ci sont à la base des garanties de respect des droits de défense du malade<sup>(263)</sup>, de sa liberté d'opinion, de ses valeurs et de ses contacts sociaux et familiaux (art. 32-33), et fondent les sanctions pénales en cas de violation de toute disposition de la loi (art. 37). La mise en œuvre de la loi du 26 juin 1990 mérite cependant d'être revue ou interprétée à l'aune de nouvelles normes, telles la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine du 4 avril 1997<sup>(264)</sup> et la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient<sup>(265)</sup>.

## 2. Règles communes aux mesures de protection

**242. Conditions d'application.** Pour pouvoir requérir une mesure de protection, essentiellement et d'abord la « mise en observation », il faut remplir plusieurs conditions<sup>(266)</sup> (art. 2) :

1. La personne doit être atteinte d'une maladie mentale<sup>(267)</sup>. Cette notion n'a délibérément pas été définie par la loi. Elle prête à discussion à propos des états d'alcoolisme<sup>(268)</sup> ou de toxicomanie<sup>(269)</sup> et de l'affaiblissement mental lié au grand âge<sup>(270)</sup>. La

(263) J.P. Gand, 9 mai 2000, *T.G.R.*, 2000, p. 157. Voy. égal. : J.P. Seneffe, 16 avril 2012, *J.J.P.*, 2014, p. 319.

(264) Ex. : art. 5 et 7 relatifs au consentement libre et éclairé ; *adde* : C.E.D.H., *Herczegfalvy c. Autriche*, arrêt du 24 septembre 1992, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 244, *J.J.P.*, 2002, p. 271, note I. BRANDON ; H. NYS (éd.), *De Conventie Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa. Inhoud en gevolgen voor patiënten en hulpverleners*, Anvers, Intersentia, 1998, pp. 666 et s.

(265) Notamment les art. 8 et 14 relatifs au consentement éclairé et à la représentation des incapables (voy. : Y.-H. LELEU, « La loi du 22 août 2002 relative aux droits des patients », *o.c.*, pp. 652-655, n°s 21-33).

(266) J.P. Tirlémont, 14 décembre 2012, *Rev. dr. Santé*, 2014-2015, p. 52, note J. HANTSON et C. LEMMENS.

(267) Cass., 22 octobre 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1709, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 893, *R.W.*, 1998-1999, p. 1385, note F. SWENNEN. Un état physique n'est pas pris en considération : J.P. Fléron, 4 juin 2013, *J.J.P.*, 2014, p. 36.

(268) Cass., 22 octobre 1998, précité (rejet de la requête) ; dans le même sens : J.P. Bruges, 26 août 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 305 (somm.), *J.J.P.*, 2005, p. 443 ; J.P. Saint-Hubert, 23 août 1991, *Journ. proc.*, 1991, n° 205, p. 29, note J.-M. D. ; *contra* : Civ. Bruxelles, 26 janvier 1993, *J.J.P.*, 1994, p. 108 ; Civ. Bruxelles, 30 juin 1992, *J.J.P.*, 1994, p. 100 ; J.P. Zomergem, 18 avril 2012, *R.W.*, 2012-2013, p. 1318, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 821 (somm.) ; J.P. Zelzate, 19 avril 2011, *J.J.P.*, 2013, p. 408, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 203 (somm.) ; J.P. Etterbeek, 26 mai 2011, *J.J.P.*, 2013, p. 416 (admet pour cause d'alcoolisme, mais rejet car la personne veut sortir volontairement de son problème) ; J.P. Charleroi, 27 mars 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1007 ; J.P. Visé, 14 novembre 1991, *J.T.*, 1992, p. 116. Pour plus de détails : Ph. BOXHO, « Application médico-légales de la loi du 26 juin 1990 », *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, pp. 15-18 ; H. NYS, *La médecine et le droit*, *o.c.*, p. 203, n° 565 ; F. SWENNEN, note sous Cass., 22 octobre 1998, précité.

(269) Accueil de la requête : J.P. Zomergem, 18 avril 2008, *R.W.*, 2009-2010, p. 760 (maladie mentale grave conséquence ou cause de la dépendance). Rejet de la requête : J.P. Jumet, 9 mai 2000, *R.G.D.C.*, 2000, p. 462, *R.R.D.*, 2000, p. 334 ; J.P. Ixelles, 15 avril 1992, *J.T.*, 1992, p. 444.

(270) J.P. Marchienne-au-Pont, 29 septembre 1995, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1001 (mise en observation en milieu familial). Pour plus de détails : Ph. BOXHO, « Application médico-légales de la loi du 26 juin 1990 », *o.c.*, pp. 18-19.

loi exclut expressément l'inadaptation aux valeurs, notamment sociales, comme seul facteur problématique (art. 2, al. 2)<sup>(271)</sup>. L'âge (majorité)<sup>(272)</sup> et la nationalité sont indifférents, sauf quant au premier de ces deux paramètres en ce qui concerne le juge compétent (tribunal de la jeunesse ; *infra*, n° 245).

2. Le malade doit mettre en péril sa santé et sa sécurité<sup>(273)</sup> ou constituer une menace grave pour la vie et l'intégrité d'autrui. Bien que la loi ne l'exige pas formellement, mais par respect du droit de l'individu à la maîtrise de son corps, le requérant doit prouver le lien causal entre la maladie et le péril ou la menace<sup>(274)</sup>. Le péril pour les biens d'autrui n'est pas visé<sup>(275)</sup>.
3. Il ne doit pas exister de traitement plus approprié. Cette condition ne vise pas l'absence de moyens thérapeutiques, mais celle d'une meilleure alternative à la privation de liberté et à la contrainte du patient à se laisser soigner (principe de subsidiarité)<sup>(276)</sup>.

**243. Protection de la personne. Capacité d'exercice.** La loi du 26 juin 1990 protège le malade mental dans l'espoir que la pathologie soit traitée. Elle ne contient pas de mesures patrimoniales alors que l'intéressé est

(271) Civ. Hasselt, 30 juin 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 41, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 775 (somm.), R.W., 2004-2005, p. 395. Un comportement « extravagant » ne suffit pas (J. GERLO et G. VERSCHULDEN, *Handboek voor familierecht*, Bruges, die Keure, 2008, p. 278, n° 834).

(272) Sur l'application de la loi aux mineurs : K. HERBOTS, « De bescherming van de persoon van de minderjarige geesteszieke en de jeugdbescherming », in *Het statuut van de geestesgestoorden* (P. SENAËVE éd.), Anvers, Maklu, 1999, pp. 86 et s., n°s 164 et s. ; J. PUT, M. ROM et I. VAN DER STRAETE, *Geesteszieke minderjarigen en dwang. Vrijheidsberoving, dwangopname, vrijheidsberping en dwangbehandeling van geesteszieke minderjarigen*, Gand, Larcier, 2007 ; F. SWENNEN et N. CALUWE, « Gedwongen opname van minderjarigen », in *Jongeren, psychiatrie en recht* (CBR éd.), Anvers, Intersentia, 2006, p. 51.

(273) Civ. Eupen, 4 octobre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1430 (somm.) (prise irrégulière de médicaments ; rejet de la demande) ; J.P. Zomergem, 18 avril 2008, précité (audacieuses tentatives de suicide ; accueil de la demande) ; J.P. Roeselare, 27 janvier 1995, *J.J.P.*, 1995, p. 224 (situation de danger temporaire) ; J.P. Charleroi, 5 mars 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1712 ; J.P. Bergerhout, 16 décembre 1995, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 451 (somm.), *Rev. dr. santé*, 1996-1997, p. 286, note F. SWENNEN (condition non vérifiée dans des circonstances où les requérants souhaitent faire admettre, contre son gré, la personne en maison de repos).

(274) Un malade mental est libre de ne pas se soigner pour autant que, s'il est sous traitement, son refus procède d'un consentement éclairé ; le droit pénal sanctionne ses comportements dangereux (pour les autres) sans lien avec sa maladie (*contra* : Ph. BOXHO, « Applications médico-légales de la loi du 26 juin 1990 », *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 22).

(275) Pour une critique : O. VANDEMEULEBROEKE, « La loi du 26 juin 1990 relative à la protection des malades mentaux », *J.J.P.*, 2008, p. 381, n° 10.

(276) Pour plus de détails : Ph. BOXHO, « Applications médico-légales de la loi du 26 juin 1990 », *o.c.*, pp. 11-12 ; J.-L. RENCHON, F. REUSENS et G. WILLEMS, « Le droit au respect de la vie privée dans les relations familiales », *o.c.*, pp. 167-169. Pour une meilleure formulation : Recommandation n° R(83)2 du 22 février 1983 du Conseil de l'Europe (« à défaut de tout autre moyen d'administrer le traitement approprié »). Applications : Civ. Dendermonde, 29 février 1996, *T.G.R.*, 1996, p. 74, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 230 (somm.) ; J.P. Zomergem, 18 avril 2008, précité (« incapacité » au minimum de communication et d'accords nécessaires pour un internement volontaire).

généralement incapable de gérer ses biens, en tout cas durant la phase de traitement.

Des passerelles existent toutefois avec la protection judiciaire réformée par la loi de 2013 : d'une part, le juge de paix peut être saisi simultanément d'une demande de protection de la personne et d'administration<sup>(277)</sup> ; d'autre part, le juge saisi d'une requête en mise en observation peut désigner d'office un administrateur (art. 1239, 1° C. jud. ; *supra*, n° 173).

La capacité ou l'incapacité de la personne demeure inchangée à l'expiration des mesures liées au traitement médical. Un patient incapable quant à sa personne, mineur ou non, sera confié à son représentant légal (art. 21, al. 1<sup>er</sup>) sauf si, à la demande du médecin-chef de service ou de toute personne intéressée, le juge le confie à une autre personne. Celle-ci exerce un droit de garde et de soins, tandis que le représentant légal conserve les autres prérogatives de sa fonction<sup>(278)</sup>.

### 3. Traitement en milieu hospitalier

**244. Phasage.** Le traitement en milieu hospitalier peut comporter deux phases successives : la mise en observation et le maintien éventuel en traitement. La *mise en observation* permet d'évaluer la nécessité de maintenir le malade en traitement afin d'éviter la prise immédiate de mesures trop coercitives ou moins réversibles, et en particulier de choisir entre le maintien en traitement en milieu hospitalier ou en milieu familial. Le *maintien en traitement* permet d'appliquer un traitement médical approprié en vue de parvenir à la guérison et à la « libération » du malade.

**245. Mise en observation. A. Procédure de droit commun.** La mise en observation peut être demandée par *toute personne intéressée*<sup>(279)</sup> (art. 5, § 1<sup>er</sup>), généralement un proche du malade (membre de la famille, voisin, médecin traitant, administrateur<sup>(280)</sup>, *etc.*), en ce compris le patient lui-même et le ministère public<sup>(281)</sup>.

(277) Dans le cadre d'une administration provisoire, voy. Civ. Mons, 11 mai 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1054.

(278) Ce faisant, le législateur a créé indirectement une nouvelle forme de placement sous autorité : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 14<sup>e</sup> éd., o.c., n° 490.

(279) Cet intérêt ne doit pas être purement patrimonial (P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 14<sup>e</sup> éd., o.c., n° 465).

(280) J.P. Zomergem, 18 avril 2012, *R.W.*, 2012-2013, p. 1318, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 821 (somm.).

(281) G. de LEVAL, « Jurisprudence relative à la protection de la personne des malades mentaux (loi du 26 juin 1990) », *J.L.M.B.*, 1992, p. 1489.

La requête est accompagnée d'un *rapport médical circonstancié*<sup>(282)</sup> dressé à la suite d'un examen<sup>(283)</sup> datant de 15 jours au plus, dans lequel est décrit l'état de la personne et constaté que les conditions légales sont réunies (art. 5, § 2)<sup>(284)</sup>. Cette exigence implique que le malade ait accepté de se soumettre à l'examen médical en connaissance de l'objectif poursuivi par le requérant<sup>(285)</sup>, ce qui n'est pas toujours réalisable. L'auteur du rapport peut, selon nous, être le médecin traitant<sup>(286)</sup>, mais non celui qui a été à l'origine de la requête<sup>(287)</sup>. Il ne peut être attaché au service psychiatrique où le malade se trouve<sup>(288)</sup> au moment où il est procédé à l'examen<sup>(289)</sup>.

(282) Voy. J.P. Bruges, 27 décembre 2013, *T. Fam.*, 2014, p. 110, note K. VEREECKE, *T.G.R.*, 2014, p. 347, qui estime que cela est contraire au droit d'accès au juge garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et que donc cette exigence doit être déclarée inapplicable.

(283) Sur le délai entre l'examen de la personne et la rédaction du rapport, voy. J.P. Fléron, 4 juin 2013, *J.J.P.*, 2014, p. 36.

(284) Civ. Hasselt, 30 juin 2003, *L.R.L.*, 2004, p. 41, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 775 (somm.), *R.W.*, 2004-2005, p. 395 (postériorité à la requête) ; Civ. Gand, 3 juillet 1993, *T.G.R.*, 1993, p. 104 (rapport prédictylographié et complété à la main) ; J.P. Bruges, 26 août 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 305 (somm.), *J.J.P.*, 2005, p. 443 (postériorité à la requête mais non à la prise en délibéré ; recevable) ; J.P. Borgerhout, 16 février 1993, *Rev. dr. santé*, 1997-1998, p. 205, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 169 (somm.) (insuffisance du rapport). Pour plus de détails : E. LANGENAKEN, « La responsabilité du psychiatre. Piste de réflexion à l'issue du procès de Geneviève Lhermitte », *Rev. Dr. ULg*, 2009, p. 568-571 ; H. Nys, *La médecine et le droit*, o.c., pp. 235 et s., n<sup>os</sup> 581 et s.

(285) Civ. Turnhout, 22 novembre 2004, *R.W.*, 2006-2007, p. 1247, note M.-N. VEYS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 248 (somm.).

(286) Dans le même sens : Ph. BOXHO, « Applications médico-légales de la loi du 26 juin 1990 », o.c., p. 11 ; S. DE MEUTER, « De maatregelen ten aanzien van de persoon van de geesteszieke », in *Het nieuwe statuut van de (geestes)zieken. Wetten van 1990-1991* (G. BAETEMAN réd.), Deurne, Story-Scientia, 1992, p. 61, n<sup>o</sup> 42 ; Civ. Louvain, 7 février 2014, *J.J.P.*, 2014, p. 367. *Contra* par souci d'impartialité objective et pour éviter d'ébranler la confiance du patient : Civ. Turnhout, 22 novembre 2004, précité ; J.P. Roeselare, 10 mars 1999, *J.J.P.*, 1999, p. 277, note G.R., *R.W.*, 1999-2000, p. 567, note H. Nys, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 497 (somm.) ; H. Nys, « De bescherming van de persoon van de geesteszieke. Enkele medischrechtelijke problemen », o.c., pp. 65-67, n<sup>os</sup> 112-116 ; H. Nys, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Malines, E. Story-Scientia, 2005, p. 319 ; M.-N. VEYS, note précitée.

(287) Civ. Liège, 30 juin 2009, *J.J.P.*, 2010, p. 4, note. Rapp. en matière d'administration provisoire : J.P. Roeselare, 20 septembre 1996, *R.W.*, 1997-1998, p. 1026, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 592 (somm.).

(288) À l'origine fondée sur une légitime préoccupation du législateur d'éviter tout abus, cette incompatibilité est actuellement fondée sur l'exigence d'impartialité objective. Elle demeure néanmoins trop largement appliquée par la jurisprudence, motif pris de la *ratio legis* et des termes « à un titre quelconque » de l'article 5, § 2, al. 2 : J.P. Roulers, 29 novembre 2005, *R.W.*, 2006-2007, p. 486, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 249 (somm.) (médecin du centre où le patient reçoit des soins ambulatoires relatifs à son addiction à la drogue). Pour une critique : O. VANDEMEULEBROEKE, « La loi du 26 juin 1990 relative à la protection des malades mentaux », o.c., p. 382, n<sup>o</sup> 15. Selon nous, et *a contrario*, l'auteur du rapport médical peut être rattaché à l'établissement dont relève le service psychiatrique où le malade est soigné. *Adde* : B. ZAJTMANN, « Beveiligingsmaatregel, de internering versus beschermingsmaatregel, de bescherming van de persoon van de geesteszieke », in *Te gek voor recht ?* (C. ALEXANDER et S. GUTWIRTH éd.), Gand, Mys & Breesch, 1997, p. 125 ; R. MEERT-VAN DE PUT, « La transmission des informations médicales », in *Malades mentaux et incapables majeurs. Émergence d'un nouveau statut civil* (G. BENOÎT, I. BRANDON et J. GILLARDIN éd.), Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1994, p. 194.

(289) Civ. Charleroi, 8 octobre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 992 (motifs) ; J.P. Courtrai, 22 mars 2007, *J.J.P.*, 2008, p. 200, *R.W.*, 2007-2008, p. 621, note (critique) M.-N. VEYS (patient sorti du service psychiatrique) ; J.P. Roulers, 17 décembre 2007, *J.J.P.*, 2009, p. 96, note (approbatrice) H. Nys (*idem*).

La procédure se déroule devant le *juge de paix* ou devant le *tribunal de la jeunesse* si le malade est mineur<sup>(290)</sup> (art. 1<sup>er</sup>, § 2, al. 2). Le juge territorialement compétent est celui du lieu où le malade est soigné, placé ou, à défaut, se trouve (art. 627, 6<sup>o</sup>, C. jud.)<sup>(291)</sup>.

Élaborée dans le détail et globalement conforme à la jurisprudence européenne, la procédure assure le respect des droits fondamentaux de l'intéressé. Ainsi, la requête est notifiée au malade et, le cas échéant, à son représentant légal<sup>(292)</sup>, qui est donc tenu informé (art. 7, § 2) ; le juge se rend personnellement compte de l'état du malade en lui rendant visite (art. 7, § 5) ; il est pourvu à sa défense par un avocat, éventuellement à son assistance par un psychiatre (de son choix ou désigné par le juge) et son accompagnement par une personne de confiance (art. 7, §§ 1<sup>er</sup> et 2)<sup>(293)</sup> ; le huis clos est de rigueur sauf demande contraire de l'intéressé (art. 8, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>). La décision est prise dans les 10 jours de la requête (art. 8, § 1<sup>er</sup>, al. 2)<sup>(294)</sup>. Les voies de recours sont ouvertes<sup>(295)</sup>, à l'exception de l'opposition (art. 30-31)<sup>(296)</sup>.

La mise en observation a lieu dans le service psychiatrique désigné par le juge (art. 8, § 3, al. 1<sup>er</sup>)<sup>(297)</sup>. Le malade est en principe retenu dans l'établissement, mais des sorties ou séjours à temps partiels peuvent être autorisés (art. 11, al. 2). Il est « surveillé, examiné de façon approfondie et traité en tenant compte de la durée limitée de la mesure » (art. 11, al. 1<sup>er</sup>)<sup>(298)</sup>.

(290) Voy. Trib. arr. Louvain, 24 octobre 2012, *R.W.*, 2012-2013, p. 1508, note K. ROTTHIER, *R.W.*, 2012-2013, p. 1600, *J.D.J.*, 2013, p. 44 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 820 (somm.), qui estime que le tribunal de la jeunesse est compétent en cas de mineur prolongé.

(291) Pour une analyse approfondie des questions de compétence, antérieure à la loi de 2006 : G. de LEVAL, « Jurisprudence relative à la protection de la personne des malades mentaux (loi du 26 juin 1990) », *o.c.*, pp. 1478 et s.

(292) À défaut pour l'administrateur (provisoire) d'avoir été entendu par le juge de paix, une formalité substantielle a été méconnue, de sorte que la procédure devant le juge de paix est nulle (Civ. Gand, 3 décembre 2009, *R.W.*, 2010-2011, p. 1311, note K. ROTTHIER, *J.D.J.*, 2011, p. 44 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 773 (somm.).

(293) Voy. : E. LANGENAKEN, « La personne de confiance, garant des droits de la personnalité des personnes vulnérables », *o.c.*, p. 271.

(294) J.P. Bruges, 22 décembre 2004, *T.G.R.*, 2005, p. 258, note V. DELIE (délai non prescrit à peine de nullité).

(295) Cass., 27 septembre 2007, *Pas.*, 2009, p. 1653, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 63, *NjW*, 2009, p. 76, note G. VERSCHELDEN, *R.W.*, 2008-2009, p. 959 (somm.) ; J.P. Schaerbeek, 3 avril 2007, *J.J.P.*, 2008, p. 202 (appel réformant la mise en observation sans effet rétroactif quant aux frais dus pour un séjour ordonné par le premier juge – art. 34).

(296) L'exclusion de la faculté d'opposition (art. 30, § 1<sup>er</sup>) ne s'applique pas aux jugements rendus par le tribunal de première instance statuant en degré d'appel : Cass., 23 octobre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2136, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1105.

(297) Sur l'absence de libre choix du patient : H. Nys, *La médecine et le droit*, *o.c.*, pp. 247-248, n<sup>o</sup> 624.

(298) Anvers, 11 octobre 2005, *Limb. Rechtsl.*, 2006, p. 179, note R. BROEKMANS, *Rev. dr. santé*, 2005-2006, p. 393 (obligation de moyens).

La mesure peut être levée par une décision du juge suivant la procédure prédécrite (art. 12, 1), du procureur du Roi tant que le juge n'a pas statué (art. 12, 2) ou du chef de service psychiatrique s'il estime que l'état du malade ne justifie plus la mesure (art. 12, 3)<sup>(299)</sup>. Elle est caduque après 40 jours (art. 11)<sup>(300)</sup>.

**246. (suite) B. Procédure d'urgence.** Une procédure d'urgence est prévue. Elle constitue dans la pratique la voie la plus empruntée pour la mise en observation<sup>(301)</sup>. *Urgence* est une condition distincte des conditions de fond ; à défaut, le juge ordonne la mise en liberté immédiate de la personne<sup>(302)</sup>.

L'urgence investit le procureur du Roi<sup>(303)</sup> du lieu où se trouve le malade du pouvoir de décider la mise en observation de celui-ci dans le service psychiatrique qu'il désigne, sans décision judiciaire préalable (art. 9, al. 1<sup>er</sup>). Il se saisit soit d'office soit à la demande (écrite) d'une personne intéressée (proche, médecin traitant, *etc.*). Dans le premier cas, il demande l'avis écrit d'un médecin qu'il désigne ; dans le second cas, le requérant doit lui fournir le rapport médical circonstancié visé à l'article 5. Ces documents médicaux doivent attester l'urgence (art. 9, al. 3)<sup>(304)</sup>.

Dans les 24 heures<sup>(305)</sup> de cette décision, le procureur du Roi avise le juge compétent et lui adresse une requête accompagnée d'un rapport

(299) J.P. Jumet, 6 juillet 2000, R.G.D.C., 2000, p. 558, *J.J.P.*, 2000, p. 261, *J.T.*, 2001, p. 491 ; J.P. Tirlémont, 14 décembre 2012, *Rev. dr. Santé*, 2014-2015, p. 52, note J. HANTSON et C. LEMMENS.

(300) Ce délai ne commence à courir qu'à partir de la privation effective de liberté : J.P. Bruges, 26 août 2004, *J.J.P.*, 2005, p. 443, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 305 (somm.) (personne séjournant déjà en milieu hospitalier pour un autre problème de santé).

(301) Ph. BOXHO, « Applications médico-légales de la loi du 26 juin 1990 », *o.c.*, p. 25 et « Application de la loi de protection du malade mental du 26 juin 1990 au parquet de Liège durant l'année 1994 », *J.J.P.*, 1999, p. 88 ; A. HACHEZ, « Le rôle du parquet », in *Malades mentaux et incapables majeurs. Émergence d'un nouveau statut civil* (G. BENOÎT, I. BRANDON et J. GILLARDIN éds), Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1994, p. 140 ; H. NYS, *La médecine et le droit*, *o.c.*, p. 244, n° 615 ; K. ROTTHIER, *Gedwongen opname : de rechtsbescherming van de psychiatrische patiënt*, Bruges, die Keure, 2007, p. 59, n° 122 ; O. VANDEMEULEBROEKE, « La loi du 26 juin 1990 relative à la protection des malades mentaux », *o.c.*, pp. 383-384.

(302) Gand, 26 février 2004, *NjW*, 2004, p. 846, note I. BOONE (responsabilité de l'État en cas de décision fautive du procureur du Roi) ; Civ. Neufchâteau, 20 juillet 1994, *A.J.T.*, 1994-1995, p. 338, note P. DE SMEDT ; *R.R.D.*, 1994, p. 338 ; *contra* : Civ. Charleroi, 29 février 2000, *Act. dr.*, 2000, p. 503, note P. MOREAU.

(303) Et lui seul, pas les parents : J.P. Zelzate, 13 septembre 2007, *R.W.*, 2008-2009, p. 380, *J.D.J.*, 2008, n° 279, p. 39 (somm.).

(304) J.P. Ixelles, 18 juin 1993, *J.J.P.*, 1994, p. 102.

(305) Sur la computation du délai : Cass., 7 mai 2007, *Pas.*, 2007, p. 860, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 804, *R.W.*, 2007-2008, p. 579, note R. HEPES, *R.D.J.P.*, 2007, p. 364 (jour férié) ; Civ. Bruxelles, 27 mars 2012, *J.J.P.*, 2013, p. 394 ; Civ. Verviers, 7 mai 2009, *J.J.P.*, 2010, p. 5 ; Civ. Anvers, 14 février 2008, *R.W.*, 2008-2009, p. 623, note M.-N. VEYS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 935 (somm.) ; Civ. Tongres, 26 mars 2001, *L.R.L.*, 2001, p. 319, note J. DE BUS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 515 (somm.) ; J. GERLO et G. VERSCHULDEN, *Handboek voor familierecht*, *o.c.*, p. 279, n° 837.

médical circonstancié<sup>(306)</sup> (art. 9, al. 5). Il donne connaissance de sa décision au malade (art. 9, al. 6), après en avoir informé le directeur de l'établissement auquel est rattaché le service psychiatrique. La procédure se déroule ensuite suivant les règles déjà examinées (art. 9, al. 7 *jo.* art. 6-8)<sup>(307)</sup>.

La mise en observation diligentée suivant la procédure urgente est soumise au régime déjà décrit. Elle prend fin par les mêmes causes et, en outre, lorsque le juge ne l'a pas confirmée dans les 10 jours<sup>(308)</sup> ou si le procureur du Roi a dépassé le délai de 24 heures<sup>(309)</sup> (art. 9, al. 8).

**247. Maintien en traitement.** Sur la base d'un rapport circonstancié du médecin-chef du service psychiatrique dans lequel est hébergé le malade, transmis par le directeur de l'établissement au moins 15 jours avant l'expiration de la phase d'observation<sup>(310)</sup>, le juge peut décider le maintien du malade en traitement (art. 13, al. 1<sup>er</sup>). La procédure est *mutatis mutandis* celle de la mise en observation.

Si le point de vue du médecin désigné par le malade diverge de celui du médecin-chef de service, leurs avis sont confrontés à l'audience (art. 13, al. 5), seulement en première instance et non en appel, selon la Cour de cassation, à tort selon nous<sup>(311)</sup>.

Le maintien en traitement permet d'appliquer un traitement médical approprié en vue de parvenir à la guérison et, partant, à la « libération » du malade<sup>(312)</sup>. La durée du séjour doit être spécifiée, ne peut excéder 2 ans (art. 13, al. 4), mais est renouvelable à la demande du directeur de l'établissement (art. 14)<sup>(313)</sup>. Ici encore, le traitement peut s'accommoder

(306) L'avis du médecin désigné par le procureur du Roi peut servir de rapport s'il est circonstancié (Gand, 3 juin 1993, *T.G.R.*, 1993, p. 104 ; H. Nys, *La médecine et le droit*, o.c., p. 246, n° 620).

(307) J.P. Zelzate, 13 septembre 2007, précité (requête en intervention volontaire des parents irrecevable).

(308) J.P. Bruges, 22 décembre 2004, précité (délai non prescrit à peine de nullité). Si le juge rejette la demande, la part personnelle du patient dans son hospitalisation ne peut lui être réclamée : J.P. Gand, 9 juin 2008, *J.D.J.*, 2009, n° 290, p. 45, *R.W.*, 2009-2010, p. 592 (somm.).

(309) J.P. Tournai, 31 mars 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1743 (somm.).

(310) Sur le délai de 24 heures imparti au juge de paix pour réagir et visiter le malade (art. 13 *jo.* art. 7) : Cass., 13 juin 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 630, *J.D.J.*, 1997, p. 183 ; J.-P. MASSON et N. MASSAGER, *Droit des personnes. Chronique de jurisprudence (1994-1998)*, coll. Les Dossiers du Journal des Tribunaux, n° 25, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 222, n° 198.

(311) Cass., 15 février 2008, *Pas.*, 2008, p. 456, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 70 (au motif que l'article 30 ne reprend pas les obligations contenues dans les articles 8, § 1<sup>er</sup>, al. 2, et 13, al. 2-6 ; or ces dernières obligations sont fondées sur des droits fondamentaux du malade).

(312) Pour plus de détails : M. BOGAERTS, « Le maintien (art. 13 à 22 de la loi) », in *Malades mentaux et incapables majeurs. Émergence d'un nouveau statut civil* (G. BENOÎT, I. BRANDON et J. GILLARDIN éd.), Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1994, pp. 101 et s.

(313) J.P. Menin, 30 octobre 2001, *R.W.*, 2003-2004, p. 997, note, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 273 (somm.) (demande émanant du médecin chargé du traitement ; aucune sanction n'est prescrite pour ce vice de forme).

de sorties<sup>(314)</sup>, voire de la poursuite d'une activité (art. 15)<sup>(315)</sup>. Une postcure en dehors de l'établissement psychiatrique est éventuellement organisée dans la phase de maintien, avec l'accord du malade et sous certaines conditions liées au traitement ou à une aide sociale (art. 16). Comparable à une libération conditionnelle<sup>(316)</sup>, la postcure est révoquée (art. 17, 2°). Enfin, le malade peut être transféré pour des raisons médicales dans un autre service psychiatrique<sup>(317)</sup> ; une faculté d'opposition est ouverte (art. 18).

La mesure prend fin si elle n'est pas renouvelée par le juge à l'expiration du délai de 2 ans (art. 14) et après 1 an de postcure sans réadmission<sup>(318)</sup> (art. 19, § 2, al. 2). Le médecin-chef du service psychiatrique peut également lever la mesure (art. 17, 1°, et 19, § 1<sup>er</sup>). Dans ce cas, le juge n'intervient que si la personne qui a requis la mise en observation s'y oppose (art. 20). Bien entendu, le juge peut rendre une ordonnance de révision de la mesure, d'office ou à la requête du malade ou de toute personne intéressée<sup>(319)</sup> (art. 22). Il doit alors vérifier que les conditions d'application de la loi ne sont plus remplies<sup>(320)</sup>.

#### 4. Soins en milieu familial

**248. Description.** Les soins en milieu familial ont été conçus comme une alternative plus humaine à ceux en milieu hospitalier et pour moderniser l'ancienne « séquestration ». Il peut y être recouru lorsque des mesures de protection du malade s'avèrent nécessaires, mais que les circonstances permettent de le soigner dans sa famille (art. 23)<sup>(321)</sup>. Les soins en milieu familial sont décidés soit à titre principal, soit dans le cadre d'une postcure<sup>(322)</sup>. Ils conservent un caractère contraignant, restrictif de la liberté du malade (art. 1<sup>er</sup>).

(314) À propos des sorties occasionnelles du mineur malade mental en cours de traitement, la Cour constitutionnelle a jugé sur question préjudicielle que l'article 15 ne viole pas articles 10 et 11 de la constitution : C. const., 29 avril 2010, n° 42/2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 292, *T.J.K.*, p. 257 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 43 (somm.).

(315) J.P. Woluwe-Saint-Pierre, 10 janvier 1992, *J.J.P.*, 1994, p. 104 (études).

(316) P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 14<sup>e</sup> éd., o.c., n° 475.

(317) Pour un exemple d'application : J.P. Zottegem, 11 juin 2012, *J.J.P.*, 2014, p. 370.

(318) Civ. Anvers, 27 janvier 2014, *J.J.P.*, 2014, p. 356 (une prolongation de la postcure après le délai d'un an est exclue).

(319) Ex.: administrateur (J.P. Bruges, 22 février 2012, *J.J.P.*, 2013, p. 441, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 203 (somm.)).

(320) J.P. Saint-Trond, 7 mars 2001, *J.J.P.*, 2005, p. 438, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 304 (somm.) (doute ; application restrictive de la loi et fin de la mesure).

(321) Pour plus de détails : G. BENOÎT, « Les soins en milieu familial (art. 23 à 29 de la loi) », in *Malades mentaux et incapables majeurs. Émergence d'un nouveau statut civil* (G. BENOÎT, I. BRANDON et J. GILLARDIN éds), Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1994, pp. 127 et s.

(322) P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 14<sup>e</sup> éd., o.c., n° 478. Pour une proposition de permettre au juge d'ordonner le placement en milieu familial à tous les stades de la

La jurisprudence définit largement la notion de *milieu familial*. Elle inclut tout cadre dans lequel le malade se sent comme dans sa famille (ex. : foyer d'accueil, communauté, maison de repos, etc.)<sup>(323)</sup>, ce qui implique, selon nous, l'accord du malade<sup>(324)</sup>.

**249. Procédure et modalités.** La mesure comporte deux phases comparables à la mise en observation et au traitement en milieu hospitalier et suit la même procédure (art. 24-25).

Si le juge ordonne la mesure, il charge une personne déterminée – membre de la famille ou de l'établissement d'accueil – de veiller sur le malade, et un médecin de le traiter (art. 24, § 3). Après une phase d'*observation* d'une durée de 40 jours au maximum, le juge peut, sur l'avis de ce médecin, ordonner le *maintien* des soins en milieu familial pour une période maximale de 2 ans, renouvelable (art. 24, § 3, al. 2, et 25, § 1<sup>er</sup>).

Les prescriptions légales relatives aux soins à prodiguer sont plus détaillées en raison du milieu non médical dans lequel ils seront dispensés. Le malade est reçu ou visité régulièrement par le médecin désigné, qui dispense les conseils nécessaires à la personne chargée de veiller sur le malade et fait régulièrement rapport au juge (art. 27). Ce dernier visite le malade au moins une fois par an (art. 28).

Les soins en milieu familial prennent fin à l'expiration du délai de 40 jours ou de 2 ans s'ils ne sont pas prolongés (art. 24, § 3, al. 2, et 25, § 2), ou par une décision du juge qui ordonne la mainlevée (art. 26) ou le passage vers le milieu hospitalier (mise en observation et maintien en traitement) (art. 29)<sup>(325)</sup>.

## SECTION 3

### Personnes vulnérables en raison de leur l'âge : les mineurs

**250. Bibliographie.** J. BOUTTE, « La responsabilité du médecin face au mineur d'âge », *J.D.J.*, 1996, n° 151, p. 11 ; H. CASMAN, « La minorité », in *La banque dans la vie quotidienne*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 1986, p. 43 ; G. CORNU, « L'âge civil », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris, Dalloz, 1961, p. 9 ;

procédure : O. VANDEMEULEBROEKE, « La loi du 26 juin 1990 relative à la protection des malades mentaux », *o.c.*, p. 388, n° 36.

(323) J.P. Marchienne-au-Pont, 29 septembre 1995, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1001 ; Civ. Mons, 11 mai 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1054, note G. de L.

(324) Civ. Mons, 11 mai 1994, précité. Selon d'autres auteurs, il suffit que le malade connaisse cet environnement (J.-P. MASSON et N. MASSAGER, *Droit des personnes. Chronique de jurisprudence (1994-1998)*, *o.c.*, p. 218, n° 195).

(325) Une mise en observation en milieu hospitalier suspend la durée de la mesure de soins en milieu familial ; un maintien en milieu hospitalier abroge celle-ci (art. 29, al. 4).

S. DALLEMAGNE et C. VILLÉE, « Les relations sexuelles chez les mineurs au vu de la loi », *J.D.J.*, 2010, n° 292, p. 40 ; E. DE KEZEL, « De procesbekwaamheid van de minderjarige », *A.J.T.*, 1998-1999, p. 249 ; P. DE TAVERNIER, *De buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door minderjarigen*, Anvers, Intersentia, 2006 ; A. DE TERWANGNE, « Avocat du mineur : libre choix et contradiction d'intérêts », *J.D.J.*, 2000, n° 194, p. 5 ; C. DEVOET, « Minorité et assurance-vie », *Bull. ass.*, 2007, p. 257 ; S. DEMARS, « L'enfant et la justice dans les travaux du Conseil de l'Europe », in *Familles & Justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé* (M.-Th. MEULDERS-KLEIN éd.), Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1997, p. 577 ; D. DELI, *De privaatrechtelijke positie van de minderjarige bij het stellen van rechtshandelingen : een proeve tot hervorming van het bestaande recht in het licht van de gewijzigde maatschappelijk context*, Thèse, UIA, 1993 ; M. DEMOULIN, « Les mineurs et le commerce électronique : besoin de protection ou d'autonomie ? », *J.T.*, 2007, p. 105 ; F. DERÈME, « La protection des biens des mineurs après les réformes des lois des 29 avril 2001 et 13 février 2003 – Examen du cas particulier de l'enfant mineur ayant perdu l'un de ses deux parents », *J.T.*, 2005, p. 17 ; Dossier « Kinderen en levenseinde », *T.J.K.*, 2009, p. 277 ; D. DUVAL-ARNOULD, *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, Paris, L.G.D.J., 1994 ; D. DUVAL-ARNOULD, « Minorité et interruption volontaire de grossesse », *D.*, 1999, p. 471 ; C. ENGELS, « Bepaalde verkopen van goederen van onbekwamen », in *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police 2006* (P. LECOCQ et C. ENGELS éd.), Bruges, die Keure, 2006, p. 69 ; P.-Y. ERNEUX, « La gestion des avoirs financiers des incapables en droit civil : État de la situation et perspective à l'aune de la loi du 17 mars 2013 », in *Estate planning : Actuele topics – Thèmes actuels*, Maline, Kluwer, 2013, p. 353 ; J. FLAUSS-DIEM, « Consentement médical et autonomie de l'adolescent en droit anglais », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 115 ; J. FIERENS et G. MATHIEU, « Les droits de la personnalité des personnes mineures ou vulnérables », in *Les droits de la personnalité* (J.-L. RENCHON dir.), Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 253 ; N. GALLUS, « La capacité des mineurs face aux soins de santé », in *Actualités de droit familial et de droit médical. Les droits des personnes les plus faibles* (E. THIRY éd.), Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 3 ; N. GALLUS, « La minorité et la banque (tutelle et administration légale) », in *Banque et famille* (M. TISON réd.), Cahiers AEDBF, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 7 ; J.-P. GRIDEL, « L'âge et la capacité civile », *D.*, 1998, p. 90 ; P. JADOUL, J. SAMBON et B. VAN KEIRSBlick (éd.), *L'autonomie du mineur*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1998 ; Y. LELEU, « L'accession à la pleine capacité à dix-huit ans – Ses effets et ses implications dans les divers domaines du droit », *Rev. not. belge*, 1990, p. 346 ; Y.-H. LELEU et S. DELVAL, « Autorité parentale et actes médicaux », *J.D.J.*, 2002, n° 214, p. 23 ; C. LEMMENS, *De minderjarige en de Wet Patiëntenrechten*, Anvers, Intersentia, 2013 ; J.-J. LEMOULAND, « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 1 ; P. LETTANY, « Het beheer van rekeningen en van portefeuilles van minderjarigen en de erfenis regeling. Bankrekeningen van minderjarigen onder ouderlijk gezag », in *Banque et famille* (M. TISON réd.), Cahiers AEDBF, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 271 ; J.-C. MONTANIER, « Les actes de la vie courante en matière d'incapacités », *Gaz. Pal.*, 1982, n° 3076 ; Th. MOREAU, « Une approche juridique de la place de la parole du mineur dans la vie familiale et sociale », *J.D.J.*, 2006, n° 257, p. 38 ; Th. MOREAU, « Le rôle de l'avocat du mineur. Les textes et la pratique », *J.D.J.*, 1999, n° 182, p. 11 ; S. MOSSELMANS, « De verkoop van een goed van een handelingsonbekwame », *N.F.M.*, 2005, p. 86 ; A. NOTTET, *Le mineur consommateur*, Waterloo, Kluwer, 2013 ; A. NOTTET, « Mineurs et téléphonie

mobile », R.G.D.C., 2008, p. 239 ; A. NOTTET, « Mineurs et droits personnels », *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 15 ; V. POULEAU, « Les différents seuils d'accès à la capacité du mineur d'âge non émancipé », *Rev. trim. dr. fam.*, 1990, p. 3 ; J. PUT, M. ROM et I. VAN DER STRAETE, *Gesteszieke minderjarigen en dwang. Vrijheidsberoving, dwangopname, vrijheidsbeperking en dwangbehandeling van geesteszieke minderjarigen*, Gand, Larcier, 2007 ; F. RIGAUX, « Du temps des mineurs au temps des majeurs », *Rev. trim. dr. fam.*, 1990, p. 105 ; T. ROBERT, « De burgerrechtelijke procesbekwaamheid van de minderjarige », in *De procesbekwaamheid van minderjarigen* (CBR éd.), Anvers, Intersentia, 2006, p. 37 ; P. SCAFS, « Le crédit d'Alice. Les jeunes, l'argent et le crédit », *J.D.J.*, 1996, p. 138 ; J. SOSSON (dir.), *Tutelle et administration légale. Questions d'application des lois du 29 avril 2001 et du 13 février 2003*, Bruxelles, Larcier, 2005 ; J. SOSSON, « Le crédit au mineur », R.G.D.C., 1992, p. 481 ; F. SWENNEN, « Gelden van minderjarigen : knelpunten van de voogdijwet 2001 en de reparatiewet voogdij 2003 », *T. Not.*, 2005, p. 318 ; F. SWENNEN et T. ROBERT, « De toezichthouders op het beheer (de beheerders) van andermans vermogen – *Capita selecta* », R.W., 2003-2004, p. 1614 ; L. VAN SLYCKEN, « Beschikkingsrecht van de minderjarige over eigen leven en lichaam », in *Over zichzelf beschikken ? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood* (UFSIA éd.), Anvers, Maklu, 1996, p. 243 ; T. VANSWEEVELT, « Medische experimenten op minderjarigen », R.G.D.C., 1994, p. 329 ; E. VERHELLEN, « Het Verdrag inzake de rechten van het kind meerderjarig. Enkele beschouwingen over de implementatie in België », *T.J.K.*, 2008, p. 11 ; G. VERSCHULDEN, « Actuele problemen inzake machtiging in het raam van het ouderlijk goederenbeheer », in *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police 2006* (P. LECOCQ et C. ENGELS éds), Bruges, die Keure, 2006, p. 265 ; I. VERVOORT, « De procespositie van minderjarigen : onbekwaam dus (on) beschermd ? », *Jura Falc.*, 1999-2000, p. 31 ; M.-N. VEYS, « Abortus bij minderjarige en wilsonbekwame patiënten : de rol van de Wet Patiëntenrechten en de noodtoestand », *Rev. dr. santé*, 2006-2007, p. 153 ; E. VIEUJEAN, « Réparation du dommage causé à un mineur par un délit ou quasi-délit », in *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police 2006* (P. LECOCQ et C. ENGELS éds), Bruges, die Keure, 2006, p. 217 ; E. VIEUJEAN, « Majorité à dix-huit ans et droit des personnes », *Ann. dr. Liège*, 1990, p. 323 ; X, *Responsabilités autour et alentour du mineur*, Limal, Anthemis, 2011, p. 222 ; T. WUYTS, *Vermogensbeheer door ouder(s), voogd en voorlopig bewindvoerder*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2005.

**251. Généralités. Division.** Le Code civil définit le mineur comme étant l'individu qui n'a pas encore atteint l'âge de dix-huit ans accomplis (art. 388) et la majorité comme étant l'âge auquel on devient capable de tous les actes de la vie civile (art. 488). La majorité dépend exclusivement de l'âge et pas des capacités mentales de la personne<sup>(326)</sup>. La minorité plus que tout autre statut d'incapacité est conçue comme une protection et non comme un obstacle à l'action. Elle concerne une personne en marche vers l'autonomie, et de plus en plus émancipée, au sens non juridique du terme<sup>(327)</sup>.

(326) Sur le moment précis d'atteinte de la majorité (détermination d'heure à heure) : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 1120, n° 1209.

(327) Voy. à ce sujet : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 270, n° 270.

La minorité frappe la personne d'une incapacité générale d'exercice. Le mineur conserve une capacité de jouissance le rendant titulaire potentiel de droits dès sa conception.

L'incapacité empêche le mineur d'accomplir des actes juridiques sans qu'il faille démontrer l'absence de consentement. Un enfant sans discernement ne peut accomplir un acte juridique car son *consentement* fait défaut (art. 1108) ; un mineur doté du discernement peut formellement émettre un consentement mais l'acte est annulable pour défaut de *capacité* (art. 1124 et 1125).

Les faits juridiques ne requièrent pas la capacité mais l'aptitude à les accomplir, la traditionnelle « faculté de discernement »<sup>(328)</sup>. Aussi le mineur doté du discernement est-il susceptible d'engager sa responsabilité (quasi) délictuelle personnelle, et plus uniquement celle de ses parents (art. 1384, al. 2)<sup>(329)</sup>.

D'un point de vue historico-comparatif, l'âge de la majorité varie selon le degré d'autonomie que la société reconnaît à ses « juniors » et la prévalence des instruments internationaux de protection des droits fondamentaux<sup>(330)</sup>. La majorité a été abaissée de 21 à 18 ans par la loi du 19 janvier 1990, et à moins encore pour certains actes déterminés par des lois particulières, sans parler de la faculté d'émancipation à partir de 15 ans, quelque peu tombée en désuétude (*infra*, n° 304). La loi et la

(328) Pour plus de détails : P. DE TAVERNIER, *De buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door minderjarigen*, Anvers, Intersentia, 2006, pp. 37 et s., n°s 40-44 et pp. 63 et s., n°s 81-104.

(329) Voy. : Cass., 12 février 2008, *J.T.*, 2009, p. 613, note E. MONTERO et A. PÜTZ, *T.J.K.*, 2010, p. 78 (somm.) (les parents cessent d'être responsables des dommages causés par leurs enfants mineurs s'ils prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité) ; P. DE TAVERNIER, *De buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door minderjarigen, o.c.* ; B. DUBUISSON, « Autonomie et irresponsabilité du mineur », in *L'autonomie du mineur* (P. JADOU, J. SAMBON et B. VAN KEIRSBlick éd.), Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1998, p. 79 ; B. DUBUISSON, « L'assurance des risques du mineur », *J.D.J.*, 1997, p. 380 ; J.-L. FAGNART, « La responsabilité civile des parents », *J.D.J.*, 1997, p. 362 ; A.-M. GALLIOU-SCANVION, « Une responsabilité civile enfin trouvable ou les voies de l'indemnisation de victimes d'enfants de parents divorcés », *Gaz. Pal.*, 1997, p. 12 ; R. LEGAIS, « Le mineur et la responsabilité civile », in *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, P.U.F., 1993, p. 253 ; K. MAES, « Minderjarigen, alcohol en aansprakelijkheid : de volgende cocktail », *T.J.K.*, 2000, p. 187 ; E. MONTERO et A. PÜTZ, « La responsabilité des parents à la croisée des chemins », in *La responsabilité civile des parents* (G. BENOIT et P. JADOU dir.), Bruxelles, La Chartre, 2006, p. 39 ; F. WAREMBOURG-AUQUE, « Irresponsabilité ou responsabilité civile de l'infans' », *Rev. trim. dr. civ.*, 1982, p. 329.

(330) Voy. not. : Résolution n° 72(29) du 19 septembre 1972 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur l'abaissement de l'âge de la pleine capacité juridique et la Convention de New York relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 ; Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant du 25 janvier 1996 (pour plus de détails sur les instruments internationaux traitant de la problématique des mineurs : K. HERBOTS, « Het nieuwe Europees verdrag inzake de Uitoefening van de Rechten van het Kind », *T.P.R.*, 1997, p. 1763 ; S. GRATALOUP, *L'enfant et les conventions internationales*, Paris, L.G.D.J., 1998, spéc. p. 397, n° 500 ; D. VAN GRUNDERBEECK, *Grondbeginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, Anvers/Groningen/Oxford, Intersentia, 2003, pp. 491 et s. ; E. VERHELLEN, « Het Verdrag inzake de rechten van het kind meerderjarig. Enkele beschouwingen over de implementatie in België », *T.J.K.*, 2008, p. 11).

jurisprudence atténue encore l'incapacité du mineur en agissant soit sur les conséquences de l'irrégularité d'un acte, soit plus directement sur sa validité (voy. ci-dessous). Cette tendance est appelée à se développer et doit être approuvée tant qu'elle favorise une autonomie responsable du mineur<sup>(331)</sup>. Celui-ci, à la différence d'autres personnes vulnérables, est en voie d'acquiescer la maîtrise de ses droits.

La protection du mineur quant à sa personne et à ses biens est confiée à des adultes – parent(s) ou tuteur – par le biais de deux institutions : la minorité et l'autorité parentale ou tutélaire. Nous n'envisageons dans le présent chapitre que l'incapacité du mineur (ses actes juridiques), d'abord sous l'angle de sa capacité résiduelle d'agir seul, ensuite sous celui de sa représentation par les parents, le tuteur ou le curateur dans le cadre de l'émancipation. Les restrictions protectrices de l'autonomie personnelle du mineur et les prérogatives de l'autorité parentale sont abordées ultérieurement (*infra*, n° 745), sachant qu'à défaut de parents (en état d'exercer l'autorité parentale), le tuteur les exercera également.

## § I. Capacité résiduelle du mineur

### I. Actes juridiques pouvant être accomplis par le mineur

**252. Typologie.** L'incapacité d'exercice du mineur étant en principe générale – tous les actes juridiques – et totale – représentation –, ce sont surtout les exceptions à l'incapacité qui retiennent l'attention. Il s'agit des actes pouvant être valablement conclus par le mineur dans la sphère de sa capacité résiduelle.

En croissance pour les adolescents, cette capacité résiduelle concerne surtout des actes au caractère personnel marqué, pour lesquels la représentation est contre-indiquée. Ces actes touchent au déploiement de la personnalité du mineur et justifient d'exclure l'intervention de tiers<sup>(332)</sup>. Par commodité, sans prétendre à l'exhaustivité<sup>(333)</sup> ni à des catégories étanches, nous répertorions ces actes selon qu'ils nécessitent la collaboration d'autres personnes, que leur validité dépend de l'âge du mineur ou

(331) Pour plus de détails : A. NOTTET, *Le mineur consommateur*, Malines, Kluwer, 2013, pp. 67 et s., n°s 57 et s. On critiquera ainsi les propositions de réforme visant à abaisser de manière générale l'âge de la majorité à 16 ans, compte tenu de ce qu'elles sont soutenues par des secteurs socio-économiques intéressés par le pouvoir d'achat des mineurs (ex. : banques, télécommunications, etc.).

(332) A. NOTTET, « Mineurs et droits personnels », *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, pp. 33-34, n° 11 ; sur le droit corrélatif d'agir en justice dans ce cadre : C.E., 7 octobre 1988, *J.T.*, 1989, p. 677, note F. RIGAUX, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1489, obs. J.-P. MOENS.

(333) Pour plus de détails : J.-P. MASSON, « La gestion des biens du mineur », in *L'autonomie du mineur* (P. JADOUL, J. SAMBON et B. VAN KEIRSBlick éd.), Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1998, pp. 67 et s. ; V. POULEAU, « Les différents seuils d'accès à la capacité du mineur d'âge non émancipé », *Rev. trim. dr. fam.*, 1990, pp. 3 et s. ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht, o.c.*, n°s 1379 et s.

qu'ils requièrent seulement le discernement. Un traitement particulier est réservé à la capacité procédurale du mineur.

**253. Actes requérant la collaboration d'autres personnes.** Certains actes personnels que le mineur est capable d'accomplir requièrent, en raison de leur importance, le *consentement* de majeurs, généralement ses parents. Ainsi, pour *se marier*, acte non susceptible de représentation, le mineur doit obtenir la dispense d'âge et le consentement de ses parents ; il peut agir seul en justice à cet effet devant le tribunal de la famille<sup>(334)</sup> (art. 148 ; *infra*, n° 323). Les parents doivent consentir avec lui à son *adoption* s'il a plus de 12 ans (art. 348-1 et 348-3 ; *infra*, n° 695). Sous réserve des dispositions particulières applicables au travail des enfants (art. 6 et s. L. du 16 mars 1971), le mineur peut conclure un *contrat de travail* moyennant l'autorisation (expresse ou tacite) de son père, de sa mère ou de son tuteur (art. 43, al. 2, L. du 3 juillet 1978) et agir en justice pour suppléer son défaut éventuel<sup>(335)</sup>. Le mineur demande seul l'*euthanasie*, mais l'acte requiert l'accord de ses parents (art. 3, § 4, L. du 28 mai 2002, réd. L. du 28 février 2014 ; *supra*, n° 109-1).

D'autres actes juridiques personnels s'accommodent de l'*assistance* d'un majeur : celle d'un parent au moins pour conclure un *contrat de mariage* (art. 1095 et 1397, al. 1<sup>er</sup>)<sup>(336)</sup> ou pour effectuer une (première) déclaration d'*inscription dans les registres de la population* (art. 7, § 3, A.R. du 16 juillet 1992) ou encore une déclaration de conviction d'*appartenance au sexe opposé* (art. 62bis, § 1<sup>er</sup>, al. 2, C. civ.).

Plus rares sont les actes réservant à un majeur une faculté d'*opposition*. Ainsi, l'employeur peut-il remettre au mineur sa *rémunération* sauf opposition du père, de la mère ou du tuteur (art. 44 L. du 3 juillet 1978)<sup>(337)</sup>. Il en va de même pour les prestations de *sécurité sociale* dues au travailleur mineur (art. 44, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, L. du 27 juin 1969) et pour les retraits du compte (livret) d'*épargne* que le mineur effectue dès 16 ans (art. 2, al. 3, L. du 30 avril 1958)<sup>(338)</sup>.

(334) Civ. Bruxelles (jeun.), 28 janvier 2011, *T.J.K.*, 2013, p. 65, note R. VASSEUR (devant le tribunal de la jeunesse, alors compétent).

(335) Sur les conséquences en matière d'accidents de travail en cas de conclusion du contrat sans autorisation : Cass., 21 octobre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 141. Pour plus de détails : J.-P. MASSON, « La gestion des biens du mineur », *o.c.*, p. 70.

(336) À défaut, le contrat de mariage peut être *autorisé* par le tribunal de la famille et sera conclu par le mineur seul (Y.-H. LELEU, « Le contrat de mariage », in « Les régimes matrimoniaux » (Y.-H. LELEU et L. RAUCENT dir.), *Rép. not.*, t. V, l. II/2, Bruxelles, Larcier, 1999, n°s 503-504).

(337) Sur les recours (art. 45 L. du 3 juillet 1978) : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n° 1382.

(338) Si ces retraits dépassent 125 EUR dans le courant du même mois, le *consentement* du représentant légal sera requis (art. 2, al. 3, L. du 30 avril 1958) ; J.-P. MASSON, « La gestion des biens du mineur », *o.c.*, p. 69.

**254. Actes pouvant être accomplis à partir d'un certain âge.** À partir de 16 ans, le mineur peut disposer par *testament* de la moitié de ce que la loi permet au majeur de disposer (art. 904). Il peut également déclarer vouloir l'incinération de sa dépouille mortelle (art. 21, § 1<sup>er</sup>, L. du 20 juillet 1971 ; *supra*, n° 128).

À partir de 15 ans, le mineur peut agir seul relativement à son *émancipation* (*infra*, n° 304). Il peut saisir le procureur du Roi d'un *conflit avec son tuteur* quant à la gestion de ses biens (art. 405, § 2 ; rapp. art. 1233, § 1<sup>er</sup>, al. 2, C. jud.).

Dès 14 ans, en matière *d'aide à la jeunesse*, le mineur exerce seul le recours devant le tribunal de la jeunesse en cas de contestation relative à l'octroi, au refus ou aux modalités d'application d'une mesure individuelle (art. 37 Décr. Comm. fr. du 4 mars 1991)<sup>(339)</sup>.

À partir de 12 ans, des extensions de capacité sont accordées en ce qui concerne la *filiation* du mineur (*infra*, n° 618, 633, 637, 642, 644, 667, 668, 677). Le mineur est *partie* à la cause devant le tribunal de la jeunesse dans les procédures protectionnelles dirigées contre lui (art. 46, L. du 8 avril 1965)<sup>(340)</sup>. Il est « entendu » avant la nomination de son tuteur (art. 394) et peut saisir le procureur du Roi d'un *conflit avec son tuteur* quant à la direction de sa personne (art. 405, § 2 ; rapp. art. 1233, § 1<sup>er</sup>, al. 2, C. jud.). Il consent à un *prélèvement d'organes* en qualité de donneur (uniquement en faveur d'un frère ou d'une sœur – art. 7, § 2, 1°, L. du 13 juin 1986)<sup>(341)</sup>.

(339) Voy. : Th. MOREAU et F. TULKENS, *Droit de la jeunesse. Aide, assistance, protection*, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 633 et s. ; D. PIRE, « Le tribunal de la jeunesse et la procédure civile : union libre ou cohabitation légale ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 195. *Adde* : C.A., 18 mars 1998, n° 31/98, *J.L.M.B.*, 1998, p. 752, obs. J.-P. MOENS, *J.D.J.*, 1998, n° 176, p. 29, note Th. MOREAU et K. GROSJEAN, *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 598 : l'article 37 est inconstitutionnel en ce qu'il ne permet pas que le recours soit introduit par une autre personne que celle qu'il précise (les personnes qui exercent sur lui l'autorité parentale ou qui ont sa garde, en droit ou en fait) quand le mineur a moins de 14 ans. Le décret a été modifié pour permettre au mineur de moins de 14 ans d'agir personnellement « dans le cas où, à propos d'un jeune âgé de moins de quatorze ans, les personnes visées au 1° s'abstiennent de saisir le tribunal » (art. 37, al. 1, 3°, a), réd. Décr. du 5 mai 1999).

(340) Voy. : B. DE SMET, *Jeugdbeschermingsrecht in hoofdlijnen*, 2<sup>e</sup> éd., Anvers, Intersentia, 2010, p. 304 ; Th. MOREAU et F. TULKENS, *Droit de la jeunesse. Aide, assistance, protection*, o.c., pp. 719-721.

(341) L'obligation de recueillir le consentement du conjoint du mineur et surtout de ses représentants légaux a été abrogée par la loi du 25 février 2007 (N. GALLUS, « La capacité des mineurs face aux soins de santé », in *Actualités de droit familial et de droit médical. Les droits des personnes les plus faibles* (E. THIRY éd.), Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 7, n° 6 ; T. VANSWEEVELT, « Art. 7 Orgaantransplantatiewet », in *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer* (P. SENAËVE e.a. éd.), Malines, Kluwer, feuil. mob. ; *contra* : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, n° 342 – qui considère qu'il faut toujours un double consentement). Les parents ne peuvent s'opposer au *refus* du mineur donneur potentiel, ni contrer sa *volonté* d'être donneur (ex. : cas d'un demi-frère ou demi-sœur – voy. à ce sujet : A. NOTTET, « Mineurs et droits personnels », o.c., p. 24, n° 6, note 31).

Suivant « son âge et sa maturité », le patient mineur est *associé* à l'exercice de ses droits de patient ; s'il est « apte à apprécier raisonnablement ses intérêts », il les *exerce* de manière autonome (art. 12, § 2, L. du 22 août 2002)<sup>(342)</sup>.

**255. Actes pouvant être passés par le mineur seul.** L'incapacité civile du mineur doté du discernement connaît enfin des exceptions non liées à son âge.

La catégorie des *actes conservatoires* est ouverte au mineur. Elle comprend des actes d'une certaine gravité intrinsèque, mais protecteurs de l'intégrité de son patrimoine, telle une saisie conservatoire<sup>(343)</sup> ou une déclaration de sinistre à l'assureur. Le droit d'agir en justice ne saurait selon nous être considéré seulement sous cet angle, mais telle n'est pas la tendance majoritaire quant au droit d'agir *en référé*<sup>(344)</sup>.

Au titre des actes pouvant être accomplis par le mineur seul en raison de leur *caractère personnel*, on citera en exemples : la *reconnaissance* d'un enfant pour autant que le mineur soit émancipé ou capable de discernement (art. 328, al. 1<sup>er</sup>, réd. L. du 25 avril 2014) ; l'exercice de l'*autorité parentale*<sup>(345)</sup> et les actes et procédure corrélatifs<sup>(346)</sup> ; l'opposition au *prélèvement d'organes* après décès (art. 10, § 2, al. 2, L. du 13 juin 1986) ; la *demande de dispense d'âge nubile* et d'*autorisation de mariage* (art. 145 et 148) ; l'exercice de certains *recours en matière protectionnelle* (art. 60, al. 2 et 3, L. du 8 avril 1965)<sup>(347)</sup> ; l'ouverture d'un compte ou d'un livret d'*épargne personnel* (art. 2, al. 2, L. du 30 avril 1958).

De même, le mineur a le droit d'être *entendu en justice* dans toute procédure le concernant, les règles étant différentes selon que le mineur

(342) Cette règle est emblématique de l'accroissement constant de la capacité résiduelle des mineurs, mais aussi de l'hésitation qu'il est permis d'avoir entre son extension au moyen de critères basés sur l'âge ou sur la capacité réelle du mineur à assumer les conséquences de l'acte. Pour plus de détails : N. GALLUS, « La capacité des mineurs face aux soins de santé », *o.c.*, p. 3 ; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, *o.c.*, pp. 190-201 ; Y.-H. LELEU, « La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient », *o.c.*, p. 657, n° 48 ; C. LEMMENS, *De minderjarige en de Wet Patiëntenrechten*, Anvers, Intersentia, 2013.

(343) Civ. Neufchâteau, 23 février 1981, *J.L.*, 1981, p. 201, obs. G. de LEVAL.

(344) Voy. : Gand, 30 novembre 2007, *P. & B.*, 2008, p. 133 ; Civ. Liège (réf.), 8 juillet 1986, *J.L.*, 1986, p. 461, note J.H., *J.T.*, 1987, p. 147, note (critique) E. VIEUJEAN, *Rev. trim. dr. fam.*, 1988, p. 106 ; D. PIRE, « Le tribunal de la jeunesse et la procédure civile. Union libre ou cohabitation légale ? », *o.c.*, p. 205 ; V. POULEAU, « Les différents seuils d'accès à la capacité du mineur d'âge non émancipé », *o.c.*, p. 25, n° 41 ; T. ROBERT, « De burgerrechtelijke procesbekwaamheid van de minderjarige », in *De procesbekwaamheid van minderjarigen* (CBR éd.), Anvers-Oxford, Intersentia, 2006, p. 70, n° 99 ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 178, n° 271.

(345) Cass., 10 décembre 1931, *Pas.*, 1932, I, p. 3 ; Civ. Mons (jeun.), 8 juin 2009, *Act. dr. fam.*, 2010, p. 187, *T.J.K.*, 2001, p. 149 (somm.) (possibilité d'agir seul en qualité de parent) ; Civ. Charleroi, 22 février 1990, *J.T.*, 1990, p. 646.

(346) Ex. : art. 373, al. 3, 374, § 1<sup>er</sup>, al. 2, et § 2, 392, *etc.*

(347) Th. MOREAU et F. TULKENS, *Droit de la jeunesse. Aide, assistance, protection*, *o.c.*, pp. 898-899 ; J. SMETS, « Jeugdbeschermingsrecht », in *A.P.R.*, Gand, E. Story-Scientia, 1996, pp. 553-554, n° 1469.

ait ou non plus de 12 ans (art. 1004/1 C. jud. ; *infra*, n° 475)<sup>(348)</sup>. Quel que soit son âge, si le juge estime, au cours de l'entretien, que le mineur n'a pas le discernement nécessaire, il l'indique dans son rapport (art. 1004/1, § 5, al. 3, C. jud.).

**256. Actions en justice.** La question des actes de procédure mérite un traitement séparé, dans la mesure où elle concentre des problèmes aux solutions peu compatibles : droit d'accès au forum judiciaire au nom de l'autodétermination, droits fondamentaux, nature conservatoire de certaines actions en justice, absence de choix de l'autre partie atraite en justice, conflits d'intérêts plus ou moins concrets avec les représentants légaux, coût de la justice, ...

Dans les cas où le mineur ne peut se prévaloir d'une autorisation légale d'agir<sup>(349)</sup>, la jurisprudence<sup>(350)</sup> tend à assouplir son incapacité pour rencontrer sa finalité protectrice<sup>(351)</sup>. *De lege ferenda*, la sécurité juridique requiert que le législateur consacre cette jurisprudence en fixant des principes clairs.

**257. (suite) Exception dilatoire.** Comme premier tempérament à l'incapacité, la jurisprudence profite du fait que le Code judiciaire n'exige pas formellement la capacité d'exercice comme condition de recevabilité de l'action. La demande en justice introduite par un mineur doté du discernement<sup>(352)</sup> n'est pas irrecevable mais l'instance est suspendue

(348) Civ. Liège, 6 juin 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1236, note (absence de discernement déduit d'autres circonstances que l'âge) ; Civ. Bruxelles (réf.), 14 mai 1996, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 464 (enfant de 6 ans ; ne dispose pas du discernement nécessaire pour être entendu).

(349) Ces exceptions ont été décrites précédemment. Pour un relevé exhaustif : C. DE BOE, « La place de l'enfant dans le procès civil », *J.T.*, 2009, pp. 487-488, n°s 10-12 ; E. DE KEZEL, « De procesbekwaamheid van de minderjarige », *A.J.T.*, 1998-1999 ; Th. MOREAU, « L'autonomie du mineur en justice » in *L'autonomie du mineur* (P. JADOUL, J. SAMBON et B. VAN KEIRSBLICK éd.), Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1998, pp. 171 et s. ; T. ROBERT, « De burgerrechtelijke procesbekwaamheid van de minderjarige », *o.c.*, pp. 57 et s.

(350) C.E., 20 novembre 2003, *J.T.*, 2004, p. 203 (somm.) ; Civ. Courtrai, 4 mars 1980, *Rev. trim. dr. fam.*, 1981, p. 200, *Rev. not. belge*, 1981, p. 398, *T. Not.*, 1981, p. 50.

(351) Pour plus de détails, voy. : C. DE BOE, « La place de l'enfant dans le procès civil », *o.c.*, p. 485 ; E. DE KEZEL, « De procesbekwaamheid van de minderjarige », *o.c.*, p. 249 ; Th. MOREAU, « L'autonomie du mineur en justice », *o.c.* ; T. ROBERT, « De burgerrechtelijke procesbekwaamheid van de minderjarige », *o.c.*, p. 37 ; J.-F. SERVAIS, « Présence du mineur dans les procédures qui concernent sa personne », *J.D.J.*, 1997, p. 150 ; E. VAN DER MUSSELE, « Bijstand, spreekrecht en rechtsingang voor minderjarigen », in *Kinderrechten in België* (W. VANDENHOLE éd.), Anvers, Intersentia, 2008, p. 95 ; A. VAN THIENEN, « Justice must also be enabled to be done », *T. Fam.*, 2015, note sous Gand 19 décembre 2013, pp. 116 et s. Nous traitons ici la capacité du mineur d'agir en justice et non son droit d'être associé sous une autre forme à la procédure, notamment dans le cadre d'une *audition* (art. 1004/1 C. jud. ; *infra*, n° 761) ou comme simple *spectateur* (voy. : K. HERBOTS, « De minderjarige als toeschouwer in de gerechtszaal », *E.J.*, 1999, p. 82).

(352) Gand, 19 décembre 2013, *T. Fam.*, 2015, p. 115, note A. VAN THIENEN (est irrecevable la demande d'assistance judiciaire formulée par un avocat *prodeo* d'un mineur de 6 ans notamment car le mineur n'est pas en mesure d'apprécier la portée de la procédure).

si le défendeur, *in limine litis*<sup>(353)</sup>, soulève une *exception dilatoire* pour absence de représentation du mineur<sup>(354)</sup>. Selon la jurisprudence, le juge ne peut pas la soulever d'office<sup>(355)</sup>, de sorte qu'à défaut d'exception ou en cas d'exception tardive, la procédure se poursuivra<sup>(356)</sup>.

**258. (suite) Exceptions jurisprudentielles.** Lorsque les motifs qui justifient une protection du mineur ne sont pas présents *in casu*, une tendance jurisprudentielle lui reconnaît une capacité procédurale.

Nous approuvons cette tendance<sup>(357)</sup> tout en regrettant la faiblesse de ses fondements, à savoir : le caractère personnel<sup>(358)</sup> du droit en litige et/ou les dispositions issues de la Convention de New York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (art. 3, 9 et 12). À ce propos, il n'est pas certain que les dispositions supranationales précitées consacrent un droit pour le mineur d'*agir* en justice<sup>(359)</sup> ; en outre, la Cour de cassation refuse toujours de leur reconnaître un effet direct<sup>(360)</sup>.

(353) *Contra* : T. ROBERT, « De burgerrechtelijke procesbekwaamheid van de minderjarige », *o.c.*, p. 54, n° 44 ; A. WYLLEMAN, *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en wilsgestoorden*, *o.c.*, n°s 1035-1038.

(354) Pour plus de détails, voy. : J. van COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence (1985 à 1996) – Droit judiciaire privé », *R.C.J.B.*, 1997, p. 520, n° 38 ; E. VIEUJEAN, obs. sous C. ass. Liège, 23 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, pp. 163-164.

(355) En sens contraire : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 178, n° 271 et « Vertegenwoordiging in rechte als eiser van een onbekwame : gevolgen van de afwezigheid van de machtiging », *o.c.*, p. 385.

(356) Pour plus de détails, voy. G. de LEVAL et B. BIEMAR, in *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 106, n° 2.17. Voy. égal. : Liège, 26 mars 2007, *R.R.D.*, 2006, p. 466 (motifs) ; Liège, 17 décembre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1577 (motifs) ; Liège, 30 juin 2000, *J.D.J.*, 2001, n° 205, p. 42, note F. DRUANT (droit aux relations personnelles) ; Civ. Tournai, 19 décembre 2000, *J.D.J.*, 2001, n° 206, p. 41 (action alimentaire contre les parents) ; Civ. Charleroi, 7 avril 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 569 (droit d'hébergement) ; J.P. Huy, 26 juin 1986, *J.L.*, 1986, p. 623, note (action alimentaire contre les parents) ; *contra* : Civ. Bruxelles, 28 juin 1988, *Rev. trim. dr. fam.*, 1988, p. 562 (action alimentaire – nécessité de désigner un tuteur *ad hoc*) ; Civ. Courtrai, 4 mars 1980, *Rev. trim. dr. fam.*, 1981, p. 200, *Rev. not. belge*, 1981, p. 398, *T. Not.*, 1981, p. 50 (procédure d'homologation d'une délibération du conseil de famille) ; C. DE BOE, « La place de l'enfant dans le procès civil », *o.c.*, p. 487, n° 6.

(357) Dans le même sens, not. : Th. MOREAU, « L'autonomie du mineur en justice », *o.c.*, pp. 187-189 ; plus nuancé : D. PIRE, « Le tribunal de la jeunesse et la procédure civile ; union libre ou cohabitation légale ? », *o.c.*, pp. 207 et 209.

(358) Voy. : J. FIERENS et G. MATHIEU, « Les droits de la personnalité des personnes mineures ou vulnérables », *o.c.*, p. 270 ; Th. VANSWEEVELT, « Persoonlijkheidsrechten van minderjarigen en grenzen van het ouderlijk gezag : de toestemming van de minderjarige in een medische behandeling », *o.c.* Pour une critique de ce fondement : C. DE BOE, « La place de l'enfant dans le procès civil », *o.c.*, p. 489, n° 14 ; A. NOTTET, « Mineurs et droits personnels », *o.c.*, pp. 40-41, n° 14.

(359) Pour plus de détails : C. DE BOE, « La place de l'enfant dans le procès civil », *o.c.*, pp. 489-492. (360) Cass., 15 septembre 2010, *Rev. dr. pén.*, 2011, p. 308, concl. D. VANDERMEERSCH, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 1150 (somm.), R. W., 2011-2012, p. 1085, note B. DE SMET, *T.J.K.* 2010, p. 305, note J. RYNGAERT et W. VANDENHOLE ; Cass., 10 novembre 1999, *Pas.*, 1999, p. 1481, *T.J.K.*, 2000, p. 63, note K. HANSON ; Cass., 4 novembre 1999, *Pas.*, 2000, p. 1446, *J.T.*, 2000, p. 667, *T.J.K.*, 2000, p. 62, note K. HANSON, R. W., 2000-2001, p. 232, note A. VANDAELE, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 681 ; Cass., 31 mars 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1431, *T.J.K.*, 2000, p. 60, note K. HANSON ; comp. : Cass., 11 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 247, *A.J.T.*, 1994-1995, p. 4, note R. UYTENDAELE, *E.J.*, 1995, p. 82, note K. DELKEVER, *Div. Act.*, 1996, p. 115, *J.D.J.*, 1995, p. 133, obs. B. VAN KEIRSBIJLCK, R. W., 1994-1995, p. 671. Pour une synthèse : S. DELVAL, note sous Liège, 28 avril 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1085 ;

En revanche, on admet en principe la capacité du mineur d'introduire seul une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme<sup>(361)</sup>, le cas échéant pour faire apprécier son incapacité procédurale au regard des droits fondamentaux.

Actuellement, certaines juridictions tolèrent l'*intervention volontaire* du mineur dans certaines procédures civiles qui le concernent, sans être partie à la décision en matière d'autorité parentale<sup>(362)</sup>, ou dans une procédure pénale qui ne porte pas directement préjudice à ses intérêts<sup>(363)</sup>. Dans la sphère pénale, la constitution de partie civile, surtout dans les causes concernant les parents, doit être ouverte aux mineurs<sup>(364)</sup>.

A. VANDAELE, « Quelques réflexions sur l'effet direct de la Convention relative aux droits de l'enfant », *J.D.J.*, 2001, n° 202, p. 22. Quant à la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant du 21 janvier 1996, qui accorde certains droits procéduraux autonomes au mineur (ex. : art. 5, d), elle n'a pas été signée par la Belgique. Elle ne possède pas moins l'influence d'une convention conclue au sein du Conseil de l'Europe (pour plus de détails : K. HERBOTS, « Het nieuwe Europees verdrag inzake de Uitoefening van de Rechten van het Kind », o.c., pp. 1763 et s.).

(361) I. BERRO-LEFEVRE, « L'accès des enfants à la Cour européenne des droits de l'homme », *J.D.J.*, 2008, n° 272, p. 11 ; C. DE BOE, « La place de l'enfant dans le procès civil », o.c., p. 489, n° 15 ; F. TULKENS, « La Convention européenne des droits de l'homme et les droits des enfants », *J.D.J.*, 2008, n° 272, pp. 5 et s. ; D. VAN GRUNDEBEECK, *Grondbeginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., pp. 615, n°s 823-828.

(362) En ce sens : C.A., 1<sup>er</sup> mars 2006, n° 27/2006, *R.W.*, 2006-2007, p. 869 (somm.), *T.J.K.*, 2007, p. 24, note A. VAN DEN BERGHE ; Gand, 20 juin 2005, *T.G.R.*, 2006, p. 17, *T.J.K.*, 2007, p. 35, note H. PAS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 312 (somm.) (litige relatif à l'hébergement, défaut de qualité – art. 17 C. jud.) ; Liège, 10 février 2005, *Journ. proc.*, 2005, p. 27 (litige relatif à l'hébergement et aux frais d'entretien et d'éducation) ; Liège, 4 avril 2003, *J.L.M.B.*, 2005, p. 455 (litige relatif à l'hébergement) ; Liège, 12 février 2002, *J.T.*, 2002, p. 407 (litige relatif au droit d'hébergement du père) ; Liège, 28 avril 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1085, *Act. dr.*, 2001, p. 349, note S. DELVAL (litige relatif à l'hébergement – comp. : Liège, 11 mai 2000, en sens contraire, cité ci-après) ; Mons (jeun.), 31 mars 1998, *J.T.*, 1998, p. 622, *J.D.J.*, 1998, p. 43, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 289 (litige relatif à l'autorité parentale) ; Civ. Arlon, 21 octobre 2003, *J.L.M.B.*, 2005, p. 478 (somm.) (révision d'une décision sur l'autorité parentale) ; Civ. Gand, 28 janvier 2002, *T.J.K.*, 2002, p. 128, note E. DE KEZEL (litige relatif à l'octroi d'une part contributive) ; *contra* : Liège, 26 mars 2007, *R.R.D.*, 2006, p. 466 (« conversion » de la demande en demande d'audition) ; Liège, 29 novembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 406 (« conversion » de la demande en demande d'audition) ; Liège, 11 mai 2004, *J.T.*, 2004, p. 745 (« conversion » de la demande en demande d'audition) ; Anvers, 24 mars 2004, *NjW*, 2004, p. 1100, note GV (caractère suffisant de l'audition) ; Liège, 17 décembre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1577 (« conversion » de la demande en demande d'audition) ; Bruxelles, 9 février 1999, *E.J.*, 1999, p. 53, note E. DE KEZEL, *J.T.*, 2000, p. 150, *J.D.J.*, 2000, n° 194, p. 43, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1517 (procédure de divorce) ; Civ. Charleroi (jeun.), 27 novembre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1212, note F. REUSENS (litige relatif à l'hébergement) ; Civ. Liège, 25 mars 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1184 (mesures provisoires pendant l'instance en divorce ; contrariété à l'intérêt de l'enfant) ; Civ. Liège, 7 mars 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1175 (litige relatif au droit d'hébergement secondaire du père) ; Civ. Marche-en-Famenne (réf.), 9 juin 1999, *Div. Act.*, 1999, p. 123, *J.D.J.*, 2000, n° 192, p. 42 (demande de suppression du droit aux relations personnelles de son père) ;

(363) Cass., 26 mai 2010, *Juristenkrant*, 2010, n° 213, p. 8, reflet W. VANDENHOLE ; Corr. Nivelles, 20 décembre 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 41 (litige pour non-représentation d'enfant).

(364) C. ass. Liège, 24 juin 1997, *J.D.J.*, 1997, p. 518 ; *contra* : C. ass. Liège, 23 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 161, obs. E. VIEUJEAN. Voy. : V. DOUILLIEZ, « La constitution de partie civile par un mineur d'âge », *J.D.J.*, 1997, p. 154.

La jurisprudence du Conseil d'État est favorable à la capacité du mineur à la mise en œuvre de ses droits sociaux<sup>(365)</sup> ou scolaires<sup>(366)</sup> ainsi que pour faire reconnaître sa qualité de réfugié<sup>(367)</sup>.

En matière *alimentaire*, la demande de contribution d'un mineur contre ses parents a souvent été accueillie<sup>(368)</sup>.

On rappellera enfin que certaines juridictions étendent – à tort selon nous – la catégorie des « actes conservatoires » aux actions en référé (*supra*, n° 255).

## 2. Sort des actes irréguliers

**259. Nullité et dispense de restitution.** Les actes juridiques accomplis par un mineur non (valablement) représenté sont annulables dans les cas prévus par la loi, ci-dessous détaillés<sup>(369)</sup> (art. 1125, al. 1<sup>er</sup>). Seul le mineur (devenu majeur<sup>(370)</sup>) ou son représentant peut demander la nullité (art. 1125, al. 2)<sup>(371)</sup>. L'action se prescrit 10 ans après la majorité (art. 1304, al. 1<sup>er</sup> et 3). L'acte annulable peut être confirmé par le mineur devenu majeur<sup>(372)</sup>, s'il avait connaissance au moment de la confirmation de la nullité de son engagement<sup>(373)</sup>.

Contrairement au droit commun, le mineur est en principe dispensé de *restitution* (art. 1312), car ce serait amoindrir sa protection que

(365) C.E., 7 octobre 1988, *J.T.*, 1989, p. 677, note F. RIGAUD, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1489, obs. J.-P. MOENS (aide sociale) ; C.E., 11 juin 1996, *J.D.J.*, 1997, p. 519. *Adde* : Trib. trav. Bruxelles, 22 juin 1994, *J.D.J.*, 1996, n° 155, p. 230.

(366) G. VAN HAEGHENDOREN, « Het optreden van leerlingen en hun ouders in administratiefrechtelijke procedures betreffende onderwijsgeschillen », *T.O.R.B.*, 2012-2013, p. 294.

(367) C.E., 16 juillet 2002, *J.D.J.*, 2003, p. 57.

(368) Cette solution, fondée selon nous autant sur la protection de la personne et des droits fondamentaux du mineur que sur celle de son patrimoine, est controversée. Dans le sens d'une action autonome du mineur : Civ. Gand (réf.), 16 mai 2002, *J.D.J.*, 2003, n° 228, p. 35, R.W., 2002-2003, p. 1110, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 235 (somm.) ; J.P. Saint-Gilles, 23 avril 1985, *J.J.P.*, 1987, p. 21, note (approbatrice) J. GERLO ; J.P. Wavre, 23 novembre 1989, *Rev. trim. dr. fam.*, 1990, p. 51 ; E. DE KEZEL, « De procesbekwaamheid van de minderjarige », *o.c.*, pp. 266-267, n° 32-34 ; N. GALLUS, « Les incapables », in *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 1999-2004*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 898, n° 708 et p. 903, n° 712 ; T. ROBERT, « De burgerrechtelijke procesbekwaamheid van de minderjarige », *o.c.*, p. 70, n° 98 ; *contra* : Civ. Bruxelles, 28 juin 1988, *Rev. trim. dr. fam.*, 1988, p. 562 ; Civ. Anvers, 27 février 1990, R.W., 1989-1990, p. 1369, note J. GERLO (où l'auteur revoit sa position) ; Civ. Liège, 18 janvier 1993, *J.D.J.*, 1993, n° 123, p. 54 ; E. VIEUJEAN, « Créances d'aliments », in *Les ressources de la famille* (E. VIEUJEAN éd.), Anvers, Kluwer, 1992, pp. 16-17.

(369) Pour plus de détails : A. NOTTET, *Le consommateur mineur*, Waterloo, Kluwer, 2013, pp. 67-96.

(370) Si le mineur agit seul, le défendeur peut soulever, *in limine litis*, une exception dilatoire (*supra*, n° 257).

(371) Civ. Bruxelles (réf.), 26 février 2007, *J.D.J.*, 2007, n° 263, p. 32, note BVK.

(372) Civ. Tongres, 13 janvier 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 235 (somm.), *L.R.L.*, 2003, p. 209 ; Bruxelles, 12 novembre 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 43 (motifs). Pour plus de détails : Y.-H. LELEU, « La capacité juridique. Notions générales », *o.c.*, n° 29.

(373) Pol. Bruges, 20 décembre 2005, R.W., 2008-2009, p. 1742, *T.J.K.*, 2009 (somm.), *Bull. ass.* 2006, p. 349.

d'exiger toujours la remise dans le *pristin* état<sup>(374)</sup>. Par exception, si le cocontractant prouve que le mineur a tiré profit de l'acte, il doit restitution à due concurrence (art. 1312)<sup>(375)</sup>.

La loi distingue deux types de nullité, selon la gravité de l'acte.

**260. A. Nullité de plein droit.** Sont nuls de plein droit les actes juridiques accomplis par un mineur doté du discernement<sup>(376)</sup> mais que son représentant – tuteur ou parent(s) – n'aurait pas pu accomplir seul sans l'habilitation judiciaire de l'article 410 du Code civil<sup>(377)</sup>, ou n'aurait pas pu accomplir du tout en raison d'une interdiction<sup>(378)</sup>.

La même sanction frappe les actes de procédure dirigés par un tiers contre un mineur non valablement représenté<sup>(379)</sup>.

**261. B. Rescision pour lésion.** Les actes accomplis par le mineur seul, mais que son représentant – tuteur ou parent(s) – aurait pu accomplir sans formalités habilitantes, sont sanctionnés par une nullité facultative, plus précisément une rescision pour lésion (art. 1305). *Minor restituitur non tamquam minor, sed tamquam laesus* : l'incapacité du mineur ne l'empêche pas de contracter mais seulement d'être lésé<sup>(380)</sup>. Depuis la réforme de la tutelle par la loi du 29 avril 2001, la catégorie des actes rescindables pour lésion n'est plus définie par référence à la notion d'« actes d'administration ». En principe, tout acte non soumis aux formalités habilitantes de l'article 410, § 1<sup>er</sup>, du Code civil relève de la « plénitude d'administration » du représentant légal<sup>(381)</sup>.

(374) Accessoirement, la loi présume que le mineur a consommé le profit retiré de l'acte annulé.

(375) Ex. : Bruxelles, 14 mars 1988, *Pas.*, 1988, II, p. 151 (emprunt) ; Cass. fr., 3 février 1891, *D.P.*, 1892, I, p. 29 (emprunt) ; comp. Bruxelles, 12 novembre 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 43 (motifs) (emprunt – pas de profit).

(376) Si le discernement fait défaut, l'acte est nul pour défaut de consentement (art. 1108 ; *supra*, n° 251).

(377) Arg. tiré de l'expression « nul en la forme » (art. 1311 *jo.* art. 410, § 1<sup>er</sup> [actes soumis à autorisation du juge de paix] et art. 378, al. 4 et 5 [opposition d'intérêts]). Applications : Pol. Bruges, 20 décembre 2005, *R.W.*, 2008-2009, p. 1742, *T.J.K.*, 2009, p. 355 (somm.), *Bull. Ass.*, 2006, p. 349 (transaction avec un assureur) ; Anvers, 10 juin 1975, *J.T.T.*, 1976, p. 296 (transaction emportant renonciation à une indemnité de préavis au bénéfice de l'employeur du mineur) ; Civ. Bruxelles, 9 mai 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1142 (emprunt).

(378) Sur cette catégorie d'actes : *infra*, n° 285.

(379) Bruxelles, 30 octobre 1975, *R.W.*, 1976-1977, col. 1012 ; Pol. Malines, 2 décembre 2005, *C.R.A.*, 2006, p. 649 (notification de l'assureur) ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 1375 ; G. de LEVAL et B. BIEMAR, in *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 106, n° 2.17.

(380) Application : Mons, 28 novembre 1995, *Dr. circ.*, 1997, p. 39. Comp. : la réduction pour excès si le mineur est émancipé (art. 484) (*infra*, n° 310).

(381) H. CASMAN et J.-P. MASSON, « La nouvelle législation sur la tutelle », *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 33, n° 25 ; S. MOSSELMANS, « Art. 410 B.W. », o.c., n° 1. Ex. : conclusion d'un contrat de bail de 3 ans, achat d'un véhicule. L'achat d'un immeuble est désormais soumis à autorisation judiciaire (art. 410, § 1<sup>er</sup>, 9°). Comp. : J. GERLO et G. VERSCHULDEN, *Handboek voor familierecht*, o.c., p. 219, n° 645 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 1364.

Le juge apprécie la lésion non par référence à un *quantum* comme en matière de vente immobilière ou de partage, mais sur un plan intrinsèque (conditions désavantageuses) ou fonctionnel (rapport au patrimoine du mineur)<sup>(382)</sup>. La lésion ne peut résulter d'un événement fortuit (art. 1306) et sa preuve incombe au demandeur<sup>(383)</sup>.

Cette sanction adaptée au réalisme économique peut s'accommoder de l'émancipation croissante des mineurs. Laissant un large pouvoir d'appréciation au juge, dans le respect de la finalité protectrice de la minorité, elle implique que nombre d'actes juridiques accomplis par un mineur pourront être validés.

La rescision pour lésion conduit aussi à remettre en question une catégorie traditionnelle aux contours flous et fréquemment présentée (à tort selon nous) comme une exception à l'incapacité du mineur : les *actes de la vie courante*<sup>(384)</sup>. Tout acte du mineur, parce qu'il est incapable, doit pouvoir être annulé, mais les actes de la vie courante, s'ils sont de faible importance, seront rarement lésionnaires<sup>(385)</sup>. L'enjeu n'est pas minime : certains secteurs économiques pourraient tirer profit de cette « exception » à l'incapacité du mineur.

## § 2. Protection du mineur sous autorité parentale

**262. Administration et représentation par le(s) parent(s).** Tant que les parents du mineur ou l'un d'eux sont en vie et en état d'exercer l'autorité parentale, la gestion des biens du mineur et sa représentation leur reviennent. Ils administrent son patrimoine et le représentent dans les actes juridiques, tant matériels que procéduraux, à accomplir. Cette mission est encadrée à la fois par le régime de l'autorité parentale et par celui de la tutelle : les habilitations judiciaires nécessaires aux parents sont, pour la majorité des actes listés par l'article 410, § 1<sup>er</sup>, celles imposées au tuteur (art. 378). Dès la majorité du mineur, la mesure de protection cesse, de sorte que les parents ne sont plus les représentants légaux du mineur<sup>(386)</sup>.

L'extrapolation de ces formalités habilitantes aux parents est le fruit de la réforme de la tutelle par la loi du 29 avril 2001. Elle a été

(382) Applications : Civ. Anvers, 9 juin 2011, *R.W.*, 2013-2014, p. 1384, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 713 (somm.), *J.D.J.*, 2014, p. 61 (somm.) ; Civ. Ypres, 18 mai 1990, *R.G.D.C.*, 1991, p. 403.

(383) Sauf si l'acte est un « paiement » fait à celui-ci (art. 1241 ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 1139, n° 1223).

(384) Pour plus de détails : A. NOTTET, *Le consommateur mineur*, o.c., pp. 87 et s., n° 78 et s.

(385) Civ. Anvers, 9 juin 2011, *R.W.*, 2013-2014, p. 1384, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 713 (somm.), *J.D.J.*, 2014, p. 61 (somm.) (réservation d'un voyage au ski sur internet, par un mineur, pour 3 amis et lui-même, pour un montant de 3.000 euros-lésionnaire).

(386) Un tiers peut agir contre le mineur devenu majeur, par exemple pour réclamer des factures de soins de santé prodigués lorsque le patient était encore mineur (Gand, 30 janvier 2013, *T.G.R.*, 2013, p. 172, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 712 (somm.)).

critiquée à cause de la diminution de confiance témoignée par le législateur aux parents et pour la lourdeur de sa mise en œuvre à l'égard de certains actes<sup>(387)</sup>. Elle a néanmoins été confirmée dans son principe et très légèrement retouchée dans ses modalités par une loi du 13 février 2003. Un contrôle judiciaire renforcé de la gestion parentale est pleinement justifié dans l'intérêt du mineur, compte tenu de la raréfaction des cas de tutelle.

Ainsi, et sous réserve des nuances et exceptions examinées ci-dessous, les parents accomplissent seuls les actes non soumis à habilitation judiciaire, et avec l'autorisation du juge de paix ceux compris dans le renvoi de l'article 378 à l'article 410, § 1<sup>er</sup>. Il leur est interdit d'accomplir des actes rétifs à toute représentation et d'autres *a priori* sans contrepartie pour le mineur<sup>(388)</sup>. Les actes irréguliers des parents sont sanctionnés de la même manière que ceux d'un tuteur (*infra*, n° 302).

**263. Différences entre la gestion parentale et la gestion tutélaire des biens du mineur.** L'exigence d'une autorisation du juge de paix pour les actes de l'article 410, § 1<sup>er</sup>, est le seul volet du régime de la tutelle qui soit applicable en tant que tel à la gestion parentale. La loi du 29 avril 2001 n'a pas conféré un caractère absolu au parallélisme entre les diverses formes de gestion du patrimoine du mineur et de nombreuses différences subsistent.

Ces différences seront détaillées au titre de la gestion par le tuteur. En résumé, on constate que les *mesures conservatoires* à l'ouverture de la tutelle ne s'appliquent pas au(x) parent(s) et que la gestion parentale n'est pas soumise au *contrôle* régulier du tuteur ni à une reddition de compte d'égale portée (art. 379 ; *infra*, n° 283). C'est que l'harmonie familiale doit être préservée et que les parents sont titulaires d'un droit de jouissance légale, un droit propre qu'ils n'exercent pas en représentation du mineur (art. 384 ; *infra*, n° 751-752).

En ce qui concerne les formalités habilitantes, la loi du 29 avril 2001 n'a pas exclu en matière de *donations* l'acceptation par les père et mère ou ascendants (art. 378 *jo.* art. 935 ; *infra*, n° 292), tandis que celle

(387) En ce sens, voy. not. : H. CASMAN et J.-P. MASSON, « La nouvelle législation sur la tutelle », *o.c.*, pp. 47-48, n° 38 ; S. MOSSELMANS, « Art. 378 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n° 28 ; F. SWENNEN, note sous C.A., 6 novembre 2002, n° 160/2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 982 (situation discriminatoire) ; *contra* : N. GALLUS, « La nouvelle loi sur la tutelle », *J.T.*, 2002, p. 80 ; E. VIEUJEAN, « Premier regard sur la nouvelle tutelle », *Chron. dr. j.p.*, 2000, pp. 50-53, n° 64 ; C. DE BUSSCHERE, « Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen : enkele aspecten en enkele beschouwingen », *T. Not.*, 2001, pp. 401-403, n° 94 ; F. SWENNEN et K. JANSSENS, « Het nieuwe voogdijrecht », *R.W.*, 2001-2002, p. 19, n° 95.

(388) Ex. : cautionnement, acceptation pure et simple ou tacite d'une succession, renonciation à un droit, donation, *etc.* Voy. : H. CASMAN et J.-P. MASSON, « La nouvelle législation sur la tutelle », *o.c.*, p. 34, n° 25.

du 13 février 2003 a dispensé d'autorisation judiciaire certains *actes relatifs aux procédures concernant le mineur* en l'absence de conflit d'intérêts (art. 378 *jo.* art. 410, § 1<sup>er</sup>, 7<sup>o</sup> et 10<sup>o</sup> ; *infra*, n<sup>o</sup> 293)<sup>(389)</sup>.

Cette dernière loi a par contre bridé la liberté de *gestion financière* laissée aux parents par la loi du 29 avril 2001 (art. 379, al. 2 *jo.* art. 410, § 1<sup>er</sup>, 14<sup>o</sup> ; *infra*, n<sup>os</sup> 300-301).

Elle a enfin nuancé la résolution des conflits d'intérêts (voy. ci-dessous).

**264. Conflits d'intérêts. A. Opposition d'intérêts entre le mineur et ses parents.** En cas d'opposition d'intérêts, réelle<sup>(390)</sup> ou potentielle<sup>(391)</sup>, entre le mineur et ses *deux* parents ou son *unique* parent<sup>(392)</sup>, un tuteur *ad hoc* est désigné par le juge de paix, le cas échéant d'office<sup>(393)</sup>, pour accomplir l'acte en représentation du mineur (art. 378, § 1<sup>er</sup>, al. 6, et § 2)<sup>(394)</sup>. Mandataire<sup>(395)</sup> de justice<sup>(396)</sup>, le tuteur *ad hoc* est soumis aux

(389) Représenter le mineur en justice et acquiescer à une demande ou à un jugement ; *infra*, n<sup>o</sup> 293. Pour une critique, notamment en égard au coût de certaines procédures judiciaires : S. MOSSELMANS, « Art. 378 B.W. », *o.c.*, n<sup>o</sup> 33.

(390) J.P. Seneffe, 19 février 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 863.

(391) En ce sens : J.P. Roeselare, 15 novembre 2001, *R.W.*, 2001-2002, p. 1184, note, *J.J.P.*, 2002, p. 395, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 639 (somm.) ; C. CAPITAINE, « Aspects procédurales et judiciaires du droit de la tutelle », in *Les incapacités* (Y.-H. LELEU éd.), CUP, vol. 60, Liège, 2003, p. 165 ; E. VIEUJEAN, « Premier regard sur la nouvelle tutelle », *o.c.*, pp. 14-15 ; E. VIEUJEAN, obs. sous C. ass. Liège, 23 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 161. *Contra* : Civ. Namur, 26 mars 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 638 (pas de conflit d'intérêts entre l'enfant dont la paternité est recherchée et sa mère, puisque cette dernière reconnaît la paternité) ; Civ. Furnes, 14 juin 2007, *T. Fam.*, 2011, p. 11, note (critique) G. VERSCHULDEN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 774 (somm.) ; J.P. Fontaine-L'Évêque, 22 août 2011, *J.J.P.*, 2013, p. 426 (pas d'opposition d'intérêts entre des parents divorcés qui donnent à leur enfant l'immeuble qui leur appartient en indivision) ; S. MOSSELMANS, « Art. 378 B.W. », *o.c.*, n<sup>o</sup> 22 ; G. MAHIEU et D. PIRE, « La filiation », *o.c.*, n<sup>o</sup> 181.

(392) Anvers, 12 novembre 2007, *NjW*, 2008, p. 688, note G.V. (assassinat de la mère par le père ; exercice de l'option successorale par un tuteur *ad hoc*) ; Civ. Mons, 19 juin 2013, *J.L.M.B.*, 2015, p. 809 (exercice de l'option successorale lors du décès du père, mari de la mère) ; Civ. Eupen, 28 avril 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1648 (somm.) ; J.P. Brasschaat, 18 novembre 2008, *R.A.B.G.*, 2009, p. 849, *T.J.K.*, 2009, p. 353 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 422 (somm.) ; J.P. Westerlo, 18 avril 2005, *NjW*, 2005, p. 993, note GV, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1819 ; J.P. Louvain, 22 juillet 2003, *J.J.P.*, 2004, p. 213, note ; J.P. Braine-l'Alleud, 12 mai 2003, *J.J.P.*, 2004, p. 230, note ; J.P. Braine-l'Alleud, 7 avril 2003, *J.J.P.*, 2004, p. 226, note ; J.P. Roeselare, 3 octobre 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 1313, *J.D.J.*, 2003, n<sup>o</sup> 228, p. 35 (somm.).

(393) Sur la procédure : S. MOSSELMANS, « Art. 378 B.W. », *o.c.*, n<sup>o</sup> 23.

(394) Sur le cas particuliers des *donations* (art. 935, al. 3), voy. *infra*, n<sup>o</sup> 292.

(395) Anvers, 25 juin 2003, *R.G.D.C.*, 2008, p. 65, *R.W.*, 2006-2007, p. 1538, *P. & B.*, 2005, p. 140 (fin du mandat au décès de l'enfant représenté) ; J.P. Westerlo, 15 avril 2005, *NjW*, 2005, p. 993, note G.V., *J.J.P.*, 2005, p. 527, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1819, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 300 (somm.).

(396) La jurisprudence estime que l'avocat/tuteur *ad hoc* n'a pas droit à une indemnité de procédure : Bruxelles, 15 mai 2012, *T. Fam.*, 2013, p. 106, note S. VOËT, *Juristenkrant*, 2012, p. 2, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 829 (somm.) ; Bruxelles, 9 novembre 2010, *R.W.*, 2011-2012, p. 186, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 271 (somm.) ; C. Trav. Liège, 8 novembre 1994, *Chron. D.S.*, 1995, p. 293, note ; Civ. Furnes, 16 janvier 1992, *R.G.D.C.*, 1992, p. 458 ; Civ. Liège, 13 octobre 1989, *Rev. trim. dr. fam.*, 1990, p. 277. *Contra* : Anvers, 10 novembre 2010, *R.W.*, 2012-2013, p. 349, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 334 (somm.).

exigences d'indépendance<sup>(397)</sup> et d'impartialité<sup>(398)</sup>, et à la législation relative à la tutelle<sup>(399)</sup>.

La désignation d'un tuteur *ad hoc* est concevable dans tous les domaines de la gestion patrimoniale<sup>(400)</sup>. Elle peut concerner des actes relevant de la plénitude d'administration des parents<sup>(401)</sup>, et notamment ceux de procédure dispensés d'autorisation judiciaire par la loi du 13 février 2003 (art. 378, § 2)<sup>(402)</sup>. Le non-respect de cette règle est sanctionné par une nullité de plein droit.

L'opposition d'intérêts entre le mineur et *un seul* des deux parents, à ne pas confondre avec le désaccord entre les parents, n'est pas prévue par la loi ; la désignation d'un tuteur *ad hoc* n'est pas possible ; l'autre agit seul<sup>(403)</sup>.

**265. (suite) B. Opposition d'intérêts et désaccord entre les père et mère.** En cas d'*opposition d'intérêts* entre les père et mère ou lorsque l'un d'eux fait défaut, le juge de paix peut autoriser un parent à accomplir seul l'acte pour lequel l'autorisation est demandée (art. 378, § 1<sup>er</sup>, al. 5), et plus généralement tout acte en représentation du mineur. Le « défaut » vise aussi l'inertie.

Cette disposition est critiquable dans sa généralité au regard du droit commun de l'autorité parentale, qui conserve, selon nous, sa prééminence. Que l'exercice de l'autorité parentale soit conjoint ou exclusif, la solution d'un désaccord parental relève de la compétence du tribunal

(397) Sur sa rémunération : Liège, 12 juin 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1271, *R.R.D.*, 2007, p. 23.

(398) Bruxelles, 21 juin 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1061.

(399) Notamment quant à l'inventaire et l'ordonnance initiale (art. 407 ; J.P. Westerlo, 18 avril 2005 et J.P. Westerlo, 15 avril 2005, précités).

(400) J.P. Brasschat, 18 novembre 2008, *R.A.B.G.*, 2009, p. 849, *T.J.K.*, 2009, p. 353 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 422 (somm.) (perception et gestion des revenus professionnels du mineur). Comp. : J. GERLO, note sous Civ. Anvers, 27 février 1990, *R.W.*, 1989-1990, p. 1369 et F. SWENNEN, note sous J.P. Westerlo, 9 mars 2004, *R.W.*, 2004-2005, p. 1113, qui estiment qu'elle est également possible pour les actes relevant de la direction de la personne du mineur, notamment la matière des aliments ; *contra* : J.P. Westerlo, 9 mars 2004, précité ; C. CASTELEIN, « De reparatiewet ouderlijk gezak en voogdij », in *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003* (P. SENAËVE et F. SWENNEN éd.), Anvers, Intersentia, 2003, p. 16, n° 27 ; S. MOSSELMANS, *Voogdij*, o.c., p. 410, n° 688 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 1358.

(401) J.P. Brasschaat, 18 novembre 2008, précité ; J.P. Westerlo, 15 avril 2005, précité ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 182, n° 277.

(402) Civ. Eupen, 28 avril 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1648 (somm.) ; J.P. Roeselare, 3 octobre 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 1313, *J.D.J.*, 2003, n° 228, p. 35 (somm.) ; J.P. Westerlo, 9 mars 2004, *R.W.*, 2004-2005, p. 1111, note F. SWENNEN ; J.P. Westerlo, 15 avril 2005, *J.J.P.*, 2005, p. 527, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1819, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 300 (somm.), *NjW*, 2005, p. 993, note G.V. ; S. MOSSELMANS, *Voogdij*, o.c., p. 410, n° 688 ; *contra* : N. GALLUS, « Les incapables », o.c., p. 898, n° 708 et p. 903, n° 712 qui estime qu'un tuteur *ad hoc* ne peut être désigné qu'en cas de conflit d'intérêts pour un acte relevant de l'article 410.

(403) En ce sens : P. SENAËVE, « Werking van de voogdij inzake de persoon – Wijzigingen in Boek I van het B.W. inzake huwelijk, adoptie, pleegvoogdij en ontvoogdij », in *De hervorming van het voogdijrecht* (P. SENAËVE, J. GERLO, F. LIEVENS éd.), Anvers, Intersentia, 2002, p. 90, n° 231.

de la famille (art. 376, al. 3 et 4 ; art. 387bis ; *infra*, n° 772)<sup>(404)</sup>. Cette solution s'impose d'autant plus que l'hypothèse d'un désaccord survenu après l'obtention de l'autorisation judiciaire, ou pour un acte non soumis à autorisation, n'a pas été prévue par l'article 378, § 1<sup>er</sup>, alinéa 5<sup>(405)</sup>.

### § 3. Protection du mineur sous tutelle

**266. Bibliographie.** J. BYTTEBIER, « De wettelijke hypotheek volgens de nieuwe voogdijwet », *N.F.M.*, 2002, p. 156 ; C. CAPITAINE, « Aspects procéduraux et judiciaires du droit de la tutelle », in *Les incapacités* (Y.-H. LELEU éd.), Liège, CUP, 2003, p. 137 ; C. CAPITAINE, « Quelques réflexions sur la loi du 29 avril 2001 modifiant diverses dispositions légales en matière de tutelle des mineurs », *Div. Act.*, 2001, p. 92 ; H. CASMAN, « De nieuwe voogdijwet », *N.F.M.*, 2001, p. 211 ; H. CASMAN, « Quelques aspects notariaux de la nouvelle loi sur la tutelle », in *Nouvelle tutelle et notariat*, Actes du colloque organisé par le Conseil francophone de la Fédération royale du notariat belge, 2001 ; H. CASMAN et J.-P. MASSON, « La nouvelle législation sur la tutelle », *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 7 ; C. DE BUSSCHERE, « Nieuw artikel 411 B.W. – Is ruil van goederen tussen een minderjarige en zijn voogd of toeziende voogd wettelijk mogelijk of daarentegen wettelijk absoluut verboden ? », *T. Not.*, 2002, p. 19 ; C. DE BUSSCHERE, « Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen : enkele aspecten en enkele beschouwingen », *T. Not.*, 2001, p. 350 ; N. DELFORGE et I. VOETEN, « De aan- en verkoop van een onroerend goed door een minderjarige na de nieuwe Voogdijwet », *La Basoche*, 2002/3, p. 11 ; N. GALLUS, « Aspects civils du nouveau droit de la tutelle », *Rev. dr. U.L.B.*, 2004, p. 7 ; N. GALLUS, « La nouvelle loi sur la tutelle », *J.T.*, 2002, p. 73 ; M. GRÉGOIRE, « La loi du 29 avril 2001 modifiant les dispositions légales en matière d'autorité parentale et de tutelle », *Rev. not. belge*, 2002, p. 130 ; F. HERINCKX, « À partir de quel moment peut-on être certain d'être acquéreur d'un immeuble appartenant en tout ou en partie à un incapable mineur ou assimilé ou dépendant d'une masse faillie dont la vente de gré à gré a été autorisée par le tribunal ? », in *Le notaire, le juge et l'avocat. Heurs et malheurs du notaire commis* (J. van COMPERNOLLE et J.-L. LEDOUX éd.), Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 165 ; S. MAERTENS et G. BENOÎT (éd.), *Actualités en matière d'autorité parentale, de tutelle et d'administration provisoire*, Bruges, die Keure, 2004 ; T. MOREAU et J. SOSSON, « La loi du 13 février 2003 modifiant certaines dispositions du Code civil et du Code judiciaire en ce qui concerne la protection des biens des mineurs », *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 693 ; S. MOSSELMANS, *Voogdij*, in *A.P.R.*, Malines, Kluwer, 2004 ; S. MOSSELMANS, *Het machtigingsvereiste in de zin van art. 410 B.W.*, Gand, Larcier, 2003 ; S. MOSSELMANS, « Art. 378 et s. B.W. », in *Comm. Pers.*, Malines, Kluwer, feuillets mobiles ; D. PATART, « L'incidence de la réforme de la tutelle sur l'inventaire des biens des mineurs », *Rec. gén. enr. not.*, 2002, n° 25293, p. 461 ; K. ROTTHIER, « De rol van de vrederechter in de voogdij en het voorlopig bewind : pleidooi voor een gepersonaliseerde benadering », *J.J.P.*, 2009, p. 418 ; P. SENAEVE, J. GERLO et F. LIEVENS (éd.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Anvers, Intersentia, 2002, p. 253 ; F. SWENNEN et K. JANSSENS, « Het nieuwe voogdijrecht », *R.W.*, 2001-2002, p. 1 ; S. THIELEN, « Administration légale et tutelle : actes

(404) Voy. : S. MOSSELMANS, « Art. 378 B.W. », *o.c.*, n° 21.

(405) *Contra*, à tort selon nous : C. CAPITAINE, « Aspects procéduraux et judiciaires du droit de la tutelle », *o.c.*, p. 166 ; N. GALLUS, « La nouvelle loi sur la tutelle », *o.c.*, p. 80.

soumis à autorisation », in *Tutelle et administration légale. Questions d'application des lois du 29 avril 2001 et du 13 février 2003* (J. SOSSON dir.), Bruxelles, Larcier, 2005, p. 115 ; B. VAN KEIRSBILCK, « Voogdij over de 'niet begeleide minderjarige vreemdelingen' », *T.J.K.*, 2002, p. 62 ; A. VANDEWIELE, « Aanwijzen van een testamentaire voogd », *T. Not.*, 2008, p. 123 ; M. VERRYCKEN, « De nieuwe voogdij : een eerste verkenning », *T.P.R.*, 2001, p. 1423 ; J. VERSTRAETE, « Schenkingen aan minderjarigen », *La Basoche*, 2002/4, p. 46 ; E. VIEUJEAN, « Premier regard sur la nouvelle tutelle », *Chron. dr. j.p.*, Liège, 2000.

**267. Généralités.** Au sens commun du terme, la tutelle est le statut de protection de la personne et des biens des mineurs sans parents ou orphelins. Au sens technique, elle désigne les organes chargés d'assurer cette protection et, en particulier, la mission du tuteur.

On a déjà pu souligner que la tutelle a été modernisée par les lois des 29 avril 2001 et 13 février 2003. Elle était en léthargie, de moins en moins praticable sous le poids d'une jurisprudence imprévisible, toujours plus critiquée en raison des changements intervenus dans les configurations familiales, dans la composition des patrimoines et dans la perception des droits fondamentaux des mineurs. Ces réformes ont permis au législateur d'harmoniser le régime de protection des incapables en s'inspirant des mécanismes de contrôle et d'habilitation judiciaire de l'ancienne administration provisoire (L. du 18 juillet 1991). On rappellera que la tutelle régit également, dans une moindre mesure, l'émancipation.

La réforme de 2001 a innové en renonçant à ouvrir la tutelle dès le décès du premier des deux parents, et surtout en soumettant ceux-ci à un contrôle analogue à celui du tuteur, un contrôle devenu exclusivement judiciaire. Bref, l'accent s'est déplacé d'une gestion patrimoniale déferée à la famille élargie et déconnectée des réalités socio-économiques vers une protection personnalisée d'un mineur plus vulnérable que les autres, et dont la principale richesse sera souvent sa formation.

## I. Ouverture de la tutelle

**268. Mineurs.** L'article 389 du Code civil distingue trois cas d'ouverture<sup>(406)</sup> de la tutelle, caractérisés par l'absence de titulaire de l'autorité parentale en état de l'exercer :

1. *Les deux parents sont décédés.* En rupture avec le droit antérieur, le décès d'un seul parent n'ouvre plus une tutelle limitée aux biens. Actuellement, le parent survivant exerce seul toutes les prérogatives de l'autorité parentale, mais sous un contrôle judiciaire renforcé

(406) Nous conservons la terminologie traditionnelle. Certains auteurs réservent « ouverture » (*openvallen*) aux cas de « vacance » de la tutelle (ex. : F. SWENNEN et K. JANSSENS, « Het nieuwe voogdijrecht », *o.c.*, p. 1, n° 3).

sur le plan patrimonial, le même qu'à l'époque où les deux parents étaient en vie<sup>(407)</sup>.

L'exercice de l'autorité parentale par le parent survivant apparaît problématique lorsque les parents étaient divorcés ou séparés et que l'autorité parentale du parent décédé était partagée de fait avec un nouveau partenaire : ce « parent éducatif » n'a *de lege lata* aucun droit d'autorité parentale<sup>(408)</sup>.

À cette première hypothèse, il faut ajouter celle du *décès du seul parent* à l'égard duquel la filiation est établie<sup>(409)</sup> et celle de la *révocation de l'adoption simple* à l'égard des deux parents ou du seul parent adoptif<sup>(410)</sup>. L'officier de l'état civil chargé d'établir l'acte de décès du parent survivant ou du seul parent<sup>(411)</sup> avertit le juge de paix du domicile, ou à défaut de la résidence, du mineur (art. 50, § 2, *jo.* art. 390).

2. *Les deux parents sont légalement inconnus.* Hypothèse exceptionnelle, un enfant sans filiation<sup>(412)</sup> ou dont la (double) filiation est contestée est placé sous tutelle. L'officier de l'état civil qui constate l'absence de filiation<sup>(413)</sup> avertit le juge de paix du domicile, ou à défaut de la résidence, du mineur (art. 50, § 1<sup>er</sup>, *jo.* art. 390).
3. *Les deux parents sont dans l'impossibilité durable d'exercer l'autorité parentale ou incapables d'exprimer leur volonté.* Aux termes des articles 375 et 389 combinés du Code civil, s'il ne reste ni père ni mère en état d'exercer l'autorité parentale ou capable d'exprimer une volonté, une tutelle est ouverte. L'impossibilité d'exercer

(407) Sur les mesures de contrôle judiciaire de l'autorité parentale relative à la *personne* du mineur : *infra*, n<sup>os</sup> 768 et s.

(408) Pour une analyse détaillée de ces problèmes (perte de contact avec le conjoint ou partenaire du parent prédécédé, reprise de contacts avec le parent survivant ayant pu être privé de l'exercice de certaines prérogatives de l'autorité parentale dans l'intérêt de l'enfant, *etc.*) : S. MOSSELMANS, « Art. 389 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n<sup>o</sup> 10 ; *infra*, n<sup>os</sup> 746 et 753.

(409) Une contestation de filiation, paternelle par exemple, n'ouvre pas la tutelle si l'enfant conserve une filiation.

(410) Sauf si l'enfant a été replacé sous l'autorité parentale de ses parents d'origine (*infra*, n<sup>o</sup> 716).

(411) Ainsi que du tuteur (*infra*, n<sup>o</sup> 282).

(412) Pour avoir été trouvé ou né dans le cadre d'un accouchement anonyme à l'étranger valable selon la loi locale (voy. : Cass., 29 janvier 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 121).

(413) Ou la contestation de la dernière filiation encore établie.

l'autorité parentale doit être durable, mais peut résulter de causes physiques<sup>(414)</sup>, psychiques<sup>(415)</sup> ou juridiques<sup>(416)</sup>.

Sauf décision d'incapacité prise sur la base de l'article 492/1 (*supra*, n° 182-1)<sup>(417)</sup>, elle est constatée par le tribunal de la famille (art. 375<sup>(418)</sup>, 389, al. 2, réd. L. des 17 mars 2013 et 12 mai 2014, *jo. art. 1236bis* C. jud.)<sup>(419)</sup>. La mesure peut s'accompagner d'une privation du droit de jouissance légale (art. 1236*bis*, § 3, C. jud.). La mainlevée d'un constat judiciaire d'impossibilité ou de l'incapacité ouvrant la tutelle peut donner lieu au rétablissement de l'autorité parentale (art. 1236*bis*, § 5, C. jud. ; *infra*, n° 282).

**269. Majeurs.** Alors qu'auparavant le régime de la tutelle pouvait s'appliquer à des majeurs incapables (anc. art. 487*quater* ou 509), la loi distingue désormais nettement le régime de protection d'un mineur et celui d'un majeur. Aucune disposition relative à la tutelle ne s'applique aux majeurs, même si des mécanismes similaires sont prévus. Il s'agissait, lors de la réforme des incapacités des majeurs, de ne pas laisser croire à une possible assimilation des majeurs sous protection à des enfants mineurs.

(414) Ex. : éloignement géographique : Bruxelles, 13 novembre 2008, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 9, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 506 ; Civ. Nivelles, 27 juin 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 401 ; *contra* : Bruxelles, 8 mars 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 678, *T. Fam.*, 2007, p. 89, note T. WUYTS. Emprisonnement durable : Civ. Nivelles, 19 décembre 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 407. Sans domicile fixe : Liège, 15 juillet 2008, *J.D.J.*, 2010, p. 41 (somm.). Non-joignable (et problèmes financiers, sociaux et médicaux) : Civ. Liège, 22 février 2010, *J.D.J.*, 2010, p. 41 (somm.). Longue peine de prison pour meurtre de la mère : Civ. Nivelles, 19 décembre 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 407.

(415) Ex. : aliénation mentale sans statut de protection (coma, maladie mentale, traitement médical en application de la loi du 21 juin 1990) ou accompagnée d'un statut de protection exclusivement patrimonial. Administration provisoire : Civ. Liège, 8 janvier 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 860 ; Civ. Liège, 27 mai 2008, *J.D.J.*, 2010, p. 41 (somm.) ; Civ. Nivelles, 24 octobre 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 405 ; J.P. Herstal, 4 avril 2003, *J.J.P.*, 2004, p. 539. Dépression et addiction à l'alcool : Civ. Liège, 12 février 2009, *J.D.J.*, 2010, p. 43 (somm.). Résidence à l'étranger et désintérêt pour les enfants : Bruxelles, 13 novembre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 506, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 91.

(416) On ajoutera l'absence présumée ou déclarée (art. 389, al. 2), le *statut de réfugié* dans le chef du mineur (Civ. Eupen, 28 avril 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1648 (somm.)). La *déchéance de l'autorité parentale* n'ouvre pas la tutelle mais une *protutelle*, placée sous le régime de la tutelle (art. 34 L. du 8 avril 1965 ; J.P. Louvain, 18 avril 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 245 (somm.), *J.J.P.*, 2007, p. 277).

(417) Sous l'ancien droit : F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, o.c., p. 188, n° 231 et pp. 206-208, n° 250. Le greffe du tribunal de première instance qui décrète ou aménage le statut ou la mesure de protection informe le juge de paix compétent (anc. art. 487*quater* et 509, al. 2).

(418) Cette disposition mentionne toujours, par erreur, que c'est le tribunal de première instance qui constate l'impossibilité, tout en renvoyant à l'article 1236*bis* du Code judiciaire qui mentionne le tribunal de la famille.

(419) Sur la procédure, voy. : H. CASMAN et J.-P. MASSON, « La nouvelle législation sur la tutelle », o.c., pp. 10-12, n° 3 ; S. MOSSELMANS, « Art. 389 B.W. », o.c., nos 19-24. Initialement (L. du 29 avril 2001), le Parquet avait le monopole de l'intentement de l'action ; pour accélérer la procédure, la loi du 13 février 2003 a permis à l'administrateur (provisoire) du parent (survivant) d'introduire l'action (art. 1236*bis*, § 1<sup>er</sup>, al. 2, C. jud. ; voy. : C. CAPITAINÉ, « Aspects procéduraux et judiciaires du droit de la tutelle », o.c., pp. 141 et s.). Application : J.P. Herstal, 4 avril 2003, *J.J.P.*, 2004, p. 239 (administrateur provisoire du parent du mineur prolongé autorisé à agir en justice pour faire constater son impossibilité d'exercer l'autorité parentale au sens de l'article 389, alinéa 2).

## 2. Organes

### 1° Tuteur et subrogé tuteur

**270. Tuteur : choix et désignation.** L'ancienne prédestination légale aux fonctions de tuteur et de subrogé tuteur, basée sur une subtile hiérarchie familiale équilibrée entre les branches maternelle et paternelle, a disparu pour une meilleure protection de la personne du mineur. La tutelle des mineurs n'est plus que déclarative ou dative<sup>(420)</sup>.

Le droit de désigner un tuteur appartient en principe au *parent qui exerce en dernier lieu l'autorité parentale*, c'est-à-dire le parent survivant ou l'unique parent (art. 392, al. 1<sup>er</sup>). Celui-ci exprime son choix soit par testament<sup>(421)</sup>, soit par déclaration devant le juge de paix de son domicile ou devant notaire<sup>(422)</sup>. Ces actes sont révocables et modifiables.

Les *deux parents en vie* et titulaires de l'autorité parentale peuvent également désigner (conjointement) un tuteur par déclaration devant le juge de paix ou devant notaire (art. 392, al. 2)<sup>(423)</sup>. La déclaration conserve sa validité après le décès de l'un d'eux. Elle est modifiable de commun accord ou révocable par l'un des parents (art. 392, al. 3-4)<sup>(424)</sup>.

Si un testament apparaît après la désignation d'un tuteur et contient une déclaration relative à la personne du tuteur, différente, le juge de paix statue après avoir convoqué les deux tuteurs potentiels (art. 1234 C. jud.)

L'expression du choix parental peut s'accompagner de déclarations ou de directives concernant les principes d'éducation de l'enfant auxquels les parents adhér(ai)ent, et enjoindre au tuteur désigné de s'y conformer (art. 405, § 1<sup>er</sup> *jo.* art. 374, § 1, al. 2)<sup>(425)</sup>.

Ce choix n'est cependant qu'une « préférence » qui devra recevoir, à l'ouverture de la tutelle, l'acceptation du tuteur (art. 396, al. 1<sup>er</sup>) et l'homologation du juge de paix. Le juge peut refuser de l'entériner pour des motifs graves liés à l'intérêt de l'enfant (art. 392, al. 5)<sup>(426)</sup>.

(420) La tutelle des *interdits* était, avant sa suppression par la loi du 17 mars 2013, toujours dative.

(421) A. VANDEWIELE, « Aanwijzen van een testamentaire voogd », *T. Not.*, 2008, p. 123.

(422) Sur la forme de l'acte, à distinguer d'un testament au sens strict : C. DE BUSSCHERE, « De testamentaire voogdij », *R. W.*, 1992-1993, p. 278 ; C. DE BUSSCHERE, « Art. 392 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n° 16bis.

(423) À l'exclusion d'un testament, qui serait conjonctif et prohibé (art. 968).

(424) Sur les formes et modes de communication d'une modification ou d'une révocation : C. DE BUSSCHERE, « Art. 392 B.W. », *o.c.*, p. 45, n° 43. La déclaration commune révoquée par l'un conserve sa portée pour l'autre qui n'a pas révoqué, s'il a exercé en dernier l'autorité parentale (F. SWENNEN, *Het personen- en familerecht*, 4<sup>e</sup> ed., *o.c.*, p. 186, n° 284).

(425) Ce qu'il était de toute façon tenu de faire dans la mesure du possible et dans le respect de l'intérêt de l'enfant (*infra*, n° 284).

(426) J.P. Nivelles, 10 juin 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 975, *J.J.P.*, 2005, p. 467. Les recours de droit commun sont ouverts contre cette décision (E. VIEUJEAN, « Premier regard sur la nouvelle tutelle », *o.c.*, p. 11, n° 10).

Ces motifs concernent la personnalité du tuteur pressenti et ses rapports antérieurs avec l'enfant. La tutelle testamentaire ne s'ouvre donc plus immédiatement comme auparavant, de sorte que des mesures urgentes peuvent s'avérer nécessaires dans l'immédiat après-décès (art. 391 ; *infra*, n° 279).

En l'absence de choix parental, en cas de refus d'homologation de leur choix ou si le tuteur choisi n'accepte pas sa mission (art. 396, al. 1<sup>er</sup>), la tutelle est dative : le *juge de paix* choisit un tuteur « apte à éduquer le mineur et à gérer ses biens, de préférence parmi les membres de la famille les plus proches » (art. 393)<sup>(427)</sup>. Il s'assure d'abord de son consentement.

Enfin, si la configuration familiale ou les circonstances aboutissent à l'absence de tuteur, la tutelle du Centre public d'action sociale prend le relais (art. 396, al. 3 *jo.* art. 63-68 L. du 8 juillet 1976) et les tuteur et subrogé tuteur sont désignés parmi les membres du conseil de l'action sociale<sup>(428)</sup>.

La *procédure* d'homologation du choix parental ou de nomination du tuteur impose l'audition des protagonistes directs (grands-parents, frères et sœurs majeurs, oncles et tantes – art. 394, al. 2)<sup>(429)</sup>, du mineur âgé de plus de 12 ans (art. 394, al. 1<sup>er</sup>)<sup>(430)</sup> et d'autres personnes dont le juge de paix estime l'avis utile, y compris, selon nous, le mineur âgé de moins de 12 ans (art. 394, al. 3).

**271. (suite) Empêchements : incapacité et exclusion.** Certaines personnes ne peuvent endosser ou poursuivre la mission de tuteur. On distingue traditionnellement l'*incapacité* à exercer la fonction (incapacité d'exercice constatée ou mesure protectionnelle prise en application des art. 29 à 32 de la loi du 8 avril 1965 – art. 397)<sup>(431)</sup> de l'*exclusion* de la tutelle (inconduite notoire, inaptitude ou infidélité de gestion, existence d'un procès contre le mineur<sup>(432)</sup> – art. 398)<sup>(433)</sup>.

(427) La première condition prime la seconde.

(428) J.P. Tournai, 28 février 2002, *J.L.M.B.*, 2004, p. 221 (somm.). Voy. : S. MOSSELMANS, « Art. 396 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n°s 4-6 ; P. SENAËVE et D. SIMOENS, *O.C.M.W.-dienstverlening en bestaansminimum*, Bruges, die Keure, 1995, pp. 226 et s., n°s 520 et s.

(429) Ces personnes sont considérées comme parties intervenantes (art. 1233, § 1<sup>er</sup>, 3<sup>e</sup>, C. jud.) ; elles pourront interjeter appel de la décision (art. 1030 et 1031 C. jud.).

(430) Sur la conciliation de cette disposition avec l'article 931 C. jud. : E. VIEUJEAN, « Premier regard sur la nouvelle tutelle », *o.c.*, p. 9, n° 9.

(431) Pour un examen détaillé : H. CASMAN et J.-P. MASSON, « La nouvelle législation sur la tutelle », *o.c.*, p. 18, n° 10 ; S. MOSSELMANS, « Art. 397 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, feuil. mob.

(432) Ou d'un procès du partenaire du tuteur contre le mineur : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 189, n° 289.

(433) Pour un examen détaillé : H. CASMAN et J.-P. MASSON, « La nouvelle législation sur la tutelle », *o.c.* ; S. MOSSELMANS, « Art. 398 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, feuil. mob. Applications : Cass., 25 septembre 1989, *R.W.*, 1990-1991, p. 50, note W. PINTENS (infidélité) ; Civ. Liège, 29 novembre 1993, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 183 (inconduite notoire) ; J.P. Saint-Vith, 31 janvier 2002 et 6 mars 2002, *J.J.P.*, 2002, p. 405 (infidélité).

Ces empêchements se ressemblent, mais la distinction proposée est pertinente en ce qui concerne le pouvoir d'appréciation du juge de paix : les causes d'incapacité opèrent de plein droit, même en cours de tutelle ; les causes d'exclusion sont mises en œuvre par une action en destitution (*infra*, n° 282).

**272. (suite) Nomination de plusieurs tuteurs.** Une pluralité de tuteurs est concevable en présence d'une fratrie orpheline, pour autant que cela s'impose dans l'intérêt des enfants<sup>(434)</sup>.

Surtout le juge de paix peut scinder la tutelle et nommer un tuteur à la personne et un autre aux biens (art. 395, § 1<sup>er</sup>)<sup>(435)</sup>. Cette mesure est prise dans l'intérêt du mineur en raison de « circonstances exceptionnelles » telles que des difficultés rencontrées dans l'éducation de l'enfant, un handicap, l'ampleur, la spécificité ou la localisation des biens à gérer<sup>(436)</sup>. À l'ouverture de la tutelle, seul le juge de paix est habilité à scinder les missions, et non les parents dans leur déclaration. Il prêtera cependant attention à leur manifestation de volonté (motivée) en ce sens<sup>(437)</sup>. En cours de tutelle, la même scission peut se justifier, par exemple pour éviter la destitution d'un tuteur partiellement dépassé par l'ampleur de sa tâche<sup>(438)</sup>.

La délimitation de leurs pouvoirs respectifs n'est pas toujours aisée<sup>(439)</sup>, faute de disposition précise à cet égard, au contraire de ce qui prévaut pour le statut de protection judiciaire (art. 494, b) et c)).

Les deux tuteurs sont indépendants dans leur sphère de compétences, mais doivent se concerter dans l'intérêt de l'enfant. Tout différend est tranché par le juge de paix<sup>(440)</sup> (art. 395, § 1<sup>er</sup>, al. 2). Les décisions – très nombreuses – impliquant à la fois la personne et les biens du mineur

(434) En ce sens : H. CASMAN et J.-P. MASSON, « La nouvelle législation sur la tutelle », *o.c.*, p. 18, n° 9. Rappr. : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n° 1266.

(435) Liège, 13 janvier 2004, *J.T.*, 2004, p. 452, *R.R.D.*, 2004, p. 9 (la mère conserve la tutelle à la personne sur son enfant mineur prolongé) ; J.P. Zomergem, 5 février 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 941 (somm.), *J.J.P.*, 2009, p. 139, note F. REUSENS (tutelle spéciale d'un mineur prolongé). *A contrario* on en déduit, à juste titre selon nous, qu'une dualité de tuteurs avec plénitude de compétence n'est pas possible (C. DE BUSSCHERE, « Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen : enkele aspecten en enkele beschouwingen », *o.c.*, p. 383, n° 60 ; comp. : H. CASMAN et J.-P. MASSON, « La nouvelle législation sur la tutelle », *o.c.*, p. 19, n° 9 ; *contra* : S. MOSSELMANS, « Art. 395 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n° 7). Par contre, suivant la *ratio legis* de l'article 395, al. 1<sup>er</sup>, en cas de scission justifiée dans l'intérêt du mineur, plusieurs tuteurs patrimoniaux peuvent être désignés (comp. : art. 496/4).

(436) J.P. Barvaux, 30 janvier 2002, *J.J.P.*, 2002, p. 391 (saisies imminentes).

(437) E. VIEUJEAN, « Premier regard sur la nouvelle tutelle », *o.c.*, p. 12, n° 11.

(438) J.P. Saint-Vith, 31 janvier 2002 et 6 mars 2002, *J.J.P.*, 2002, p. 405 (mauvaise gestion patrimoniale du tuteur du mineur prolongé ; maintien en fonction avec mission limitée quant à la personne).

(439) Cour. trav. Mons, 7 novembre 2012, *Chron. D.S.*, 2014, p. 96.

(440) J.P. Zomergem, 14 avril 2008, *J.J.P.*, 2011, p. 65, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 267 (somm.) (remplacement du seul tuteur aux biens vu le lien d'affection entre le mineur et le tuteur à la personne).

se prennent de commun accord (art. 395, § 2, al. 1<sup>er</sup>), ce qui peut compliquer la gestion. Sur le modèle de l'autorité parentale conjointe, la loi présume qu'à l'égard des tiers de bonne foi, chaque tuteur agit avec l'accord de l'autre (art. 395, § 2, al. 2)<sup>(441)</sup>.

**273. Subrogé tuteur. Tuteur et subrogé tuteur *ad hoc*.** Dans tous les cas, le juge de paix nomme un<sup>(442)</sup> subrogé tuteur, de préférence dans la ligne familiale dont n'est pas issu le tuteur, et après s'être assuré de l'absence d'incapacité et de son acceptation (art. 402).

La mission principale du subrogé tuteur est la *surveillance* du tuteur et l'*information* du juge de paix sur d'éventuelles fautes ou négligences de sa part (art. 403, al. 1<sup>er</sup>)<sup>(443)</sup>. Elle suppose une collaboration efficace entre ces organes (art. 403, al. 2) et l'accès du subrogé tuteur aux documents de la tutelle (art. 420). Le cas échéant, le subrogé tuteur peut solliciter un droit aux relations personnelles avec le mineur (art. 375*bis*)<sup>(444)</sup>. Il peut et doit requérir la destitution du tuteur s'il estime qu'elle se justifie (*infra*, n° 282).

La *collaboration* ponctuelle est requise pour parfaire la validité de certains actes juridiques<sup>(445)</sup> ou décisions judiciaires<sup>(446)</sup> importants.

En cas d'*opposition d'intérêts* entre le tuteur et son pupille, si par exemple le premier souhaite louer des biens du second, le subrogé tuteur *représente* le mineur au lieu du tuteur (art. 404)<sup>(447)</sup>. S'il a lui-même des intérêts opposés au mineur, le juge de paix désigne un tuteur *ad hoc* et un subrogé tuteur *ad hoc*<sup>(448)</sup>.

Le subrogé tuteur ne remplace pas de plein droit le tuteur si la tutelle devient *vacante*, par exemple à la suite du décès du tuteur. Il lui appartient de provoquer la nomination d'un nouveau tuteur (art. 404, al. 2).

(441) Sur les différences entre les deux régimes : E. VIEUJEAN, « Premier regard sur la nouvelle tutelle », *o.c.*, p. 15, note 60. Sur les difficultés d'application de la présomption : H. CASMAN et J.-P. MASSON, « La nouvelle législation sur la tutelle », *o.c.*, p. 18, n° 9.

(442) Ou deux, avec scission de compétences (art. 402, al. 3 *jo.* art. 395, § 1<sup>er</sup>).

(443) Mons, 27 juin 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 89 (responsabilité pour n'avoir pas relevé le défaut d'inventaire par le tuteur).

(444) Rapp. : Civ. Courtrai (jeun.), 22 décembre 1992, *R. W.*, 1992-1993, p. 1141.

(445) Inventaire d'ouverture de tutelle (art. 406, § 2, al. 2) ; aliénations (art. 1186, 1187, 1193*bis* et 1206 C. jud.) ; inscription hypothécaire sur les immeubles du tuteur (art. 52, al. 3, L. hyp.) ; quittance de capitaux échus (art. 409, § 2).

(446) Ex. : ordonnance d'ouverture de tutelle (art. 407) ; ordonnance relative à l'emploi des économies (art. 409, § 2, al. 4) ; émancipation (art. 478) ; *etc.*

(447) Civ. Bruges, 27 octobre 1981, *T. Not.*, 1982, p. 73 (nomination d'un subrogé tuteur *ad hoc*).

(448) Civ. Arlon, 25 avril 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1208, *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 125 ; Civ. Bruxelles, 3 mai 1971, *R. W.*, 1972-1973, col. 1960.

**274. Caractères des charges.** La législation maintient les caractéristiques traditionnelles des charges de tutelle et de subrogé tutelle, mais en assouplit la rigueur, par souci de protection de l'enfant.

- Les charges ne sont *pas obligatoires*. Nul n'est tenu d'accepter ni de conserver<sup>(449)</sup> ces fonctions (art. 396, al. 1-2) ; le centre public d'action sociale intervient en dernier recours (art. 396, al. 3 ; *supra*, n° 270).
- Les charges sont en principe *gratuites* mais, comme pour l'administration, l'on s'en remet à la sagesse du juge de paix pour accorder une rémunération au tuteur<sup>(450)</sup> ou au subrogé tuteur<sup>(451)</sup>. On n'a par ailleurs jamais contesté le droit du tuteur au remboursement de ses frais<sup>(452)</sup> ; ceux de reddition de comptes s'imputent sur les revenus ou le patrimoine du mineur (art. 415). Le tuteur peut solliciter l'assistance d'auxiliaires rémunérés, sur autorisation du juge de paix (art. 405, § 1<sup>er</sup>, al. 4).
- Les charges sont *personnelles* et ne passent pas aux héritiers (art. 400). Les inconvénients de la vacance de tutelle au décès du tuteur peuvent être palliés par des mesures urgentes (art. 391). On déduit des articles 400 et 405 combinés que le tuteur ne peut être autorisé par le juge de paix à déléguer ses compétences à des tiers (ex. : mandataire) que partiellement et sous sa responsabilité<sup>(453)</sup>.

## 2° Juge de paix et ministère public

**275. Juge de paix : compétence territoriale.** Comme dans la protection des majeurs, le juge de paix est l'organe principal du contrôle de la tutelle, mais aussi de l'autorité parentale. Il comble la disparition du conseil de famille et devient le juge « naturel » des incapacités, principe confirmé avec l'arrivée du tribunal de la famille et la réforme du régime d'incapacité des majeurs.

(449) Le tuteur ne pourra toutefois en être déchargé que s'il invoque des motifs légitimes (art. 396, al. 2).

(450) Rapport J. HERZET et S. VERHERSTRAETEN, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1999-2000, séance du 30 juin 2000, n° 576/9, p. 8.

(451) F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 190, n° 293.

(452) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., pp. 1169-1171, n° 1243.

(453) Mais aussi bien dans la gestion personnelle que patrimoniale (comp. : art. 405, § 1<sup>er</sup>, al. 4 ; dans le même sens : S. MOSSELMANS, « Art. 405 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n° 20 ; comp. : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 190, n° 293 – pas d'autorisation requise pour un mandat spécial). Si l'acte requiert la collaboration du subrogé tuteur, le mandataire spécial ne peut cumuler les deux offices (H. CASMAN et J.-P. MASSON, « La nouvelle législation sur la tutelle », o.c., pp. 26-27, n° 18). La nécessité d'obtenir une autorisation judiciaire est, à juste titre, critiquée lorsque la délégation n'emporte aucun frais à charge du mineur, le tuteur demeurant responsable de ses délégataires (H. CASMAN et J.-P. MASSON, « La nouvelle législation sur la tutelle », o.c., p. 27, n° 18).

Le juge de paix territorialement compétent en matière de *tutelle* est celui du domicile (judiciaire) du mineur ou, à défaut, celui de sa résidence (art. 390, al. 1<sup>er</sup>)<sup>(454)</sup>. Réparant une omission, la loi du 13 février 2003 instaure en matière d'*autorité parentale* une compétence successive des juges de paix du domicile ou de la résidence du mineur, du dernier domicile commun des père et mère ou du titulaire exclusif de l'autorité parentale, et enfin de la dernière résidence commune des père et mère ou du titulaire exclusif de l'autorité parentale (art. 378, § 1<sup>er</sup>, al. 2)<sup>(455)</sup>.

Ce for est immuable sauf si, en cas de changement du domicile ou de la résidence du mineur, le juge ordonne le transfert de la tutelle ou du dossier d'autorité parentale au juge de paix du nouveau domicile ou de la nouvelle résidence<sup>(456)</sup> (art. 378, § 1<sup>er</sup>, al. 3, et 390, al. 3).

**276. Ministère public : missions.** Avec le juge de paix, le ministère public contrôle l'exercice de la tutelle. Sa présence renforce l'efficacité du contrôle judiciaire et pallie l'inertie éventuelle des organes familiaux, en nombre réduit depuis la suppression du conseil de famille. Toutes les ordonnances du juge de paix, en particulier les autorisations spéciales, lui sont notifiées dès le prononcé (art. 1233, § 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup>, C. jud.), notamment pour qu'il exerce les voies de recours.

Le ministère public dispose d'un *pouvoir d'initiative* dans certains domaines. Il peut demander la destitution du tuteur (art. 399) ou la modification des dispositions prises à l'ouverture de la tutelle (art. 407, § 2). Il saisit le juge de paix pour faire trancher les différends qui opposent tuteur et pupille (art. 405, § 2, al. 2). Ce dernier peut s'adresser à lui de manière informelle dès 12 ans pour les affaires relatives à sa personne ou dès 15 ans pour les affaires relatives à ses biens (405, § 2, al. 1<sup>er</sup>)<sup>(457)</sup>. Le procureur du Roi peut aussi inviter le juge de paix à s'enquérir des conditions de vie du mineur ou, à la demande de celui-ci, solliciter des renseignements à ce sujet via le service social compétent (art. 412).

(454) Ou à défaut le lieu de naissance de l'enfant (H. CASMAN et J.-P. MASSON, « La nouvelle législation sur la tutelle », *o.c.*, p. 13, n° 4).

(455) Si le mineur n'a ni domicile ni résidence en Belgique, le consul du pays où sont décédés les parents diligente l'ouverture d'une *tutelle* devant le juge de paix du premier canton de Bruxelles (art. 390, al. 1<sup>er</sup> *jo.* art. 13 L. du 31 décembre 1851). Ce juge exerce le contrôle de l'exercice de l'*autorité parentale* sur les mineurs n'ayant, pas plus que leurs parents, domicile ou résidence en Belgique (S. MOSSELMANS, « Art. 378 B.W. », *o.c.*, n° 10 *in fine*).

(456) Application : J.P. Zomergem, 13 juin 2012, *R.W.*, 2012-2013, p. 994, *J.D.J.*, 2013, p. 45 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 823 (somm.) (mineur prolongé en cause).

(457) Sur l'accès direct du mineur au juge de paix, toléré dans la pratique : M. GRÉGOIRE, « La loi du 29 avril 2001 modifiant les dispositions légales en matière de tutelle », *Rev. not. belge*, 2002, p. 156, n° 31.

### 3. Organisation

#### 1° Formalités d'ouverture de la tutelle

**277. Inventaire.** L'article 406 oblige le tuteur à dresser rapidement l'état du patrimoine du mineur. L'inventaire des meubles, assorti de l'estimation des immeubles, est un document clé de la tutelle, puisqu'il permet au juge de paix, d'une part, de déterminer les budgets de fonctionnement de la tutelle et les garanties à fournir par le tuteur (voy. ci-dessous) et, d'autre part, d'évaluer les rapports annuels de gestion (*infra*, n° 281) et la reddition finale des comptes (*infra*, n° 283). Ce document est versé au dossier de tutelle.

Le délai d'un mois est bref mais moins rigoureusement sanctionné qu'auparavant<sup>(458)</sup>.

L'inventaire est notarié et conforme au prescrit du Code judiciaire (art. 1175-1184 C. jud.), sauf si le juge autorise la forme sous seing privé et, dans ce cas<sup>(459)</sup>, détermine son degré de précision (art. 406, § 1<sup>er</sup>, al. 2). La forme notariée est, selon nous, requise si, comme c'est le plus souvent le cas, la tutelle s'ouvre en même temps qu'une succession échue au mineur, qu'il ne peut accepter que sous bénéfice d'inventaire (art. 410, § 1<sup>er</sup>, 5<sup>o</sup> jo. art. 794)<sup>(460)</sup>.

L'inventaire est dressé en présence du tuteur, du subrogé tuteur (art. 406, § 2, al. 2 ; art. 1181, al. 1<sup>er</sup>, C. jud.) et, à notre avis, du mineur âgé de plus de 15 ans<sup>(461)</sup>. Le tuteur doit prêter serment (art. 1183, 11<sup>o</sup>) et déclarer dans l'inventaire les créances qu'il possède contre le mineur, à peine de déchéance (art. 406, § 2, al. 4 ; art. 1181, al. 2 C. jud.).

**278. Ordonnance initiale : budgets, relations bancaires, garanties, commerce.** Dans le mois qui suit le dépôt de l'inventaire au dossier, le juge de paix prononce est une ordonnance qui trace le cadre de la gestion, sous

(458) Le juge de paix peut le proroger jusqu'à 6 mois (art. 406, § 1<sup>er</sup>, al. 3) et, en cas de dépassement, désigner un notaire qui y procédera dans les formes légales aux frais du tuteur (art. 406, § 1<sup>er</sup>, al. 4 et 5). La sanction traditionnelle de la responsabilité solidaire du tuteur et du subrogé tuteur en cas d'absence d'inventaire n'a pas été retenue.

(459) Principalement par souci d'éviter d'inutiles frais, le juge de paix peut prescrire une estimation globale des *meubles*, à notre avis même dans un inventaire notarié (art. 406, § 2, al. 1<sup>er</sup> ; dans le même sens : S. MOSSELMANS, « Art. 406 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n° 10 ; T. WUYTS, *Vermogensbeheer door ouder(s), voogd en voorlopig bewindvoerder*, o.c., p. 24, n° 38 ; *contra* : C. DE WULF, « Erfenissen, schenkingen en testamenten, verzegeling, boedelbeschrijving en verdelingen », in *De hervorming van het voogdijrecht* (P. SENAËVE, J. GERLO et F. LIEVENS édés), Anvers, Intersentia, 2002, p. 338, n° 759).

(460) Dans le même sens : S. MOSSELMANS, « Art. 406 B.W. », o.c., n° 7 ; D. PATART, « L'incidence de la réforme de la tutelle sur l'inventaire des biens des mineurs », *Rec. gén. enr. not.*, 2002, n° 25293, p. 463.

(461) La loi ne l'impose pas mais cette précaution est conseillée, s'agissant d'une mesure relative à son patrimoine au sens de l'article 1233, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, C. jud. Dans le même sens : H. CASMAN et J.-P. MASSON, « La nouvelle législation sur la tutelle », o.c., n° 20, p. 29 ; S. MOSSELMANS, « Art. 406 B.W. », o.c., n° 12 ; E. VIEUJEAN, « Premier regard sur la nouvelle tutelle », o.c., p. 25, n° 28.

un angle principalement financier (art. 407). Cette mesure, en phase avec les principes modernes de gestion d'un patrimoine d'autrui, n'est, par la force des choses, pas applicable aux parents. Elle est destinée à faciliter l'appréciation par le juge des rapports annuels de gestion<sup>(462)</sup>. Tuteur, subrogé tuteur et mineur âgé de plus de 15 ans<sup>(463)</sup> sont associés à ces décisions, qui pourront être revues en cours de tutelle (art. 407, § 2).

Le juge fixe tout d'abord les *budgets annuels* de la tutelle, c'est-à-dire les sommes (maximales) que le tuteur peut (et doit) consacrer à la direction de la personne du mineur (art. 407, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>) et à la gestion de son patrimoine (art. 407, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>). Ces montants ne doivent pas être limités aux revenus ni les englober entièrement si ceux-ci sont importants ; dans cette dernière hypothèse, le juge détermine la somme à partir de laquelle commence l'obligation du tuteur d'employer (lisez : placer) l'excédent des revenus<sup>(464)</sup> sur les dépenses (art. 407, § 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>). Il fixe les modalités de cet emploi (art. 409, § 1<sup>er</sup>) et peut confier la gestion de capitaux et valeurs financiers à un établissement bancaire (*infra*, n<sup>o</sup> 300). Bien que la loi ne le prescrive pas, l'ordonnance initiale pourrait fixer la *rémunération* du tuteur<sup>(465)</sup>.

Le juge de paix indique ensuite l'*établissement bancaire* agréé par la Commission bancaire et financière<sup>(466)</sup> où seront déposés les liquidités, titres et valeurs mobilières du mineur (art. 407, § 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup>) et leurs conditions de retrait (art. 407, § 1<sup>er</sup>, 5<sup>o</sup>). Sont visés aussi bien les avoirs existants que ceux qui échoiront au mineur durant la tutelle (art. 408, al. 1<sup>er</sup>). Les modalités de leur gestion, dont la réglementation a été modernisée par les lois de 2001 et 2003, seront examinées ultérieurement (*infra*, n<sup>o</sup> 300).

Pour que la responsabilité éventuelle du tuteur dans le cadre de sa gestion conserve sa portée, sa solvabilité doit être *garantie*. Le principe traditionnel de l'hypothèque légale est maintenu (art. 407, § 1<sup>er</sup>, 6<sup>o</sup> *jo.* art. 49 et 52 L. hyp.) mais son régime est modernisé (art. 56-60 L. hyp.)<sup>(467)</sup>. L'hypothèque est inscrite à la requête du greffier et non du

(462) Les dépenses faites dans les enveloppes budgétaires seront *a priori* qualifiées d'utiles et à ce titre figurent au passif du compte de tutelle : E. VIEUJEAN, « Premier regard sur la nouvelle tutelle », *o.c.*, p. 26, n<sup>o</sup> 29.

(463) L'article 1233, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, C. jud. ayant une portée générale et une finalité protectrice des intérêts du mineur, le juge de paix nous paraît devoir entendre le mineur dès 12 ans s'il budgétise également les frais de gestion de sa personne.

(464) Pour l'application de cette disposition, il faut ajouter aux revenus toute somme revenant au mineur (ex. : capitaux échus, produit de l'aliénation de biens, etc.). Déjà en ce sens : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, *o.c.*, pp. 1264-1265, n<sup>o</sup> 1373 ; dans le même sens : S. MOSSELMANS, « Art. 407 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n<sup>o</sup> 4.

(465) M. VERRYCKEN, « Opvallen en organisatie van de voogdij », in *De hervorming van het voogdijrecht* (P. SENAËVE, J. GERLO et F. LIEVENS éds), Anvers, Intersentia, 2002, pp. 47-48, n<sup>os</sup> 124-127.

(466) Renommée « Autorité des services et marchés financiers » ou « FSMA » par l'Arrêté royal du 3 mars 2011, mettant en œuvre l'évolution des structures de contrôle du secteur financier.

(467) Pour plus de détails : J. BYTTEBIER, « De wettelijke hypotheek volgens de nieuwe voogdijwet », *N.F.M.*, 2002, p. 156 ; H. CASMAN et J.-P. MASSON, « La nouvelle législation sur la tutelle », *o.c.*,

tuteur (art. 52, al. 1<sup>er</sup> L. hyp.), le cas échéant avec le consentement de l'épouse de ce dernier (art. 1418, 1, a). Si le patrimoine du tuteur ne se prête pas à l'hypothèque légale ou si le patrimoine du mineur n'exige pas une telle sûreté, d'autres garanties seront demandées (ex. : garantie bancaire, assurance, cantonnement mobilier, cautionnement, *etc.*). En règle générale, juge de paix et tuteur s'accordent<sup>(468)</sup> sur des garanties adaptées au patrimoine du tuteur et à celui du mineur.

Enfin, le juge de paix fixe les mesures à prendre concernant les éventuels *commerce* ou *entreprise* recueillis par le mineur (art. 407, § 1<sup>er</sup>, 7<sup>o</sup>)<sup>(469)</sup>, et dont le tuteur devra poursuivre ou terminer la gestion (*infra*, n<sup>o</sup> 297)<sup>(470)</sup>. Il peut notamment imposer leur apport à une société ou adjoindre au tuteur un administrateur spécial (art. 410, § 1<sup>er</sup>, 12<sup>o</sup>).

**279. Mesures urgentes.** Les tutelles s'ouvrent actuellement dans des circonstances tragiques – les mineurs sont orphelins – et l'entrée en fonction du tuteur est entourée de formalités plus importantes qu'auparavant, qui donc prennent plus de temps.

Dès l'ouverture ou la vacance d'une tutelle, le juge de paix<sup>(471)</sup> ordonne d'office ou à la requête de tout intéressé<sup>(472)</sup> les mesures urgentes nécessaires à la protection du mineur (art. 391) (ex. : hébergement du mineur chez un membre de la famille, intervention médicale, inscription dans un établissement scolaire, *etc.*) ou à la conservation de ses biens (ex. : apposition de scellés, gestion provisoire d'une entreprise commerciale, déclaration de sinistre, *etc.*).

Ces mesures sont modulables, modifiables, rapportables, mais non caduques par la seule entrée en fonction du tuteur (art. 391, al. 2).

## 2<sup>o</sup> Documents de tutelle

**280. Dossier individuel de procédure.** L'obligation de tenue d'un dossier individuel par mineur sous tutelle (art. 1237 C. jud.) est une innovation

pp. 54-55, n<sup>o</sup> 48 ; C. ENGELS, « De wettelijke hypotheek van de minderjarigen en van de onbekwaamverklaarden », in *De hervorming van het voogdijrecht* (P. SENAËVE, J. GERLO et F. LIEVENS éds), Anvers, Intersentia, 2002, pp. 349 et s. ; S. MOSSELMANS, « Art. 407 B.W. », *o.c.*, n<sup>os</sup> 9-12.

(468) Le tuteur peut refuser la mission.

(469) Cette disposition abroge l'article 8 C. comm.

(470) En aucun cas, comme par le passé, le tuteur ne peut initier une activité commerciale pour le compte du mineur.

(471) Le président du tribunal de première instance, siégeant en référé, ne perd pas selon nous la compétence d'ordonner de telles mesures, avant l'ouverture ou en cours de tutelle, mais il doit s'abstenir lorsque la loi fournit au juge de paix les moyens de parvenir au même résultat (dans le même sens : S. MOSSELMANS, « Art. 391 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n<sup>o</sup> 6). Applications : Civ. Liège (réf.), 17 février 1989, *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 135 (commerce) ; Civ. Bruxelles (réf.), 17 février 1997, *Rev. not. belge*, 2000, p. 85 (désignation d'un administrateur provisoire) ; Civ. Liège (réf.), 24 juin 1996, *J.L.M.B.*, 2000, p. 806 (désignation de tuteur et subrogé tuteur *ad hoc*).

(472) Il est saisi « par simple lettre » (art. 391, al. 3).

majeure de la loi du 29 avril 2001. Ce dossier rassemble au greffe de la justice de paix compétente toutes les requêtes, ordonnances et autres actes relatifs à la tutelle. Il est transmis au nouveau juge compétent en cas de transfert du siège de la tutelle.

**281. Rapports annuels.** Des rapports annuels maintiennent le juge en contact avec les organes de la tutelle afin d'assurer son contrôle et lui permettent de modifier les modalités de celle-ci, voire de destituer le tuteur.

Un *compte de gestion* est déposé chaque année par le tuteur au greffe de la justice de paix et remis au subrogé tuteur et au mineur âgé de plus de 15 ans (art. 413). En outre, le tuteur fait annuellement *rapport sur l'éducation et l'accueil* (sic) *du mineur*, ainsi que sur les mesures qu'il a prises en vue de son épanouissement (art. 420)<sup>(473)</sup>. Curieusement, ce rapport ne doit être remis qu'au subrogé tuteur et non au mineur, même s'il a atteint l'âge de 12 ans<sup>(474)</sup>.

Le compte de gestion (art. 413, al. 2)<sup>(475)</sup> contient une comptabilité annuelle. L'assistance d'experts(-comptables) est autorisée tant pour le tuteur que pour le juge<sup>(476)</sup>. Ce dernier doit en effet approuver le compte annuel<sup>(477)</sup>, mais à titre provisoire, en sorte que seule la reddition de compte finale emporte décharge (art. 415, al. 2 ; *infra*, n° 283)<sup>(478)</sup>.

### 3° Fin de la tutelle

**282. Causes de cessation des fonctions de tuteur.** La tutelle cesse *a parte pupilli* à la majorité, l'émancipation ou au décès de celui-ci, lors de son adoption ou de l'établissement d'une filiation, et lors de la cessation d'une impossibilité durable d'exercer l'autorité parentale ou d'une incapacité d'exprimer la volonté ou encore d'un retour d'absence.

Elle cesse *a parte tutoris* en cas de décès du tuteur (art. 400), de décharge à sa demande (art. 396, al. 2) et dans les cas examinés précédemment d'*incapacité* ou d'*exclusion* survenues en cours de tutelle (destitution) (art. 397-398 ; *supra*, n° 271). Dans une procédure de destitution, le juge de paix conserve un pouvoir d'appréciation quant à la cause invoquée. Il agit soit d'office, soit à la requête du subrogé tuteur

(473) Si la tutelle est scindée (biens/personne – *supra*, n° 272), chaque tuteur établit un rapport concernant ses prérogatives ; ils agissent en concertation pour déposer le compte de gestion concernant les prérogatives mixtes.

(474) H. CASMAN et J.-P. MASSON, « La nouvelle législation sur la tutelle », *o.c.*, p. 41, n° 33.

(475) A.R. du 15 décembre 2003 déterminant la forme et le contenu du compte de tutelle.

(476) E. VIEUJEAN, « Premier regard sur la nouvelle tutelle », *o.c.*, pp. 27-28, n° 30.

(477) Même si le texte ne l'impose pas. En ce sens : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n° 1330 ; E. VIEUJEAN, « Premier regard sur la nouvelle tutelle », *o.c.*, p. 27, n° 30.

(478) N. GALLUS, « La nouvelle loi sur la tutelle », *o.c.*, p. 79 ; S. MOSSSELMANS, « Art. 413 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n° 6.

(qui y est tenu) ou du ministère public (art. 399 *jo.* art. 1235 C. jud.)<sup>(479)</sup>. Le subrogé tuteur, dont les fonctions cessent à la même époque que la tutelle (art. 402, al. 4), prend l'initiative de pourvoir à la nomination d'un nouveau tuteur, mais n'exerce pas lui-même ces fonctions (art. 404, al. 2).

**283. Compte définitif de tutelle.** Dans toutes les hypothèses où le tuteur cesse ses fonctions, un compte définitif de tutelle est rendu<sup>(480)</sup> dans le mois de la cessation en présence du juge de paix et du subrogé tuteur (art. 415). Si la tutelle cesse *a parte tutoris*, le compte est présenté au nouveau tuteur ou au titulaire de l'autorité parentale s'il en existe un<sup>(481)</sup>, ainsi qu'au mineur âgé de 15 ans. Si la tutelle cesse *a parte pupilli*, le compte est présenté uniquement au mineur devenu majeur ou émancipé<sup>(482)</sup> ou à ses ayants droit en cas de décès<sup>(483)</sup>. La reddition du compte a lieu soit aux frais du mineur, soit aux frais du tuteur s'il a dû être remplacé ou si des contestations ont surgi (art. 415, al. 1<sup>er</sup>).

Le compte contient un relevé des recettes et des dépenses utiles et justifiées. Un procès-verbal est dressé, constatant la reddition du compte suivie de son approbation et de la décharge donnée au tuteur (art. 415, al. 2).

De l'approbation du compte dépend la mainlevée des garanties fournies par le tuteur, donnée par le mineur ou par le nouveau tuteur (art. 416, al. 2). De même, aucun contrat ne peut être conclu entre le mineur et son ancien tuteur et aucune libéralité<sup>(484)</sup> ne peut lui être faite par le mineur avant l'approbation du compte définitif (art. 416, al. 1<sup>er</sup>, art. 907)<sup>(485)</sup>. Cette approbation emporte décharge pour les omissions comptables<sup>(486)</sup>, mais non pour les dommages résultant de la mauvaise gestion (art. 405, § 1<sup>er</sup>, al. 3, et 417)<sup>(487)</sup>; l'action relative au compte de

(479) La procédure se déroule désormais en chambre du conseil, tant en première instance qu'en degré d'appel en ce qui concerne les plaidoyers et les rapports (art. 757, § 2, 8°). Sur la procédure : E. VIEUJEAN, « Premier regard sur la nouvelle tutelle », *o.c.*, p. 19, n° 20. Sur la difficulté posée par la nécessité de « citer » le tuteur même lorsque le juge de paix se saisit d'office : H. CASMAN et J.-P. MASSON, « La nouvelle législation sur la tutelle », *o.c.*, p. 22, n° 12.

(480) Le cas échéant par ses ayants droit. En revanche, il n'existe pas de rapport définitif sur la manière dont le tuteur a pris soin de la personne du pupille.

(481) Si celui-ci est le (subrogé) tuteur ayant adopté le mineur, un (subrogé) tuteur *ad hoc* est nommé en raison du conflit d'intérêts (art. 404, al. 1<sup>er</sup>).

(482) Assisté par son curateur ou d'un curateur *ad hoc* (art. 480, al. 3 ; pour plus de détails : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, *o.c.*, p. 1303, n° 1243).

(483) À défaut d'héritiers (acceptants), le tuteur veillera à désigner un curateur à succession vacante (art. 811 *jo.* art. 1228 C. jud.).

(484) Mons, 17 mai 2006, *J.T.*, 2006, p. 527.

(485) Pour une analyse approfondie : S. MOSSELMANS, « Art. 416 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, nos 8-43).

(486) Non pour les faux ou fraudes (H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, *o.c.*, p. 1331, n° 1446).

(487) H. CASMAN et J.-P. MASSON, « La nouvelle législation sur la tutelle », *o.c.*, n° 33, p. 42 ; S. MOSSELMANS, « Art. 417 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n° 7.

tutelle se prescrit par 5 ans à compter de la majorité, même lorsqu'il y a eu émancipation (art. 419)<sup>(488)</sup>.

La sévérité accrue des dispositions qui précèdent incite le tuteur à établir rapidement le compte définitif, et vise à rompre avec l'ancienne pratique d'abstention de l'établir en raison du sentiment de reconnaissance ou de crainte « révérencielle » à l'égard d'un tuteur qui était souvent le survivant des père et mère. Par contraste, la souplesse des règles relatives à la reddition de compte des parents du mineur (art. 379) et la plus grande difficulté psychologique à l'exiger justifient la rigueur de certaines thèses que nous défendons plus loin en ce qui concerne les modalités de la gestion financière (*infra*, n° 301).

#### 4. Régime

**284. Gestion personnelle et patrimoniale encadrée.** Avec la disparition du conseil de famille, qui tenait en haute main la direction de la personne du mineur<sup>(489)</sup>, c'est à présent entièrement au tuteur que revient l'obligation de prendre soin du mineur et de l'éduquer, dans l'intérêt exclusif de celui-ci, l'accent ayant été délibérément mis sur sa protection par les dernières réformes.

La prise en charge de la *personne* du mineur oblige le tuteur à opérer des choix cruciaux pour celui-ci et à le représenter dans les actes juridiques requis (ex. : annulation d'une reconnaissance – art. 329*bis*, § 3, al. 3)<sup>(490)</sup>. Ces prérogatives sont placées sous la surveillance du subrogé tuteur et le contrôle du juge de paix, exercé d'office ou sur la base des rapports annuels que la loi a voulu détaillés jusque dans le récit des initiatives prises par le tuteur en vue de l'épanouissement personnel du mineur (art. 420).

Ce contrôle ne revêt pas la forme d'autorisations préalables comme en matière patrimoniale<sup>(491)</sup>, mais d'un possible aménagement du cadre

(488) Les éventuelles actions du (subrogé) tuteur contre le mineur et celles en nullité de contrats conclus en contravention avec le prescrit de l'article 410 sont soumises au délai de prescription du droit commun (pour plus de détails : S. MOSSELMANS, « Art. 419 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n° 2). Si le compte fait apparaître un reliquat de sommes dû au mineur, les intérêts courent à partir de l'approbation du compte et, au plus tard, 3 mois après la cessation de la tutelle (art. 418). Si le compte fait apparaître une dette envers le tuteur, une mise en demeure est nécessaire pour faire courir les intérêts (art. 418 *in fine*).

(489) Cass., 11 janvier 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 467 ; Cass., 25 mai 1888, *Pas.*, 1888, I, p. 24 ; voy. : H. NUYTINCK, « Het gezag van de persoon van de minderjarige in het voogdijrecht : theorie en praktijk », *T.P.R.*, 1979, p. 29.

(490) Le tuteur exerce aussi certaines prérogatives de l'autorité parentale *au sens large* (*infra*, n° 747). Il peut être appelé à collaborer à des actes conclus par le mineur dans la sphère d'extension de sa capacité (*supra*, n° 253).

(491) J.P. Westerloo, 6 juillet 2012, *J.J.P.*, 2012, p. 516, *R.W.*, 2012-2013, p. 788, *J.D.J.*, 2013, p. 44 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 822 (somm.).

de la tutelle par une modification de l'ordonnance initiale, ou, au pire, d'une destitution du tuteur (art. 398, 2°). En outre, le tuteur se conformera aux principes éventuellement adoptés par les parents (art. 405, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>)<sup>(492)</sup> sur les questions jugées importantes dans le domaine de l'autorité parentale (ex. : hébergement, santé, éducation, loisirs, orientation religieuse ou philosophique, *etc.* – art. 374, § 1<sup>er</sup>, al. 2). Enfin, la prise en charge de la personne du mineur doit s'inscrire dans le cadre budgétaire fixé dans l'ordonnance initiale (art. 407, § 1<sup>er</sup>, 1°) ; y sont affectés principalement les revenus du mineur (art. 405, § 1<sup>er</sup>, al. 5), et s'il le faut le capital ou des fonds empruntés<sup>(493)</sup>.

La gestion des *biens*, comme auparavant, s'effectue par le tuteur « en bon père de famille » et sous sa responsabilité (art. 405, § 1<sup>er</sup>, al. 3). Gérer implique choix et action, en règle par représentation. La gestion du tuteur est contrôlée d'une autre façon que dans les matières personnelles : la « plénitude de pouvoirs »<sup>(494)</sup> du tuteur est encadrée d'abord par les modalités, principalement budgétaires, de l'ordonnance initiale (art. 407, § 1<sup>er</sup>, 2°), ensuite par les formalités habilitantes prescrites par la loi (art. 410 ; art. 1186 et s. C. jud.), et enfin par des redditions de compte plus fréquentes et sévères qu'auparavant.

Comme on l'a vu (*supra*, n° 272), si le juge de paix organise une *tutelle scindée* et désigne un tuteur à la personne et un tuteur aux biens, les compétences respectives sont cloisonnées, mais l'action est concertée et les actes mixtes obéissent à un régime particulier.

**285. Actes interdits ou soumis à des restrictions de principe.** Les actes n'admettant pas la représentation (ex. : testament, reconnaissance d'un enfant, *etc.*) peuvent relever de la capacité résiduelle du mineur (*supra*, n° 255).

Les actes dans lesquels tuteur et mineur ont des *intérêts opposés* sont accomplis avec l'intervention du subrogé tuteur ou le cas échéant d'un tuteur *ad hoc* et d'un subrogé tuteur *ad hoc* (art. 404 ; *supra*, n° 273).

L'*acquisition des biens du mineur par le tuteur ou le subrogé tuteur* est également réglementée<sup>(495)</sup> (art. 411).

(492) Sur la consignation de ces principes dans la déclaration parentale de choix du tuteur : *supra*, n° 270.

(493) Le tuteur n'est pas débiteur alimentaire (art. 203) ni titulaire du droit de jouissance légale (art. 384) ; il doit affecter à l'entretien du mineur ses revenus propres et ses allocations sociales (P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 1302).

(494) Sur la situation antérieure : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 1250, n° 1362.

(495) Application : J.P. Bree, 18 novembre 2010, *J.J.P.*, 2013, p. 399, note G. VERSCHELDEN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 205 (somm.) (contrat d'échange interdit).

Plus fondamentalement, tout acte entraînant un (risque d') *appauvrissement* est interdit, sauf exception et/ou autorisation spéciale du juge de paix (ex. : donner, cautionner, renoncer sans contrepartie à des droits, etc.<sup>(496)</sup>).

## 1° Actes soumis à l'autorisation spéciale du juge de paix

**286. Énumération limitative.** La liste des actes soumis à l'autorisation spéciale du juge de paix figurant au premier paragraphe de l'article 410 est *limitative*<sup>(497)</sup>. Plus complète que celle de l'ancien article 488bis-F, § 3, relatif à l'ancienne administration provisoire, elle a inspiré la liste des actes pour lequel un administrateur chargé d'une mission de représentation doit obtenir une autorisation préalable (art. 499/7 ; *supra*, n<sup>os</sup> 184 et s.). Comme en matière d'administration, si un doute surgit quant à la nécessité d'obtenir une autorisation judiciaire pour un acte non repris dans la liste, mais dont l'incidence sur le patrimoine du mineur est proche de celle d'un acte soumis à autorisation, l'interprétation stricte ne doit pas se muer en exégèse et peut autoriser une application analogique de la disposition, conforme à sa raison d'être (*supra*, n<sup>o</sup> 184). En toute hypothèse, un acte n'est autorisé que s'il sert l'intérêt du mineur<sup>(498)</sup>.

La procédure à suivre est déterminée par les articles 1232 et suivants du Code judiciaire ; l'autorisation est demandée par requête unilatérale ; le mineur est convoqué et entendu s'il est âgé de 12 ans pour les procédures relatives à sa personne ou de 15 ans pour celles relatives à ses biens (art. 1233, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, C. jud.)<sup>(499)</sup>.

**287. I. Aliénation.** Sont soumises à l'autorisation spéciale du juge de paix, les aliénations de biens du mineur, sauf celles de fruits et objets de rebut<sup>(500)</sup> ou celles effectuées dans le cadre d'une gestion confiée à un établissement bancaire conformément à l'article 407, § 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup> (*infra*, n<sup>o</sup> 300) (art. 410, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>). En rupture avec l'ancien article 457 du Code

(496) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 1289, n<sup>o</sup> 1402.

(497) J.P. Westerloo, 6 juillet 2012, *J.J.P.*, 2012, p. 516, R.W., 2012-2013, p. 788, *J.D.J.*, 2013, p. 44 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 822 (somm.) (soins de la personne et éducation : pas d'autorisation nécessaire) ; J.P. Diest, 10 décembre 2001, *J.J.P.*, 2002, p. 397, note S. MOSSELMANS (radiation d'une garantie hypothécaire après paiement de la créance d'un mineur prolongé et dans son intérêt ; pas d'autorisation nécessaire).

(498) Arg. tiré de l'art. 410, § 2, al. 2 ; H. CASMAN et J.-P. MASSON, « La nouvelle législation sur la tutelle », o.c., p. 33, n<sup>o</sup> 25 ; S. THIELEN, « Administration légale et tutelle : actes soumis à autorisation », in *Tutelle et administration légale. Questions d'application des lois du 29 avril 2001 et du 13 février 2003* (J. SOSSON éd.), Bruxelles, Larcier, 2005, p. 98, n<sup>o</sup> 4.

(499) Pour plus de détails : F. APS, « De procedures inzake de voogdij en het hoorrecht van minderjarigen », in *De hervorming van het voogdijrecht* (P. SENAEVE, J. GERLO et F. LIEVENS éd.), Anvers, Intersentia, 2002, pp. 258 et s.

(500) Voy. : P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », o.c., n<sup>o</sup> 79 a).

civil, pétri de survalorisation des immeubles, le terme « biens » s'entend au sens le plus large et comprend aussi les valeurs mobilières non corporelles et financières<sup>(501)</sup>. De même, le terme « aliéner » vise, outre la vente, toute disposition de droits réels<sup>(502)</sup>, à l'exception de celles imposées par la loi<sup>(503)</sup>. En toute hypothèse, l'autorisation judiciaire est préalable, de sorte qu'une aliénation sous condition suspensive de son obtention est nulle<sup>(504)</sup>.

La *perception du prix* de l'aliénation requiert la collaboration du subrogé tuteur (art. 409, § 2, al. 1<sup>er</sup>)<sup>(505)</sup> et une éventuelle dispense d'inscription d'office du privilège du vendeur impayé doit également être autorisée<sup>(506)</sup>.

Lorsque le mineur est sous autorité parentale, il est souhaitable que le juge précise que le prix de l'aliénation sera consigné sur un compte au

(501) J.P. Braine-l'Alleud, 12 mai 2003, *J.J.P.*, 2004, p. 230, note ; J.P. Braine-l'Alleud, 31 janvier 2003, *J.J.P.*, 2004, p. 229, note ; J.P. Saint-Gilles, 28 janvier 2003, *J.J.P.*, 2004, p. 210, note. *Contra* : J.P. Fontaine-L'Évêque, 7 mai 2008, *J.J.P.*, 2010, p. 199. Sur la soumission aux formalités habilitantes des retraits bancaires effectués par le tuteur ou par un parent, *infra*, n<sup>os</sup> 300-301.

(502) Ex. : apport en société, constitution de servitude, cession de créance (rapp. : Cass., 6 mai 1943, *Pas.*, 1943, I, p. 157, *R.C.J.B.*, 1947, p. 181, note G. VAN HECKE, *Rev. prat. not.*, 1943, p. 235, obs. J.B.), échange (C. DE BUSSCHERE, « Nieuw artikel 411 B.W. Is ruil van goederen tussen een minderjarige en zijn voogd of toeziende voogd wettelijk mogelijk of daarentegen wettelijk absoluut verboden ? », *T. Not.*, 2002, p. 190), démission d'une société coopérative et attribution corrélative de la contre-valeur des parts (en faveur d'une autorisation : J.P. Braine-l'Alleud, 17 octobre 2002, *J.J.P.*, 2004, p. 224, note ; J.P. Courtrai, 11 mai 2004, *R.W.*, 2004-2005, p. 1558, note Fr. SWENNEN ; *contra* : Civ. Eeklo, 17 février 2003, *T.G.R.*, 2004, p. 210 ; J.P. Saint-Nicolas, 22 mai 2002, *J.J.P.*, 2002, p. 424, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 641 (somm.) ; J.P. Saint-Nicolas, 11 avril 2003, *T.G.R.*, 2004, p. 208 ; J.P. Zomergem, 15 février 2005, *J.J.P.*, 2005, p. 521, *R.G.D.C.*, 2006, p. 370, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 300 (somm.)). Sur la problématique plus générale de la gestion des capitaux : *infra*, n<sup>os</sup> 295 et 300-301.

(503) Ex. : exécution forcée, expropriation.

(504) J.P. Fontaine-L'Évêque, 1<sup>er</sup> mars 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 482, note J. FONTEYN, *Rev. not. belge*, 2014, p. 328, note J.-L. VAN BOXSTAELE, *J.J.P.*, 2014, p. 32, note, décision confirmée par Civ. Charleroi, 28 juin 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 179, *Rev. not. belge*, 2014, p. 328, note J.-L. VAN BOXSTAELE ; J.P. Turnhout, 23 janvier 2009, *J.D.J.*, 2010, n<sup>o</sup> 293, p. 45, *R.W.*, 2009-2010, p. 1142 (somm.), *T.J.K.*, 2010, p. 198 (somm.) ; J.P. Landen-Zoutleeuw, 10 février 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 245 (somm.), *J.J.P.*, 2007, p. 261 ; N. GALLUS, « Les incapables », in *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 2005-2010*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 828, n<sup>o</sup> 858. Voy. égal. Bruxelles, 3 novembre 2009, *T. Not.*, 2010, p. 204, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 228 (somm.) (mise en cause de la responsabilité contractuelle du père qui signe un compromis de vente sous condition suspensive). Si la tutelle s'ouvre alors que le compromis de vente a déjà été signé, par exemple par le parent survivant, le tuteur peut poursuivre seul la vente du bien dont le mineur a, à présent, hérité (J.P. Braine-l'Alleud, 22 janvier 2003, *J.J.P.*, 2004, p. 231 ; comp. : J.P. Braine-l'Alleud, 31 janvier 2003, *J.J.P.*, 2004, p. 232, note). *Addé* : F. HERINCKX, « À partir de quel moment peut-on être certain d'être acquéreur d'un immeuble appartenant en tout ou en partie à un incapable mineur ou assimilé ou dépendant d'une masse faillie dont la vente de gré à gré a été autorisée par le tribunal ? », in *Le notaire, le juge et l'avocat. Heurs et malheurs du notaire commis* (J. van COMPERNOLLE et J.-L. LEDOUX édés), Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 165.

(505) Comp. : J.P. Braine-l'Alleud, 7 avril 2003, *J.J.P.*, 2004, p. 226, note (désignation d'un tuteur *ad hoc* pour permettre au parent de percevoir la part du prix de vente de l'immeuble indivis entre le mineur et lui). Sur l'obligation pour le tuteur de verser le prix dans les 15 jours sur un compte bancaire et sur le régime applicable aux titulaires de l'autorité parentale : *infra*, n<sup>o</sup> 300.

(506) Voy. : S. THIELEN, « Administration légale et tutelle : actes soumis à autorisation », *o.c.*, pp. 116-117, n<sup>os</sup> 25-26.

nom du mineur, bloqué jusqu'à sa majorité, et dont les parents ne percevront que les intérêts (art. 384). Cela permet d'éviter que les parents n'affectent ce capital à l'achat de biens meubles sans autorisation préalable du juge de paix (*infra*, n° 295).

La *vente d'immeuble* est en outre soumise au régime des ventes judiciaires d'immeubles appartenant en tout ou partie à un incapable (art. 1186 et s. C. jud.)<sup>(507)</sup>. Ces formalités diffèrent selon la propriété – pleine ou indivise – du mineur, selon la personne – tuteur ou autre indivisaire – ayant pris l'initiative de la vente et selon la tournure – amiable ou judiciaire – des événements. Les habilitations exigées par le Code civil et le Code judiciaire sont combinées de manière à éviter les doubles emplois, la loi ayant elle-même prévu des dispenses dans certains cas. Nous renvoyons le lecteur aux exposés détaillés de cette matière<sup>(508)</sup>, en précisant que si la vente s'insère dans une procédure de partage judiciaire à l'initiative du tuteur (art. 815 *jo.* art. 1207 et s. C. jud., réd. L. du 30 juillet 2013), le tribunal de la famille arbitrera le différend après que le tuteur ait demandé au juge de paix une double autorisation de vendre la part du mineur (art. 410, § 1<sup>er</sup>, 1°) et de le représenter en justice comme demandeur (art. 410, § 1<sup>er</sup>, 7°).

La vente – immobilière ou mobilière – est en principe publique et se déroule en présence du subrogé tuteur devant le juge de paix du canton de la situation des biens. Le juge de paix autorise la vente de gré à gré si l'intérêt du mineur l'exige au vu des conditions de la vente telles qu'elles ressortent du projet d'acte et, le cas échéant, d'un rapport d'expertise (art. 410, § 2 *jo.* art. 1193*bis* et 1204*bis* C. jud.)<sup>(509)</sup>.

(507) Sur la compétence territoriale du juge de paix : J.P. Roulers, 27 octobre 2009, *R.W.*, 2010-2011, p. 1012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 775 (somm.) ; J.P. Westerlo, 21 octobre 2003, *J.J.P.*, 2004, p. 216, *R.W.*, 2003-2004, p. 1513, note F. SWENNEN ; J.P. Woluwe-Saint-Pierre, 8 juillet 2004, *T. Not.*, 2005, p. 347, note B. JANSSENS (juge de la situation du bien en cas de pluralité de mineurs domiciliés dans des cantons différents).

(508) Pour des exposés détaillés en matière de tutelle et d'autorité parentale : H. CASMAN et J.-P. MASSON, « La nouvelle législation sur la tutelle », *o.c.*, pp. 57-61, n<sup>os</sup> 52-53 ; N. DELFORGE et I. VOETEN, « De aan- en verkoop van een onroerend goed door een minderjarige na de nieuwe Voogdijwet », *o.c.*, n° 3 ; S. MOSSELMANS, « Art. 410 B.W. », *o.c.*, n<sup>os</sup> 42 et s. ; S. THIELEN, « Administration légale et tutelle : actes soumis à autorisation », *o.c.*, pp. 110 et s., n<sup>os</sup> 7-27. En général : L. CARENS, « De vrijwillige verkoping van onroerende goederen waarbij handelingsonbekwamen betrokken zijn », *o.c.*, p. 131 ; C. ENGELS, « Bepaalde verkopen van goederen van onbekwamen », *o.c.*, pp. 69 et s. ; S. MOSSELMANS, « De verkoop van een goed van een hande-lingsonbekwame », *o.c.*, p. 86 ; G. de LEVAL, F. HERINCKX et L. BARNICH, « Ventes judiciaires d'immeubles », *o.c.*, n<sup>os</sup> 7 et s. ; P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *o.c.*, n° 79-2.

(509) L'autorisation de vente de gré à gré mentionne les raisons pour lesquelles ce type de vente sert les intérêts du mineur (ex. : spécificité du bien, faiblesse du marché, existence d'une offre avantageuse à une valeur de convenance, etc.) : J.P. Fontaine-L'Évêque, 1<sup>er</sup> mars 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 482, note J. FONTEYN, *Rev. not. belge*, 2014, p. 328, note J.-L. VAN BOXSTAELE, *J.J.P.*, 2014, p. 32, note, décision confirmée par Civ. Charleroi, 28 juin 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 179, *Rev. not. belge*, 2014, p. 328, note J.-L. VAN BOXSTAELE ; J.P. Courtrai, 28 juin 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 246 (somm.), *J.J.P.*, 2007, p. 264. Depuis la modification de l'article 1193*bis*, al. 6, C. jud., l'acte de vente de gré à gré ne doit plus être passé en présence du juge de paix de la situation du bien (J.P. Charleroi, 13 octobre 2005,

**288. 2. Emprunt.** Les formalités habilitant le tuteur à emprunter au nom du mineur (art. 410, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>)<sup>(510)</sup>, par exemple pour financer les frais de sa formation, sont simplifiées par rapport au droit antérieur en raison de la présence du rapport annuel de gestion (*supra*, n° 281), d'où il doit ressortir que les liquidités du mineur sont insuffisantes. Cet acte doit néanmoins demeurer exceptionnel et servir (manifestement) les intérêts du mineur<sup>(511)</sup>. Le juge de paix examine le projet de convention ; il peut déterminer le taux, la durée et les conditions de remboursement de l'emprunt qu'il autorise<sup>(512)</sup>.

La notion d'emprunt doit être entendue largement, comme en matière d'administration (*supra*, n° 187), et comprendre notamment les crédits liés aux comptes et cartes bancaires<sup>(513)</sup>.

**289. 3. Hypothèque et gage.** Bien que la constitution d'hypothèque et la mise en gage soient des aliénations, leur mention expresse dans la disposition légale (art. 410, § 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>) est de nature à faciliter l'extension du contrôle judiciaire à d'autres sûretés non prévues mais aux effets analogues. L'autorisation de fournir la sûreté est indépendante de celle d'emprunter<sup>(514)</sup> ; elle s'impose également pour un mandat à cet effet<sup>(515)</sup>.

La (main)levée d'une garantie établie par un *tiers* en faveur du mineur ne nécessite aucune autorisation. On peut le regretter et soutenir que l'autorisation s'impose<sup>(516)</sup> lorsque la (main)levée a lieu avant que la créance du mineur soit (totalement) payée. Cette interprétation nous paraît confirmée par l'article 499/7, § 2, qui stipule que l'administrateur des biens chargé d'une mission de représentation doit demander

J.L.M.B., 2006, p. 1026 (somm.) ; L. CARENS, « De vrijwillige verkoping van onroerende goederen waarbij handelingsonbekwamen betrokken zijn », p. 145, n° 24 ; C. ENGELS, « Bepaalde verkopen van goederen van onbekwamen », o.c., p. 112, n° 92 ; S. MOSSELMANS, « De verkoop van een goed van een handelingsonbekwame », o.c., p. 94, n° 20 ; T. WUYTS, *Vermogensbeheer door ouder(s), voogd en voorlopig bewindvoerder*, o.c., p. 71, n° 123 ; *contra* : S. THIELEN, « Administration légale et tutelle : actes soumis à autorisation », o.c., p. 115, n° 23).

(510) Pour une analyse approfondie : N. DELFORGE, « Het sluiten van een kredietovereenkomst door een minderjarige. Gevolgen van de nieuwe voogdijwet », *La Basoche*, 2003/1, p. 12.

(511) J.P. Braine-l'Alleud, 10 mars 2003, *J.J.P.*, 2004, p. 228, note (modernisation du chauffage de l'immeuble) ; emprunt dans le cadre de l'ouverture de crédit hypothécaire existante et garantie pour cet immeuble) ; S. MOSSELMANS, « Art. 410 B.W. », o.c., n° 100.

(512) M. VERRYCKEN, « De nieuwe voogdij : een eerste verkenning », *T.P.R.*, 2001, p. 1515, n° 133.

(513) S. THIELEN, « Administration légale et tutelle : actes soumis à autorisation », o.c., p. 123, n° 39 et les réf. cit. note 68. Les actes juridiques modifiant sensiblement les conditions contractuelles doivent être autorisés sauf s'ils ont été prévus *ab initio* (S. MOSSELMANS, « Art. 410 B.W. », o.c., n° 104).

(514) J.P. Braine-l'Alleud, 15 avril 2003, *J.J.P.*, 2004, p. 234, note (hypothèque consentie pour éviter une saisie de l'immeuble indivis entre la mère et ses enfants mineurs).

(515) Bruxelles, 12 novembre 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 43. Sur la promesse d'hypothèque : S. MOSSELMANS, « Art. 410 B.W. », o.c., n° 95.

(516) *Contra* : J.P. Diest, 10 décembre 2001, *J.J.P.*, 2002, p. 397, note S. MOSSELMANS ; S. MOSSELMANS, « Art. 410 B.W. », o.c., n° 97 ; T. WUYTS, *Vermogensbeheer door ouder(s), voogd en voorlopig bewindvoerder*, o.c., p. 96, n° 168.

l'autorisation préalable du juge de paix avant d'autoriser la radiation d'une inscription hypothécaire, avec ou sans quittance.

**290. 4. Baux.** Sont soumis à autorisation la conclusion d'un bail à ferme, d'un bail commercial ou d'un bail à loyer de plus de 9 ans, ainsi que le renouvellement d'un bail commercial (art. 410, § 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup>)<sup>(517)</sup> ; seul un bail à loyer de moins de 9 ans peut être conclu sans autorisation. En dépit de l'emploi du terme « consentir un bail », la disposition soumet au même régime la conclusion du bail en qualité de bailleur ou de locataire<sup>(518)</sup>, et tant la location que la sous-location. La conclusion d'un bail commercial peut entrer dans le cadre de la poursuite d'un commerce, elle-même soumise à autorisation (art. 410, § 1<sup>er</sup>, 12<sup>o</sup>).

L'article 595 du Code civil, applicable à tous les baux de biens de mineurs en vertu de l'article 1718, n'a pas été modifié, si bien que les baux de plus de 9 ans valablement conclus par le tuteur ne seront opposables au mineur devenu majeur que pendant la période de 9 ans durant laquelle il a atteint sa majorité<sup>(519)</sup>.

L'article 411 empêche le tuteur ou le subrogé tuteur de prendre à bail les biens du mineur sans autorisation du juge de paix. Celui-ci déterminera les conditions de cette location et les garanties à fournir.

**291. 5. Option héréditaire.** L'autorisation du juge de paix est requise pour la renonciation à une succession ou à un legs universel ou à titre universel échus au mineur<sup>(520)</sup>, ou pour son acceptation sous bénéfice d'inventaire (art. 410, § 1<sup>er</sup>, 5<sup>o</sup> jo. art. 776)<sup>(521)</sup> ; l'acceptation pure et

(517) Pour plus de détails : A. SPAEPEN, « Het sluiten van een huurovereenkomst door een minderjarige. Gevolgen van de nieuwe Voogdijwet », in *Het sluiten van een vastgoedcontract door een minderjarige. Gevolgen van de nieuwe voogdijwet* (D. MEULEMANS éd.), Gand, Larcier, 2002, pp. 99 et s.

(518) En ce sens plaide l'intérêt du mineur, la cohérence avec l'article 499/7, § 2, 4<sup>o</sup>, et la version néerlandaise du texte (*sluiten*) (dans le même sens : S. MOSSELMANS, « Art. 410 B.W. », *o.c.*, n<sup>o</sup> 107 ; M. VERRYCKEN, « De nieuwe voogdij : een eerste verkenning », *o.c.*, p. 1516, n<sup>o</sup> 135 ; T. WUYTS, *Vermogensbeheer door ouder(s), voogd en voorlopig bewindvoerder*, *o.c.*, p. 101, n<sup>o</sup> 182 ; *contra* : H. CASMAN et J.-P. MASSON, « La nouvelle législation sur la tutelle », *o.c.*, p. 36, n<sup>o</sup> 27 ; N. GALLUS, « La minorité et la banque (tutelle et administration légale) », in *Banque et famille* (M. TISON éd.), Cahiers AEDBF, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 14 ; S. THIELEN, « Administration légale et tutelle : actes soumis à autorisation », *o.c.*, p. 124, n<sup>o</sup> 41).

(519) Et sera sans effet la conclusion ou le renouvellement des baux de moins de 9 ans s'ils interviennent plus de 3 ans avant l'expiration du bail courant s'il s'agit de biens ruraux et plus de 2 ans avant la même époque s'il s'agit de maisons, à moins que leur exécution n'ait commencé avant la majorité du mineur (voy. : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, *o.c.*, p. 1259, n<sup>o</sup> 1369).

(520) J.P. Gand, 18 août 2010, R.W., 2010-2011, p. 1493, J.D.J., 2011, p. 39 (somm.), note K. WINTGENS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 266 (somm.), T.J.K., 2011, p. 253 (somm.).

(521) J.P. Louvain, 22 juillet 2003, J.J.P., 2004, p. 213, note (succession du parent prédécédé).

simple est interdite<sup>(522)</sup>. Une option irrégulière est annulable<sup>(523)</sup> et ouvre au mineur une nouvelle possibilité de renoncer à la succession.

L'exigence d'une autorisation pour l'acceptation bénéficiaire se justifie par le fait que celle-ci n'est pas toujours préférable à la renonciation<sup>(524)</sup>. Le juge appréciera l'option choisie dans l'intérêt du mineur sur la base d'un état du patrimoine successoral qui ne doit pas obligatoirement être un inventaire authentique puisqu'il précède l'option<sup>(525)</sup>. Cette autorisation ne couvre pas les ventes et demandes en partage consécutives.

Toutes les formalités de l'option héréditaire doivent être accomplies : déclaration au greffe du tribunal de l'arrondissement dans lequel la succession s'est ouverte (art. 793, al. 1<sup>er</sup>) et, le cas échéant, inventaire successoral authentique<sup>(526)</sup> (art. 794) ou désignation d'un tuteur *ad hoc* pour lever une opposition d'intérêts (art. 793, al. 4).

L'article 776 du Code civil a été modifié par la loi du 13 février 2003 de manière à contraindre le placement des fonds et valeurs revenant au mineur sur un compte à son nom, indisponible jusqu'à sa majorité (*infra*, n° 299). Applicable à l'autorité parentale, cette disposition, malheureusement<sup>(527)</sup>, ne vise pas les fonds provenant d'une assurance-vie<sup>(528)</sup>.

**292. 6. Acceptation de libéralité à titre particulier.** Le tuteur doit être autorisé à accepter une donation ou un legs particulier au profit du

(522) Pour plus de détails : S. MOSSELMANS, « De handelingsonbekwame als erfgenaam », *o.c.*, p. 70. Nous avons vu que la loi du 17 mars 2013 innove sur ce point en cas d'administration d'un majeur, puisque l'administrateur chargé d'une mission de représentation peut désormais, avec l'autorisation préalable du juge de paix, accepter purement et simplement (art. 499/7, § 2, 5° ; *supra*, n° 189).

(523) Et la responsabilité du notaire engagée : S. THIELEN, « Administration légale et tutelle : actes soumis à autorisation », *o.c.*, p. 126, n° 46.

(524) En raison notamment des règles relatives au rapport et à la réduction, du risque de déchéance du bénéfice d'inventaire, ainsi que pour des motifs fiscaux : P. DELNOY, « Comparaison des avantages et inconvénients de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire et de la répudiation d'une succession », *o.c.*, p. 200 ; rappr. : F. DEBUCQUOY, « Machtiging aan de voorlopige bewindvoerder tot aanvaarding onder voorrecht van boedelbeschrijving », note sous J.P. Saint-Trond, 17 décembre 1998, *T. Not.*, 2001, p. 85.

(525) En ce sens : D. PATART, « L'incidence de la réforme de la tutelle sur l'inventaire des biens des mineurs », *o.c.*, n° 25293, pp. 462-464, n° 4 ; S. MOSSELMANS, « Art. 410 B.W. », *o.c.*, n° 122 ; T. WUYTS, *Vermogensbeheer door ouder(s), voogd en voorlopig bewindvoerder*, *o.c.*, p. 107, n° 197 ; *contra* : N. GALLUS, « La minorité et la banque (tutelle et administration légale) », *o.c.*, p. 15 ; S. THIELEN, « Administration légale et tutelle : actes soumis à autorisation », *o.c.*, p. 126, n° 46. Comp. *supra*, n° 277, quant à la forme, nécessairement authentique selon nous, de l'inventaire de tutelle.

(526) J.P. Landen, 10 octobre 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 937 (somm.), *J.J.P.*, 2009, p. 86, note T. VAN SINAY, *op. cit.* p. 308 (refus d'une demande d'établir un inventaire sous seing privé).

(527) Pour un cas de dilapidation par la mère tutrice (ancien droit belge) : C.E.D.H., *Stagno c. Belgique*, arrêt du 7 juillet 2009, *J.T.*, 2009, p. 499, *Juristenkrant*, 2009, n° 199, p. 3, obs. E. DE KEZEL.

(528) F. SWENNEN, « Gelden van minderjarigen : knelpunten van de voogdijwet en de reparatiewet voogdij 2003 », *T. Not.*, 2005, p. 318 et *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 183, n° 279.

mineur (art. 410, § 1<sup>er</sup>, 6<sup>o</sup>)<sup>(529)</sup>, car ces libéralités peuvent être grevées de charges, être d'origine douteuse ou, plus simplement, engendrer à charge du gratifié un devoir (moral) de reconnaissance. Toute forme de libéralité est visée, y compris celles déguisées ou indirectes, notamment par attribution bénéficiaire d'une assurance-épargne<sup>(530)</sup>.

Pour le mineur sous *autorité parentale*, l'article 378, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil réserve l'application de l'article 935, alinéa 3, du même Code : la donation<sup>(531)</sup> peut être acceptée pour le mineur par un ascendant (parent ou grand-parent) sans autorisation judiciaire<sup>(532)</sup>.

En cas d'opposition d'intérêts entre l'enfant et ses père et mère, par exemple si la donation est grevée d'une charge à leur profit, un tuteur *ad hoc* sera désigné par le juge de paix (art. 378, § 1<sup>er</sup>, al. 6). Nous considérons qu'une donation consentie par les parents à leur enfant suscite toujours une opposition d'intérêts, fût-elle virtuelle ou morale, et que, dans cette mesure, notamment l'« acceptation croisée » par chaque parent de la donation par l'autre de sa part indivise n'est pas satisfaisante<sup>(533)</sup>.

La loi n'évoque pas la *renonciation* à une libéralité. S'il en résulte que le représentant du mineur peut, sans contrôle immédiat, priver celui-ci d'un avantage patrimonial et léser ses intérêts<sup>(534)</sup>, les redditions

(529) Pour plus de détails, voy. : J. VERSTRAETE, « Schenkingen aan minderjarigen », in *Het sluiten van een vastgoedcontract door een minderjarige. Gevolgen van de nieuwe voogdijwet* (D. MEULEMANS éd.), Gand, Larcier, 2002, pp. 149 et s.

(530) Sur les modalités de l'habilitation dans ces hypothèses : S. MOSSELMANS, « Art. 410 B.W. », *o.c.*, n° 130 et les réf. cit.

(531) Le legs particulier ne peut pas être accepté ainsi par les parents du mineur (voy. : C. DE WULF, « Erfenissen, schenkingen en testamenten, verzegeling, boedelbeschrijving en verdelingen », *o.c.*, pp. 332-333, n° 744).

(532) Comp. : J.P. Westerlo, 8 novembre 2004, *J.J.P.*, 2005, p. 511, *NjW*, 2005, p. 1275, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 299 (somm.) (demande d'autorisation par le grand-père ; abusive).

(533) J.P. Houthalen-Hechtere, 28 novembre 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 720, note F. DEBUCQUOY, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 231 (somm.). Dans le même sens : F. BUYSSENS, « Schenkingen aan minderjarigen bij echtscheiding door onderlinge toestemming », *E.J.*, 1995, p. 102 ; H. CASMAN, « De nieuwe voogdijwet », *N.F.M.*, 2001, p. 245 ; rappr. : J.P. Saint-Trond, 28 mars 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 247 (somm.), *J.J.P.*, 2007, p. 258, *R.W.*, 2008-2009, p. 1098, note R. BARBAIX (refus en raison du risque d'action paulienne contre les parents donataires). En sens contraire : C. DE WULF, « Erfenissen, schenkingen en testamenten, verzegeling, boedelbeschrijving en verdelingen », *o.c.*, p. 328, n° 733 ; F. SWENNEN, « Grondvoorwaarden/Bekwaamheid/Schenker », in *Handboek Estate Planning 2 – Vermogensplanning met effect bij leven : Schenking* (A. VERBEKE, F. BUYSSENS et H. DERYCKE éd.), Bruxelles, Larcier, 2005, p. 22 ; J. VERSTRAETE, « Schenkingen aan minderjarigen », *La Basoche*, 2002/4, pp. 52-53, n° 20 ; T. WUYTS, *Vermogensbeheer door ouder(s), voogd en voorlopig bewindvoerder*, *o.c.*, p. 113, n° 209 ; J.P. Fontaine-L'Évêque, 22 août 2011, *J.J.P.*, 2013, p. 426.

(534) En ce sens : H. CASMAN et J.-P. MASSON, « La nouvelle législation sur la tutelle », *o.c.*, p. 37, n° 30 ; C. DE WULF, « Erfenissen, schenkingen en testamenten, verzegeling, boedelbeschrijving en verdelingen », *o.c.*, p. 333, n° 745 ; S. THIELEN, « Administration légale et tutelle : actes soumis à autorisation », *o.c.*, pp. 128-129, n° 51 ; T. WUYTS, *Vermogensbeheer door ouder(s), voogd en voorlopig bewindvoerder*, *o.c.*, p. 115, n° 212 ; *contra*, en ce qui concerne la renonciation à un legs particulier : F. DEBUCQUOY, note précitée, p. 722, note 10 ; P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *o.c.*, n° 84 ; S. MOSSELMANS, « Art. 410 B.W. », *o.c.*, n° 135.

annuelles et finale de compte – ou l'action sur la base de l'article 379 pour les parents – pourront sanctionner un abus dans ce domaine.

**293. 7. Action en justice.** Le tuteur doit être autorisé pour agir comme *demandeur* au nom du mineur, même si la demande concerne un droit personnel du mineur (ex. : contestation de paternité)<sup>(535)</sup>. La notion de « demandeur » inclut, selon nous, les demandes reconventionnelles, celles en intervention, les actions en référé, mais exclut l'exercice des voies de recours<sup>(536)</sup>. Le juge de paix doit apprécier l'intérêt du mineur à agir, le sérieux de la demande, son caractère non manifestement infondé, mais non ses chances d'emporter le procès.

Le tuteur peut en principe *défendre* seul au nom du mineur et même *acquiescer* seul à un jugement ou à une demande formulée à l'encontre de celui-ci (art. 410, § 1<sup>er</sup>, 10<sup>o</sup>, abrogé par L. du 13 février 2003)<sup>(537)</sup>.

Le parallélisme entre tutelle et autorité parentale est rompu : les titulaires de l'autorité parentale peuvent agir seuls en justice au nom du mineur<sup>(538)</sup> sauf en cas d'opposition d'intérêts<sup>(539)</sup> (art. 378, § 2), mais les sommes revenant le cas échéant au mineur seront indisponibles (art. 379, al. 2 ; *infra*, n° 299). Quant au tuteur, toujours sous réserve d'une opposition d'intérêts, il n'est exempté d'autorisation que pour certaines procédures de nature *conservatoire*, pour celles assorties par ailleurs de *mesures protectrices* des intérêts du mineur (art. 1150, 1180, 1<sup>o</sup>, et 1206 C. jud.)<sup>(540)</sup> et pour la *constitution de partie civile* au nom d'un mineur (art. 410, § 1<sup>er</sup>, 7<sup>o</sup>, réd. L. du 18 avril 2010)<sup>(541)</sup>.

(535) E. VIEUJEAN, « Premier regard sur la nouvelle tutelle », *o.c.*, p. 41, n° 46.

(536) Pour rappel, en matière d'administration provisoire, la Cour de cassation a jugé qu'une autorisation n'est pas nécessaire pour exercer une voie de recours (Cass., 15 juin 2009, *Pas.*, 2009, p. 1535, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 83, *T. Fam.*, 2010, p. 56, note S. VAN SCHEL, *R.W.*, 2010-2011, p. 702 (somm.) ; Cass., 29 avril 2011, *Pas.*, 2011, p. 1199, *R.W.*, 2012-2013, p. 578 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 965 (somm.) ; *supra*, n° 185). Pour une synthèse de ces questions controversées, voy. : S. MOSSELMANS, *Voogdij*, *o.c.*, pp. 345 et s., n<sup>os</sup> 607-615 ; T. WUYTS, *Vermogensbeheer door ouder(s), voogd en voorlopig bewindvoerder*, *o.c.*, p. 119, n<sup>os</sup> 222 et s.

(537) Pour une critique : H. CASMAN et J.-P. MASSON, « La nouvelle législation sur la tutelle », *o.c.*, p. 38, n° 31.

(538) Pour une critique, notamment eu égard au coût de certaines procédures judiciaires : S. MOSSELMANS, « Art. 378 B.W. », *o.c.*, n° 33.

(539) J.P. Roeselare, 15 novembre 2001, *R.W.*, 2001-2002, p. 1184, note, *J.J.P.*, 2002, p. 395, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 639 (somm.).

(540) Apposition de scellés, inventaire, partage amiable (dispensé d'autorisation ; *supra*, n° 186), mais non la demande en partage judiciaire. Voy. : H. CASMAN et J.-P. MASSON, « La nouvelle législation sur la tutelle », *o.c.*, pp. 38-39, n° 31 ; E. VIEUJEAN, « Premier regard sur la nouvelle tutelle », *o.c.*, p. 43, n° 50.

(541) Comp. : Cass., 27 novembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2122 ; Liège, 23 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 161, obs. E. VIEUJEAN. La loi vise également la constitution de partie civile en mains du *juge d'instruction*. Pour plus de détails sous l'ancien droit : F. SWENNEN, « Vertegenwoordiging in rechte als eiser van een onbekwame : gevolgen van de afwezigheid van machtiging », *o.c.*, p. 385.

**294. 8. Pacte d'indivision.** Les pactes d'indivision visés par l'article 410, § 1<sup>er</sup>, 8°, sont ceux que l'article 815, alinéa 2, permet pour une durée maximale de 5 ans. On en voit bien l'utilité en ce qui concerne les biens échus au mineur dans la succession de ses parents<sup>(542)</sup>. L'adjonction d'une clause d'accroissement et la stipulation d'une clause de tontine relèvent à notre avis des aliénations (art. 410, § 1<sup>er</sup>, 1°).

**295. 9. Achat d'un bien immeuble.** L'autorisation du juge de paix est actuellement<sup>(543)</sup> imposée pour l'achat d'un immeuble quelles que soient les formes de l'acquisition (ex. : adjudication publique)<sup>(544)</sup> ou les modalités de paiement du prix (art. 410, § 1<sup>er</sup>, 9°)<sup>(545)</sup> et même, selon nous, si le prix de l'acquisition au nom du mineur est payé au moyen de capitaux appartenant à ses parents<sup>(546)</sup>. Des formalités supplémentaires sont requises si des fonds déposés sur un compte bancaire doivent être mobilisés (art. 410, § 1<sup>er</sup>, 14° ; *infra*, n° 300). En toute hypothèse, l'autorisation est préalable<sup>(547)</sup>, mais l'acte d'achat ne doit pas être passé devant le juge de paix.

Outre celle de l'achat proprement dit, des autorisations supplémentaires peuvent être nécessaires, notamment pour la vente des titres qui financeront l'achat (art. 410, § 1<sup>er</sup>, 1° ; *supra*, n° 287), la conclusion d'un emprunt (art. 410, § 1<sup>er</sup>, 2°) ou la constitution d'hypothèque (art. 410, § 1<sup>er</sup>, 3°).

La mention expresse de l'acquisition d'un immeuble est-elle de nature à exempter d'autorisation l'achat d'un *meuble*, à l'initiative du tuteur ou des titulaires de l'autorité parentale ? Au rebours d'une

(542) L'autorisation est également requise s'il s'agit d'assortir une indivision nouvellement créée.

(543) Comp. : la qualification antérieure d'« acte d'administration » en l'absence d'emprunt associé : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes, o.c.*, p. 1260, n° 1370, *litt. b.*

(544) Les enchérisseurs peuvent éventuellement s'engager à acquérir en leur nom pour le cas où l'autorisation ne serait pas obtenue ultérieurement (S. THIELEN, « Administration légale et tutelle : actes soumis à autorisation », *o.c.*, p. 122, n° 36).

(545) J.P. Eupen, 30 mars 2005, *J.J.P.*, 2005, p. 376 (constitution d'une société avec le capital des enfants en vue d'acquérir un immeuble ; refus). Pour plus de détails : N. DELFORGE et I. VOETEN, « De aan- en verkoop van een onroerend goed door een minderjarige na de nieuwe Voogdijwet », *o.c.*, p. 11 ; S. THIELEN, « Administration légale et tutelle : actes soumis à autorisation », *o.c.*, pp. 120-123.

(546) Rapp. : J.P. Fontaine-l'Évêque, 25 février 2008, *J.J.P.*, 2009, p. 145 (autorisation d'acquérir accordée après signature de l'acte d'achat). Une telle donation (indirecte) nécessite une acceptation et soulève, selon nous, une opposition d'intérêts rendant problématique l'acceptation familiale prévue par l'article 935, al. 3 (*supra*, n° 292). *Contra* : H. CASMAN et J.-P. MASSON, « La nouvelle législation sur la tutelle », *o.c.*, p. 47, note 104 ; C. DE BUSSCHERE, « Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen : enkele aspecten en enkele beschouwingen », *o.c.*, p. 417, n° 124 ; M. GRÉGOIRE, « La loi du 29 avril 2001 modifiant les dispositions légales en matière d'autorité parentale et de tutelle », *Rev. not. belge*, 2002, p. 184, n° 65 ; T. WUYTS, *Vermogensbeheer door ouder(s), voogd en voorlopig bewindvoerder, o.c.*, p. 92, n° 161.

(547) J.P. Fontaine-l'Évêque, 25 février 2008, précité. Sur l'utilisation d'une clause de porte-fort, voy. : M. GRÉGOIRE, « La loi du 29 avril 2001 modifiant les dispositions légales en matière d'autorité parentale et de tutelle », *o.c.*, p. 185, n° 66.

doctrine majoritaire en ce sens<sup>(548)</sup>, nous pensons, avec M<sup>me</sup> Casman et M. Masson<sup>(549)</sup>, que l'autorisation du juge de paix est requise dans la mesure où elle implique un retrait bancaire et une disposition de valeurs financières<sup>(550)</sup> et une modification de la composition du patrimoine du mineur.

Nous avons en effet peine à admettre que la disposition d'argent liquide soit plus libre que celle de valeurs financières aisément traçables, et devons rappeler que les sommes dont il est question ici sont des capitaux que les parents veulent mobiliser après avoir pu et dû épuiser les revenus des biens dont ils ont la jouissance légale (art. 384), et qui échappent aux mesures d'indisponibilité prescrites par la loi (art. 379, al. 2, et 776). Contrairement aux tuteurs, les parents ne sont pas astreints à des redditions annuelles de compte ni au moindre contrôle familial, et sont moins surveillés qu'un administrateur. Aussi, à l'analyse *a contrario* des dispositions limitant la libre gestion financière laissant aux parents une plénitude de pouvoirs sur les capitaux disponibles<sup>(551)</sup>, nous préférons l'extension analogique du contrôle judiciaire des aliénations, par respect de l'esprit de la loi, à savoir la protection du mineur.

Évidemment, cette interprétation extensive doit être conforme à la raison d'être de la restriction de capacité de gestion du tuteur ou des parents, à savoir éviter des achats desservant les intérêts du mineur ou des retraits d'argent servant principalement les intérêts de ses représentants, comme on en trouve des illustrations dans la jurisprudence postérieure et antérieure aux réformes de 2001 et de 2003<sup>(552)</sup>. Par cette dernière précision, nous pensons convaincre de la praticabilité de la thèse soutenue et

(548) N. GALLUS, « La minorité et la banque (tutelle et administration légale) », *o.c.*, pp. 36-38 ; S. MOSSELMANS, « Art. 378 B.W. », *o.c.*, n<sup>os</sup> 43-44 et « Art. 410 B.W. », *o.c.*, n<sup>o</sup> 91 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n<sup>o</sup> 1351 ; F. SWENNEN et K. JANSSENS, « Het nieuwe voogdijrecht », *o.c.*, p. 16, n<sup>o</sup> 78 ; S. THIELEN, « Administration légale et tutelle : actes soumis à autorisation », *o.c.*, p. 122, n<sup>o</sup> 38 ; T. WUYTS, *Vermogensbeheer door ouder(s), voogd en voorlopig bewindvoerder*, *o.c.*, pp. 88 et s., n<sup>os</sup> 155 et 157. En ce sens : J.P. Sint-Niklaas, 22 mai 2002, *J.J.P.*, 2002, p. 424, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 641 (somm.) ; J.P. Alost, 20 mars 2003, *T.G.R.*, 2004, p. 209 ; J.P. Saint-Nicolas, 11 avril 2003, *T.G.R.*, 2004, p. 208.

(549) H. CASMAN, « De nieuwe voogdijwet », *o.c.*, pp. 233 et 243-244 ; H. CASMAN et J.-P. MASSON, « La nouvelle législation sur la tutelle », *o.c.*, p. 48, n<sup>o</sup> 38 ; rappr. : L. CARENS, « Commentaar m.b.t. de praktische toepassing van de recentste wetwijzigingen in verband met ouderlijk gezag en voogdij aan de hand van rechtspraak en voorbeelden », in *Actualités en matière d'autorité parentale, de tutelle et d'administration provisoire* (S. MAERTENS et G. BENOIT éd.), Bruges, die Keure, 2004, pp. 156-157, n<sup>o</sup> 7 et pp. 161-162, n<sup>o</sup> 17 ; M. GRÉGOIRE, « La loi du 29 avril 2001 modifiant les dispositions légales en matière de tutelle », p. 163, n<sup>o</sup> 41. En ce sens : J.P. Charleroi, 29 mai 2002, *J.J.P.*, 2002, p. 426, *Rev. not. belge*, 2002, p. 94.

(550) J.P. Gand, 9 septembre 2003, *R.W.*, 2003-2004, p. 829, note F. SWENNEN et S. MOSSELMANS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 774 (somm.) (vente de titres).

(551) Art. 379, al. 2, art. 776, art. 410, § 1<sup>er</sup>, 14<sup>o</sup> ; *infra*, n<sup>os</sup> 300-301.

(552) Mons, 18 janvier 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1786, *Rec. gén. enr. not.*, 2007, p. 185, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 886. On rappellera que l'arrêt fondateur de l'ancien régime de la gestion tutélaire et parentale sanctionnait un tuteur-parent (Cass., 6 mai 1943, *Pas.*, 1943, I, p. 157, *R.C.J.B.*, 1947, p. 181, note G. VAN HECKE, *Rev. prat. not.*, 1943, p. 235, obs. J.B.).

rencontrer les objections de la doctrine majoritaire : le représentant peut sans risques ne pas solliciter l'autorisation<sup>(553)</sup> pour les achats mobiliers de faible importance et/ou pour les achats à propos desquels il est certain de pouvoir rendre compte.

On relativisera également l'importance pratique de cette discussion en annonçant que les capitaux les plus importants revenant au mineur seront affectés d'une mesure d'indisponibilité (art. 410, § 1<sup>er</sup>, 14<sup>o</sup> *jo.* art. 379, al. 2, et 776 ; *infra*, n<sup>o</sup> 299) et que les fonds confiés par le juge de paix pour leur gestion à un établissement bancaire sont plus aisément disponibles (art. 407, § 3 ; *infra*, n<sup>o</sup> 300).

**296. 10. Transaction et convention d'arbitrage.** Les transactions, conventions d'arbitrage et actes assimilés<sup>(554)</sup> gagnent en simplicité : une autorisation spéciale du juge de paix suffit (art. 410, § 1<sup>er</sup>, 11<sup>o</sup>), mais son examen au regard de l'intérêt du mineur requiert une attention particulière<sup>(555)</sup>. L'article 2045, alinéa 2, du Code civil ajoute que pour transiger *avec le tuteur*, notamment dans le cadre des comptes de tutelle, le majeur doit attendre l'approbation du compte définitif (art. 416 ; *supra*, n<sup>o</sup> 283).

**297. 11. Continuer un commerce.** Si le mineur recueille un commerce par succession légale ou testamentaire, sa continuation<sup>(556)</sup> est soumise à autorisation et peut être confiée par le juge de paix à un administrateur spécial (art. 410, § 1<sup>er</sup>, 12<sup>o</sup>)<sup>(557)</sup>. Il est en effet parfois souhaitable d'éviter la liquidation immédiate du commerce exercé par les parents. La gestion de parts sociales relève des règles applicables aux biens meubles<sup>(558)</sup> et l'apport du commerce en société constitue une aliénation<sup>(559)</sup>.

Le juge fixe le cadre général de l'activité commerciale à l'ouverture de la tutelle (art. 407, § 1<sup>er</sup>, 7<sup>o</sup>) et prend les mesures urgentes qui

(553) Et (surtout) convaincre l'intermédiaire financier.

(554) Sur ces conventions : O. CAPRASSE, « De la tierce décision obligatoire », *o.c.*, p. 565 ; B. TILLEMANS, I. CLAEYS, Ch. COUDRON et K. LOONTJENS, « Dading », *o.c.*

(555) Pour plus de détails en matière d'incapacités : F. DEBUCQUOY, note sous J.P. Maaseik, 1<sup>er</sup> décembre 1999, *T. Not.*, 2002, pp. 238-239 et pp. 242-245. Voy. : Pol. Bruges, 20 décembre 2005, *R.W.*, 2008-2009, p. 1742, *T.J.K.*, 2009, p. 355 (somm.), *Bull. Ass.*, 2006, p. 349 ; J.P. Roeselare, 30 novembre 2004, *J.J.P.*, 2005, p. 516, note, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 299 (somm.) (refus de régulariser une transaction) ; J.P. Roeselare, 24 mars 2005, *J.J.P.*, 2005, p. 523, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 300 (somm.) (rejet) ; J.P. Roeselare, 5 juillet 2005, *R.W.*, 2006-2007, p. 693, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 246 (somm.) (rejet) ; J.P. Roeselare, 27 octobre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 247 (somm.), *J.J.P.*, 2007, p. 268 (rejet).

(556) En aucun cas le tuteur ne peut initier un commerce au nom du mineur (H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, *o.c.*, pp. 1292-1293, n<sup>o</sup> 1407).

(557) Pour une analyse approfondie : E. DEBUSSCHER, « Verderzetting van een handelszaak door een minderjarige. Gevolgen van de nieuwe Voogdijwet », in *Het sluiten van een vastgoedcontract door een minderjarige. Gevolgen van de nieuwe voogdijwet* (D. MEULEMANS éd.), Gand, Larcier, 2002, p. 179.

(558) Comp. : J.P. Fontaine-l'Évêque, 8 août 2011, *J.J.P.*, 2013, p. 423, *J.D.S.C.* 2014, p. 15.

(559) Civ. Tongres, 13 janvier 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 235 (somm.), *L.R.L.*, 2003, p. 209.

s'imposent en vue d'assurer sa continuité (art. 391)<sup>(560)</sup>. Il dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour ordonner, par exemple, la mise en location, en société ou en liquidation du commerce. Le statut de l'*administrateur spécial* éventuellement désigné n'est pas précisé par la loi et peut être source de difficultés, notamment en cas de divergence d'appréciation avec le tuteur<sup>(561)</sup>. Le contrôle permanent du juge de paix, déduit de sa faculté de retirer à tout moment son autorisation (art. 410, § 1<sup>er</sup>, 12<sup>o</sup> *in fine*), est primordial et l'obligation annuelle de reddition de compte revêt une signification particulière.

**298. 12. Souvenirs et objets à caractère personnel.** L'aliénation des souvenirs et objets personnels, même de faible valeur, est soumise à autorisation judiciaire (art. 410, § 1<sup>er</sup>, 13<sup>o</sup>) et accordée en cas de nécessité absolue. Ces biens ne sont jamais compris dans l'autorisation donnée à l'aliénation de leur contenant (art. 410, § 2, al. 4)<sup>(562)</sup>. Le mineur doté du discernement est entendu quel que soit son âge.

**299. 13. Disposer de biens indisponibles en application des articles 379 ou 776 ou d'une ancienne décision du conseil de famille.** La loi rend indisponibles certaines sommes d'argent revenant au mineur et prescrit une autorisation préalable à leur disposition (art. 410, § 1<sup>er</sup>, 14<sup>o</sup>) :

- en vertu de l'article 379, applicable durant l'autorité parentale ou la tutelle<sup>(563)</sup>, toute *décision judiciaire statuant sur des sommes revenant au mineur* ordonne leur versement sur un compte bancaire et leur indisponibilité jusqu'à sa majorité (ex. : indemnisation, produit d'une action en nullité d'un acte irrégulier) ;
- en vertu de l'article 776, il en va de même pour les *sommes échues au mineur à titre successoral*<sup>(564)</sup> ;
- enfin, une ancienne *décision du conseil de famille* emportant blocage de fonds conserve sa validité<sup>(565)</sup>.

(560) Application : Civ. Liège (réf.), 17 février 1989, *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 135.

(561) Voy. : S. MOSSELMANS, « Art. 410 B.W. », *o.c.*, n° 177.

(562) Sur l'utilité de cette disposition eu égard à l'article 410, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, qui dispense d'autorisation l'aliénation des « objets de rebut » : E. VIEUJEAN, « Premier regard sur la nouvelle tutelle », *o.c.*, p. 38, n° 42.

(563) S. MOSSELMANS, « Art. 410 B.W. », *o.c.*, n° 74 ; *contra* : F. SWENNEN et T. ROBERT, « De toezichhouders op het beheer (de beheerders) van andermans vermogen – *Capita selecta* », *R. W.*, 2003-2004, p. 1616, n° 8 ; T. WUYTS, *Vermogensbeheer door ouder(s), voogd en voorlopig bewindvoerder*, *o.c.*, p. 128, n°s 245-246.

(564) J.P. Westerlo, 21 octobre 2003, *J.J.P.*, 2004, p. 216, *R. W.*, 2003-2004, p. 1513, note F. SWENNEN. Sur les problèmes rencontrés par les banques relativement à cette disposition : N. GALLUS, « La minorité et la banque (tutelle et administration légale) », *o.c.*, pp. 40-41.

(565) Sur les difficultés d'application de cette disposition en ce qui concerne les capitaux gérés par le parent survivant, anciennement tuteur, mais réinvesti de son autorité parentale à l'égard des biens lors de l'entrée en vigueur de la loi du 29 avril 2001 : S. MOSSELMANS, « Art. 410 B.W. », *o.c.*, n° 77.

Le législateur renforce ainsi, à juste titre selon nous<sup>(566)</sup>, la protection du patrimoine financier du mineur, surtout de celui sous autorité parentale. On précisera qu'en ce qui concerne l'autorité parentale, l'article 379 ne vise que les capitaux<sup>(567)</sup> acquis en vertu d'une décision judiciaire et non ceux détenus par le mineur à un autre titre, par exemple à la suite de la vente d'un bien, sauf précision en ce sens dans l'autorisation judiciaire. Les articles 379 et 776 s'appliquent sans préjudice du droit de jouissance légale des parents (*infra*, n° 751-752).

## 2° Gestion des capitaux et de l'épargne

**300. Gestion financière par le tuteur.** Les dispositions légales réglementant la perception et la gestion des capitaux du mineur sous tutelle sont nombreuses, précises, mais éparses et pas toutes transposables à l'autorité parentale. Elles contribuent à la protection des intérêts des mineurs, centre de gravité du régime d'administration patrimoniale.

Des *comptes bancaires* sont ouverts par le tuteur au nom du mineur dans l'établissement choisi dans l'ordonnance initiale et recueillent les fonds qui lui appartiennent (art. 409, § 2, al. 2-3 *jo.* art. 407, § 1<sup>er</sup>, 4°). Un compte-titres recueille ses éventuelles valeurs mobilières (art. 408, al. 1<sup>er</sup> *jo.* art. 407, § 1<sup>er</sup>, 4°).

La *perception* des capitaux échus au mineur nécessite le contreseing du subrogé tuteur (ex. : prix de vente d'un immeuble<sup>(568)</sup>, capital d'assurance, indemnité d'expropriation, *etc.*) (art. 409, § 2, al. 1<sup>er</sup>). Ces capitaux sont déposés dans les 15 jours sur son compte bancaire et peuvent faire l'objet d'une ordonnance précisant les modalités ultérieures de leur placement (art. 409, § 2, al. 3-4).

La *gestion* des capitaux par le tuteur – retraits, (re)placements – a été voulue plus dynamique qu'auparavant, mais – peut-être à tort – détachée des garanties fournies par le tuteur. L'ordonnance initiale est primordiale à cet égard.

En principe, les *retraits* de fonds ou de valeurs sont subordonnés au respect des conditions éventuellement fixées dans cette ordonnance

(566) Nettement plus critiqués : Th. MOREAU et J. SOSSON, « La loi du 13 février 2003 modifiant certaines dispositions du Code civil et du Code judiciaire en ce qui concerne la protection des biens des mineurs », *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, pp. 703 et s.

(567) L'interprétation en ce sens du terme « sommes » dans l'article 379, al. 2, permet notamment d'exclure les arrérages de contribution alimentaire ; rappr. : T. WUYTS, *Vermogensbeheer door ouder(s), voogd en voorlopig bewindvoerder*, o.c., p. 129, n° 248 ; *contra* : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familiericht*, o.c., n° 1147. Comp. : Civ. Courtrai, 7 novembre 2008, C.R.A., 2009, p. 433 (indemnité en capital remplaçant des pensions alimentaires ; impossibilité pour le parent survivant d'en bénéficier).

(568) Sur la responsabilité notariale : S. THIELEN, « Administration légale et tutelle : actes soumis à autorisation », o.c., p. 116, n° 25.

(art. 407, § 1<sup>er</sup>, 5<sup>o</sup>), mais celles-ci peuvent être modifiées (art. 407, § 2). Si le mineur dispose d'importants revenus, le juge a pu également déterminer dans cette ordonnance la somme à partir de laquelle leur excédent sur les dépenses devait être employé ainsi que les modalités de cet emploi (art. 409, § 1<sup>er</sup> *jo.* art. 407, § 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>).

Le tuteur doit rechercher les *placements* les plus rémunérateurs, en concertation avec le subrogé tuteur, le juge de paix et le mineur âgé de plus de 15 ans (art. 409, § 2, al. 4)<sup>(569)</sup>, mais seule une gestion « en bon père de famille » est conforme à la finalité de sa mission<sup>(570)</sup>.

À cet effet, l'article 408, alinéa 2, du Code civil permet le *renouvellement*, sans autorisation spéciale, des titres au porteur et autres valeurs mobilières en titres ou valeurs analogues déposés en compte<sup>(571)</sup>.

Par ailleurs, le juge de paix peut confier à un établissement bancaire une *mission de gestion* des fonds, titres et valeurs (art. 407, § 3) assortie d'un contrôle plus ou moins étroit, mais emportant en principe pour le gestionnaire le pouvoir de réaliser des arbitrages sans autorisation spéciale. Par contre, si le tuteur confie sans autorisation judiciaire cette gestion à un établissement bancaire, il ne pourra pas faire exécuter des ordres emportant aliénation sans autorisation du juge de paix (art. 410, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>)<sup>(572)</sup>.

**301. Gestion financière par les titulaires de l'autorité parentale.** Les titulaires de l'autorité parentale *perçoivent* seuls les capitaux revenant au mineur, sauf si l'ordonnance d'autorisation de vente en dispose autrement.

Ils bénéficient en théorie d'une liberté de *gestion* plus grande que le tuteur car l'article 378, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, renvoie au seul article 410 – avec ses mesures d'indisponibilité de capitaux<sup>(573)</sup> (art. 410, § 1<sup>er</sup>, 14<sup>o</sup> *jo.* art. 379, al. 2, et art. 776) – et non aux dispositions contraignantes des articles 407 et suivants en matière de budgets et de seuils de placement obligatoires<sup>(574)</sup>. Ils sont astreints à reddition de compte (art. 379,

(569) L'obligation de rechercher le placement le plus rémunérateur s'applique aussi à l'épargne : E. VIEUJEAN, « Premier regard sur la nouvelle tutelle », *o.c.*, p. 45, n<sup>o</sup> 54. Comp. : J.P. Roeselare, 6 février 2003, *J.J.P.*, 2004, p. 212, note (assurance-épargne ; demande d'autorisation sans intérêt).

(570) H. CASMAN, « De nieuwe voogdijwet », *o.c.*, p. 230.

(571) Il semble, et c'est regrettable, que la pratique bancaire étende cette disposition à l'autorité parentale (N. GALLUS, « La minorité et la banque (tutelle et administration légale) », *o.c.*, p. 39 et les réf. cit. note 56).

(572) H. CASMAN et J.-P. MASSON, « La nouvelle législation sur la tutelle », *o.c.*, p. 31, n<sup>o</sup> 21.

(573) Encore faut-il déterminer si les fonds doivent être frappés d'indisponibilité. Application : J.P. Zottegem, 24 mai 2011, *J.J.P.*, 2013, p. 413, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 205 (somm.).

(574) Voy. : F. DERÈME, « La protection des biens des mineurs après les réformes des lois des 29 avril 2001 et 13 février 2003 – Examen du cas particulier de l'enfant mineur ayant perdu l'un de ses deux parents », *J.T.*, 2005, p. 17.

al. 1<sup>er</sup>), mais une seule fois à la majorité et en principe seulement quant au capital (art. 384-387)<sup>(575)</sup>.

Une autorisation spéciale est requise pour la vente de *titres* avant leur échéance<sup>(576)</sup> (art. 410, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>), sauf si l'opération participe d'une gestion confiée, sur autorisation du juge de paix, à un établissement bancaire agréé<sup>(577)</sup>.

Les parents pourront-ils effectuer sans autorisation des *retraits* de capitaux non frappés d'indisponibilité par la loi ? En principe non, pour les raisons et avec les nuances exposées ci-avant<sup>(578)</sup> (*supra*, n° 295)<sup>(579)</sup>.

### 3° Sanction des actes irréguliers

**302. Nullité.** Si le représentant du mineur<sup>(580)</sup> accomplit un acte interdit, agit sans autorisation judiciaire<sup>(581)</sup> ou néglige d'autres formalités, l'acte est nul. Relative, la nullité ne peut être demandée que par le mineur

(575) Cass., 11 décembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 414, *R.W.*, 1981-1982, col. 1609 ; Bruxelles, 19 janvier 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 643 (réparation du préjudice subi par la mise en gage de titres appartenant à la mineure) ; Gand, 8 janvier 2004, *NjW*, 2004, p. 740, note GV (obligation de restituer un retrait de fonds appartenant au mineur, jugé valable par représentation) ; Mons, 18 janvier 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1786, *Rec. gén. enr. not.*, 2007, p. 185, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 886 (obligation de restituer les fonds prélevés, augmentés, à tort, des intérêts – art. 384) ; *contra*, à tort : Anvers, 17 janvier 2000, *R.W.*, 2000-2001, p. 272, *J.D.J.*, 2004, p. 40, *J.D.J.*, 2003, p. 43.

(576) *Contra* : J.P. Fontaine-L'Évêque, 7 mai 2008, *J.J.P.*, 2010, p. 199. Certains refusent, à tort selon nous, de distinguer entre titre arrivé à échéance et titre non échu et permettent la vente des premiers sans autorisation judiciaire (FR. DERÈME, « La protection des biens des mineurs après les réformes des lois des 29 avril 2001 et 13 février 2003 – Examen du cas particulier de l'enfant mineur ayant perdu l'un de ses deux parents », *o.c.*, p. 21). Sur cette question, voy. : T. WUYTS, *Vermogensbeheer door ouder(s), voogd en voorlopig bewindvoerder*, *o.c.*, p. 83, n° 145, et les réf. cit. note 308.

(577) Arg. tiré de l'article 407, § 3. Avec M<sup>me</sup> CASMAN, nous pensons que les parents peuvent solliciter une telle autorisation (art. 378, al. 1<sup>er</sup> jo. art. 410, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, exceptant ce type de gestion bancaire) (H. CASMAN, « De nieuwe voogdijwet », *o.c.*, p. 243 ; F. SWENNEN, « Het ouderlijk gezag en de voogdij. Recente en komende wetgeving », in *Jongeren & Recht*, Anvers, Intersentia, 2003, pp. 60-61, n° 112 ; *contra* : P. LETTANY, « Het beheer van rekeningen en van portefeuilles van minderjarigen en de erfenis regeling. Bankrekeningen van minderjarigen onder ouderlijk gezag », in *Banque et famille* (M. TISON réd.), Cahiers AEDBF, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 286 ; S. MOSSELMANS, « Art. 407 B.W. », *o.c.*, n° 7, note 3 ; S. MOSSELMANS, *Voogdij*, *o.c.*, p. 436, n° 717, qui en déduit une plénitude de gestion financière au profit des parents).

(578) Voy. Civ. Courtrai, 14 mai 2013, *T.G.R.*, 2014, p. 23, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 124 (somm.), qui fait peser une obligation de vérification sur une agence bancaire.

(579) *Contra* : Gand, 8 janvier 2004, *NjW*, 2004, p. 740, note GV ; J.P. Fontaine-L'Évêque, 15 décembre 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 305. Pour une synthèse de cette controverse : F. SWENNEN, « Gelden van minderjarigen : knelpunten van de voogdijwet 2001 en de reparatiewet voogdij 2003 », *o.c.*, n°s 2-12 ; T. WUYTS, *Vermogensbeheer door ouder(s), voogd en voorlopig bewindvoerder*, *o.c.*, pp. 75-80, n°s 132-137.

(580) Sur la nullité des actes accomplis irrégulièrement par le mineur, voy. *supra*, n° 259.

(581) Le représentant ne peut régulariser un acte en sollicitant l'autorisation *post factum* : J.P. Landen-Zoutleuw, 10 février 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 245 (somm.), *J.J.P.*, 2007, p. 261 ; S. MOSSELMANS, « Art. 410 B.W. », *o.c.*, n° 183 ; T. WUYTS, *Vermogensbeheer door ouder(s), voogd en voorlopig bewindvoerder*, *o.c.*, p. 146, n° 291 ; *contra* : A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed : theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, 3<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 119, n° 280.1.

devenu majeur, ses ayants droit ou son représentant, mais non par le cocontractant<sup>(582)</sup> ; de droit, elle est prononcée même en l'absence de lésion. La situation est rétablie dans son état antérieur, à ceci près que le mineur n'est restituable qu'à concurrence de son profit (art. 1312).

L'acte est susceptible de confirmation par le mineur devenu majeur<sup>(583)</sup>, mais aussi par le représentant légal au nom du mineur et avec l'autorisation du juge de paix<sup>(584)</sup>. Cette possibilité n'existe pas pour les actes interdits au représentant.

**303. Responsabilité du représentant et des tiers.** Le *tuteur*<sup>(585)</sup> est responsable envers le mineur des dommages causés par une irrégularité de gestion (art. 405, § 1<sup>er</sup>, al. 3)<sup>(586)</sup> ou un défaut d'initiative utile<sup>(587)</sup>. Il n'est pas comptable des « simples erreurs »<sup>(588)</sup>, celles que les autorisations judiciaires visent à prévenir. Il n'est pas non plus responsable pour les délits causés par le mineur (art. 1384, al. 2)<sup>(589)</sup>.

Les *tiers* qui collaborent à l'accomplissement irrégulier d'un acte sont responsables du préjudice qu'ils causent au mineur selon l'intensité de leur devoir d'investigation quant aux pouvoirs du représentant ou du mineur agissant seul, ce devoir s'appréciant d'après la fonction du tiers et son degré de connaissance du cocontractant<sup>(590)</sup>. Tout est affaire de circonstances et d'apparences.

(582) Pour un droit d'action du ministère public : G. CLOSSET-MARCHAL, « Administration légale par les père et mère. Aspects de droit judiciaire privé », in *Tutelle et administration légale. Questions d'application de la loi du 29 avril 2001*, Actes du colloque tenu à la Faculté de droit de l'U.C.L. le 22 novembre 2002, p. 6.

(583) Cass., 22 mai 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 82 (somm.) (transaction).

(584) Il s'agit de l'autorisation qui aurait dû précéder l'acte : S. MOSSELMANS, « Art. 410 B.W. », *o.c.*, n° 181 ; S. THIELEN, « Administration légale et tutelle : actes soumis à autorisation », *o.c.*, p. 132, n° 69.

(585) Et, *mutatis mutandis*, le subrogé tuteur qui exerce en outre un devoir de surveillance (art. 403).

(586) Au pire, les irrégularités de gestion peuvent justifier la destitution du tuteur (art. 398, 2° ; *supra*, n° 282).

(587) Mons, 27 juin 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 89 (absence de réalisation d'un inventaire *post* successoral) ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, *o.c.*, p. 1324, n° 1440.

(588) E. VIEUJEAN, « Premier regard sur la nouvelle tutelle », *o.c.*, p. 20, n° 22 ; S. MOSSELMANS, « Art. 405 B.W. », *o.c.*, n° 14.

(589) E. MONTERO et A. PÜTZ, « La responsabilité des parents à la croisée des chemins », *o.c.*, p. 44, n° 2.

(590) Pour plus de détails : Y.-H. LELEU, « Le ménage apparent des époux séparés », note sous Cass., 15 octobre 1999, *R.C.J.B.*, 2001, p. 73.

## § 4. Protection du mineur émancipé

### I. Notion et conditions

**304. Notion. Intérêt.** L'émancipation est un statut qui anticipe la majorité à l'égard d'un mineur ayant acquis une certaine maturité et qui se justifie pour des motifs particuliers faisant (ou censés faire) apparaître que le maintien de la protection serait contre-productif<sup>(591)</sup>. Le mineur émancipé jouit d'une capacité personnelle étendue et d'une capacité patrimoniale limitée ; il est protégé par un régime d'*assistance* (curatelle) pour une catégorie prédéfinie d'actes. Son utilité s'est perdue avec l'abaissement à 18 ans de l'âge de la majorité et l'extension de la capacité résiduelle du mineur.

**305. Émancipation légale par le mariage.** La seule cause d'émancipation légale et de plein droit est le mariage (art. 476, al. 1<sup>er</sup>), quel que soit l'âge du mineur ; on ne peut en effet admettre qu'un époux demeure sous autorité parentale ou sous tutelle. L'émancipation survit à la dissolution du mariage avant la majorité, que ce soit par divorce ou par le décès de l'autre époux<sup>(592)</sup>. Elle est irrévocable, contrairement à l'émancipation judiciaire.

Le curateur du mineur émancipé par le mariage est de plein droit son époux (art. 476, al. 2). Si celui-ci est également mineur – réciproquement émancipé –, deux curateurs seront désignés par le juge.

**306. Émancipation judiciaire.** Le tribunal de la famille émancipe le mineur de plus de 15 ans s'il marque son accord<sup>(593)</sup>, si la mesure sert son intérêt et s'il est suffisamment mûr pour exercer les droits qu'il acquiert par son nouveau statut<sup>(594)</sup>. En pratique, l'émancipation est le plus souvent sollicitée pour permettre au mineur l'exercice d'une activité commerciale<sup>(595)</sup> ; elle peut l'être aussi pour bénéficier d'une euthanasie (art. 3, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>er</sup> tiret, L. du 28 mai 2002, réd. L. du 28 février 2014).

La requête émane des père et mère ou de l'un d'eux en cas de désaccord (art. 477, al. 1<sup>er</sup>). En cas de décès d'un des parents (ou si une

(591) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 1336, n° 1449 ; A.-L. CHARLES, A. MACAIGNE et N. GENON, « L'émancipation », *J.D.J.*, 2009, n° 284, p. 43.

(592) Par contre, la nullité du mariage anéantit l'émancipation, sans préjudice des effets du mariage putatif (H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 1348, n° 1469).

(593) Sur cette évidence implicite : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 1345, n° 1463.

(594) Application : Liège, 16 mars 2011, *J.D.J.*, 2011, p. 42 (rejet).

(595) Elle l'était jadis, par le parent survivant, pour éviter l'ouverture d'une tutelle (ex. : Civ. Huy (jeun.), 17 février 1977, *J.L.*, 1976-1977, p. 195).

seule filiation est établie), la requête émane du parent survivant (art. 477, al. 3). Si les deux parents sont décédés, la requête en émancipation doit être présentée par le tuteur et le subrogé tuteur ou l'un d'eux en cas de dissentiment (art. 478, al. 2). Le procureur du Roi possède un droit d'initiative subsidiaire, à défaut d'initiative des parents (art. 477, al. 4) ou des organes de tutelle (art. 479) ; il peut également être saisi par d'autres parents ou alliés ou par le mineur lui-même, mais n'est pas tenu de déférer à la demande (art. 479).

Un *curateur* est désigné par le tribunal de la famille (art. 480, réd. L. du 30 juillet 2013) dans les mêmes conditions d'incapacité ou d'exclusion qu'en matière de tutelle<sup>(596)</sup>. Un curateur *ad hoc* est désigné pour pallier aux oppositions d'intérêts.

L'émancipation judiciaire est révocable ; le mineur dont l'émancipation est révoquée « entre » en tutelle (art. 485-486).

## 2. Régime de protection

**307. Incapacité partielle et limitée.** L'incapacité du mineur émancipé est partielle et limitée. Il agit seul et librement pour tout ce qui concerne sa *personne*<sup>(597)</sup>. En ce qui concerne ses *biens*, la capacité devient la règle et exclut la représentation : le mineur accomplit personnellement tous les actes, mais pas nécessairement seul, tantôt avec l'assistance de son curateur, tantôt moyennant autorisation préalable du juge de paix. À la différence d'un représentant (légal), le curateur ne gère pas son patrimoine et ne doit pas rendre compte.

Il résulte de ce qui précède que l'énumération légale des *actes que le mineur émancipé peut accomplir seul* (art. 481) est exemplative. Elle recoupe la catégorie traditionnelle des actes de pure administration et n'emportant pas aliénation de droits réels<sup>(598)</sup>. On autorise aussi le mineur émancipé à acheter des meubles et même des immeubles au moyen de ses *revenus*<sup>(599)</sup>. Bien entendu, il accomplit seul les actes que le mineur non émancipé peut accomplir seul (*supra*, n° 255).

(596) En fonction des mêmes causes d'incompatibilité ou de dispense que celles applicables à la tutelle (*supra*, n° 271).

(597) Sur les exceptions, notamment le mariage pour l'émancipé judiciaire : A.-L. CHARLES, A. MACAIGNE et N. GENON, « L'émancipation », *o.c.*, n° 284, p. 44 ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, *o.c.*, pp. 1339-1340, n° 1453, *litt. A.*

(598) Ex. : contrat de travail, baux de brève durée, réparations, contrats d'assurance, *etc.* Pour une énumération plus complète : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, *o.c.*, pp. 1353-1354, n° 1478.

(599) Civ. Dendermonde, 13 août 1973, *T. Not.*, 1973, p. 270.

Par analogie avec les règles de la tutelle, les actes *interdits* au tuteur le sont aussi au mineur émancipé<sup>(600)</sup> (ex. : donations, sauf présents d'usage).

**308. Autorisation spéciale du juge de paix.** Depuis les réformes de 2001 et 2003, les formalités applicables aux actes plus graves sont empruntées au régime de la tutelle et non plus à celui de la minorité. Une autorisation spéciale du juge de paix est donc requise pour tous les actes énumérés à l'article 410, § 1<sup>er</sup> (art. 483 et 484, al. 1<sup>er</sup>)<sup>(601)</sup>. À la différence du mineur sous autorité parentale ou tutelle, le mineur émancipé dûment autorisé les accomplit personnellement. De même, il demande l'autorisation du juge de paix sans l'assistance de son curateur<sup>(602)</sup>.

**309. Assistance du curateur.** La catégorie des actes soumis à l'assistance du curateur s'est réduite. La loi se limite à y inclure la *réception du compte de tutelle* (art. 480, al. 3) et l'action (ou la défense) en justice ainsi que la perception de capitaux en matière immobilière (art. 482), l'acceptation d'une libéralité (art. 935, al. 2) et la participation à un partage successoral (art. 840). On y ajoutera encore les actes qui excèdent la pure administration mais non compris dans la liste limitative de l'article 410, § 1<sup>er</sup> (art. 481 et 484, al. 2 *a contrario*).

Pour la conclusion d'un *contrat de mariage*, l'assistance des parents supplée celle du curateur (art. 1397, al. 1<sup>er</sup> et 3)<sup>(603)</sup>.

**310. Sort des actes irréguliers.** Les sanctions des actes irréguliers accomplis par le mineur émancipé sont empruntées au régime applicable au mineur non émancipé (nullité « en la forme »<sup>(604)</sup>, rescision pour lésion – *supra*, n<sup>os</sup> 260-261). On soulignera que les actes actuellement soumis à l'*assistance* du curateur ne sont pas nécessairement nuls « en la forme » s'ils sont accomplis par le mineur, mais pour la plupart rescindables pour cause de lésion<sup>(605)</sup>.

En vue de protéger le mineur émancipé contre des dépenses inconsidérées, les actes qu'il peut accomplir seul peuvent encore subir une

(600) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 1360, n<sup>o</sup> 1484.

(601) H. CASMAN et J.-P. MASSON, « La nouvelle législation sur la tutelle », o.c., p. 50, n<sup>o</sup> 40. Sur le droit ancien : C. DE BUSSCHERE, « Verkopen, aankopen, leningen en hypotheekstellingen door ontvoogde minderjarigen (art. 483 et 484 B.W.) », R.W., 1974-1975, col. 1366.

(602) J. GERLO et G. VERSCHULDEN, *Handboek voor familierecht*, o.c., p. 269, n<sup>o</sup> 820.

(603) Y.-H. LELEU, « Le contrat de mariage », o.c., n<sup>o</sup> 501.

(604) Cass., 21 septembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 837, R.W., 1996-1997, p. 10, *J.D.J.*, 1996, p. 480, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 517 (emprunt) ; Gand, 24 mars 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 262 (achat d'immeuble et emprunt).

(605) Rappr. : Civ. Bruxelles, 8 avril 1988, *R.G.D.C.*, 1989, p. 407 (vente mobilière). L'action en justice et la perception de capitaux en matière immobilière sont par contre soumises à autorisation judiciaire préalable (art. 482).

*réduction pour excès* (art. 484, al. 2). L'obligation résultant, par exemple, d'un achat mobilier, d'une prise en location ou d'un contrat d'entreprise est maintenue dans la mesure du possible, mais pourra être adaptée au train de vie du mineur émancipé<sup>(606)</sup>. Le pouvoir d'appréciation du juge est plus large qu'en matière de lésion : il tient compte de la fortune du mineur, de l'utilité de la dépense, ainsi que de la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant<sup>(607)</sup>.

Le curateur, bien qu'il ne soit ni administrateur du patrimoine du mineur émancipé ni son représentant légal, est recevable à contester les actes irréguliers<sup>(608)</sup>.

---

(606) Application : Cass. fr., 10 avril 1890, *D.P.*, 1891, 1, p. 292 (achat d'un cheval de course).

(607) Ainsi, une lésion minime pourra donner lieu à réduction si le tiers était de mauvaise foi.

(608) A.-L. CHARLES, A. MACAIGNE et N. GENON, « L'émancipation », *o.c.*, p. 44 ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, *o.c.*, p. 1145, n° 1332.



## TITRE 2



# LES COUPLES

*Unheilig acht' ich den Eid, der Unliebende eint  
und mir wahrlich mute nicht zu, daß mit Zwang ich halte,  
was dir nicht haftet : denn wo kühn Kräfte sich regen,  
da rat' ich offen zum Krieg.<sup>(1)</sup>*

Wotan, in Richard Wagner, Die Walküre, II, 1

**311. Des couples et des statuts.** *Anno 2016*, plusieurs formes de couples sont l'objet d'un statut, défini comme un ensemble de normes nationales ou internationales, légales ou jurisprudentielles, applicables à une catégorie de personnes. Le droit belge connaît actuellement trois statuts juridiques du couple : le mariage, l'union libre et la cohabitation légale. Dans le présent ouvrage, le premier est traité avant les deux suivants parce que, d'une part, une longue tradition juridique en a fait le statut le plus élaboré et, d'autre part, les statuts offerts aux couples qui ne veulent pas se marier sont caractérisés par une absence de contrainte et une réglementation « à la marge » visant à pallier certaines lacunes juridiques.

L'ordre de présentation des trois statuts du couple est aligné sur leur succès relatif et quantitatif à ce jour – nous visons les gens mariés et non ceux qui se marient – et rompt avec la tradition d'opposer couple marié et couple non marié. Nous donnons à la cohabitation légale la place qui lui revient en raison de son succès massif récent, alors que d'aucuns la considéraient comme un accident de l'histoire juridique du couple de par son inefficacité civile. Elle a représenté une avancée majeure dans l'évolution, certains diront la dégradation, de la notion juridique de couple. Elle a préparé le droit et les mentalités à l'ouverture du mariage à tous, et préfigure l'avenir du droit du couple : un statut peu contraignant sur le plan personnel sauf en cas de crises ; des interventions normatives ponctuelles pour résoudre des problèmes d'ordre patrimonial ; un accroissement

---

(1) Traduction : « Pour moi, est impie le serment qui unit sans amour ; et ne me demande surtout pas que je maintienne de force ce qui t'échappe : car quand des forces s'éveillent, très franchement, je pousse à la guerre ».



graduel de la protection juridique en réponse aux demandes émergentes. La rançon de ce succès et de cette amélioration progressive du statut est que des cohabitants légaux se croient protégés comme des époux, mais déchantent quand la rupture les contraint de réclamer cette protection.

Il reste à donner encore plus de vigueur à ces interventions du droit dans la vie du couple lorsqu'elles sont indispensables en équité. Nous formulons à cet égard le souhait – *de iure ferenda* – qu'un seul statut du couple subsiste, minimal et impératif, qui déploierait ses effets uniquement *inter partes* et principalement dans l'ordre patrimonial (ex. : participation en valeur aux acquêts constitués durant la vie commune, créances et récompenses, droit successoral, fiscalité, *etc.*), dans l'ordre alimentaire (ex. : pension limitée dans le temps en fonction des besoins) et dans la gestion des crises entre partenaires (ex. : mesures provisoires)<sup>(2)</sup>.

Le rôle du droit n'est pas, à notre avis, d'assigner des limites à la liberté qu'ont les majeurs de nouer ou dénouer des relations affectives – une question d'autodétermination –, mais de protéger les partenaires, leurs enfants, leurs familles et les tiers (contractants) contre les conséquences potentiellement préjudiciables de ces relations affectives, sur le plan patrimonial, et surtout s'il n'est pas démontré ou plausible qu'ils ont fait choix de l'absence de statut en pleine connaissance de toutes ses conséquences juridiques<sup>(3)</sup>. À ce titre, le traitement équitable du partenaire économiquement lésé par les aléas de la vie commune et par la rupture de celle-ci mérite la priorité, un idéal urgent à poursuivre, *de lege lata* avec les moyens du bord. La jurisprudence qui s'y risque en matière d'union libre demeure trop critiquée au nom de la prétendue volonté des partenaires de s'affranchir de toute norme<sup>(4)</sup>.

Nous ne voulons pas alimenter ici seulement un débat d'idées. L'objectif est pragmatique et équitable : protéger tout couple contre les effets préjudiciables d'une situation de fait qu'ils partagent tous : la vie commune et ses contraintes. Il est clair que cette démarche a pour finalité l'égalisation des statuts juridiques du couple par emprunts de normes, par exemple certaines issues du régime matrimonial communautaire. Certains lui adressent l'objection du risque de déstructuration sociale par la perte de dimension symbolique du mariage. Nous avons

(2) Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 26-29, n° 7. Dans le même sens : A. VERBEKE, « Weg met huwelijk en echtscheiding », in *Liber Amicorum T.P.R. en Marcel Storme*, Gand, E. Story-Scientia, 2004, p. 969. Comp. : F. SWENNEN, *Het huwelijk afschaffen, o.c.*, p. 33 (règlement patrimonial minimal impératif mais avec des effets externes). *Contra* : F. BUYSENS, « Wettelijke samenwoning : het recht is geen zaak van billijkheid », *T. Fam.*, 2009, p. 65.

(3) Pour plus de développements : Y.-H. LELEU, *Les collaborations économiques au sein des couples séparatistes. Pour une indemnisation des dommages collaboratifs envers et contre tous choix*, Montréal, Thémis, 2014, p. 62 et *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 373-375, n° 346.

(4) F. BUYSENS, « Stop de betutteling », *T. Fam.*, 2013, p. 238.

déjà signalé la difficulté pour le juriste de prédire l'avènement de telles conséquences, et encore moins démontrer qu'elles auraient plus d'inconvénients que d'avantages sur les plans individuel et social. Par contre, il peut être objectivement constaté que de telles conséquences ne se sont pas produites après d'autres évolutions juridiques accueillies en termes tout aussi catastrophistes, par exemple l'ouverture du mariage à tous (*supra*, n° 7). Le droit du mariage n'a été véritablement structurant pour la société que pendant une époque brève et pour une partie limitée de la société, majoritairement des hommes et le pouvoir politique, servis par ses effets personnels et patrimoniaux inégalitaires (*supra*, n° 6). Nous formulons l'hypothèse que le mariage conservera une signification sur les plans individuel, philosophique ou religieux, des domaines qui nous paraissent également servir la construction de l'individu. Quant à sa fonction symbolique – un symbole représente une autre chose, chère et digne de protection –, elle serait d'indiquer l'importance d'un encadrement juridique des conséquences de toute vie en couple. Le droit ne peut toutefois laisser le mariage et le statut des couples entièrement à la sphère privée pour éviter que ne se développent des normativités communautaristes pouvant échapper au principe d'égalité. Nous osons également croire qu'un droit impératif des effets patrimoniaux de la vie commune sera plus structurant, sur le plan individuel, que ne l'est le droit actuel du mariage. Il moralisera le comportement des partenaires en crise et s'attachera à régler, de manière évolutive, les véritables problèmes engendrés par le quotidien de tous les couples.



## CHAPITRE I

# LE MARIAGE

**312. Bibliographie.** C. AERTS et K. VAN HOOGENBEMT, « De strafrechtelijke beteugeling van het schijnhuwelijk, ingevoerd door de wet van 12 januari 2006 », *E.J.*, 2006, pp. 49-54 ; C. APERS et T. EVRARD, « La loi du 2 juin 2013 visant à lutter contre les mariages de complaisance et les cohabitations légales de complaisance », *Rev. dr. étr.*, 2014, p. 563 ; C. BRUNETTI-PONS, « L'émergence d'une notion de couple en droit civil », *Rev. trim. dr. civ.*, 1999, p. 27 ; J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Études offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 325 ; H. CASMAN, « Tableau comparatif : cohabitation de fait / cohabitation légale / mariage », *Div. Act.*, 2007, p. 148 ; E. CEREXHE, M. VERWILGHEN et J. DELOUVROY, *Les couples, les enfants et la Cour constitutionnelle*, Waterloo, Kluwer, 2008, 80 p. ; P. DELNOY (éd.), *Le couple sous toutes ses formes. Mariage – cohabitation légale – cohabitation de fait*, Limal, Anthemis, 2013 ; S. D'HONDT, « Over schijn, zaken en schijnbare zaken. De geldigheid van het zakelijke huwelijk herafgewogen tegen de nietigheid van het schijnhuwelijk », *R.W.*, 2001-2002, p. 145 ; S. D'HONDT, « De aangifte van het huwelijk. Commentaar bij de wet van 4 mei 1999 », *E.J.*, 1999, p. 98 ; J. FIERENS, « Définitions. Le mariage », in *Famille : union et désunion. Commentaire pratique*, Waterloo, Kluwer, feuil. mob., 2014 ; C. FORDER et A. VERBEKE (éd.), *Gehuwd of niet : maakt het iets uit ?*, Anvers, Intersentia, 2005 ; Fr. FRENC et M. PUECHAVY (dir.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. Droit et Justice, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 15 ; H. FULCHIRON, « La reconnaissance de la famille homosexuelle aux Pays-Bas », *J.C.P.*, 2001, I, 1033 ; M. GRÉGOIRE, « La violence, vice du consentement », *J.T.*, 2009, p. 43 ; D. GRILLET-PONTON, « Quasi-conjugalité, pluri et post-conjugalité : libres propos sur quelques situations atypiques », *J.C.P.*, 2002, I, 108 ; J. HAUSER, « Glossaire des mariages de l'an 2000 », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 189 ; J. HAUSER et J. RENCHON (éd.), *Différenciation ou convergence des statuts juridiques du couple marié et du couple non marié ? Droit belge et français*, Bruxelles, Bruylant, 2005 ; C. IDOMON, *Schijnhuwelijken en schijnwettelijke samenwoningen*, Malines, Kluwer, 2015 ; S. LEFEBVRE, « Schijnhuwelijken. Preventie en repressie in een notendop », *NjW*, 2007, pp. 818-824 ; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « L'évolution du mariage et le sens de l'histoire : de l'institution au contrat, et au-delà », in *Le droit de la famille en Europe. Son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours* (R. GANGHOFER éd.), Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, p. 215 (égal. paru in *La personne, la famille et le droit. 1968-1998. Trois décennies de mutations en occident*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1999, pp. 35-52) ; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Mariages et concubinages ou les sens et contresens de l'histoire », in *La personne, la famille et le droit. 1968-1998. Trois décennies de mutations en occident*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1999, pp. 13-34 ; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Propos sur le mariage », in *Liber Amicorum Ernest Krings*, Gand, E. Story-Scientia, 1991, p. 247 ; L. PELLIS, « Het homohuwelijk : een bijzonder nationaal

product », *F.J.R.*, 2002, p. 162 ; J.-L. RENCHON, « L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge », *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 439 ; J.-L. RENCHON, « Mariage et homosexualité », *J.T.*, 2002, p. 505 ; F. RIGAUX, « Les notions de famille et de mariage en droit civil contemporain », *J.T.*, 1972, p. 669 ; J. ROODHOFT, « Schijnhuwelijken : het huwelijksinstituut misbruikt », *R.W.*, 1992-1993, p. 209 ; F. SANT'ANGELO, « Les homosexuels et le mariage : une réponse à l'article de Jean-Louis RENCHON dans le Journal des Tribunaux du 29 juin 2002 », *J.D.J.*, 2002, p. 3 ; M. SCHMITT, « L'incidence en France des lois belge et néerlandaise introduisant le mariage homosexuel », *J.C.P.*, 2004, p. 15 ; P. SENAEVE, « Naar de invoering van het homohuwelijk in het Belgische recht ? », *E.J.*, 2002, p. 50 ; P. SENAEVE, « De wet van 27 maart 2001 tot afschaffing van het huwelijksverbod tussen schoonbroer en schoonzus », *E.J.*, 2001, p. 86 ; J. SOSSON, « Les mariés de l'an 2000... Les nouvelles dispositions relatives à la simulation et aux formalités préalables au mariage », *J.T.*, 2000, p. 649 ; D. STERCKX, « Le mariage en droit civil », *Rép. not.*, t. I, l. IX/1, Bruxelles, Larcier, 2004 ; D. STERCKX, « Le mariage », *J.T.*, 2004, p. 257 ; F. SWENNEN, *Het huwelijk afschaffen ?*, Anvers, Intersentia, 2004 ; F. SWENNEN, « Het 'homohuwelijk' bestaat niet anno 2005 », *E.J.*, 2005, pp. 66-68 ; R. VAN EECKHOUT, « Het putatieve huwelijk », *Jura Falc.*, 1996-1997, p. 243 ; D. VAN GRUNDERBEECK, « Het recht van gedetineerden op het ontstaan, het behoud en de ontwikkeling van een familie- en gezinsleven en hun recht om te huwen », in *Vrijheden en vrijheidsbeneming* (E. BREMS e.a. éd.), Anvers-Oxford, Intersentia, 2005, p. 190 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « Mariage, vie en couple et divorce : thème et variation », *Div. Act.*, 2002, p. 49 ; A. VERBEKE, « Weg met huwelijk en echtscheiding », *T.P.R.*, 2004, p. 969 ; G. VERSCHULDEN, « De wet van 19 februari 2009 tot afschaffing van het verzet tegen het huwelijk », *T. Fam.*, 2009, p. 84 ; G. VERSCHULDEN et K. VERSTRAETE, « Pleidooi voor afschaffing van de huwelijksbeletselen tussen aanverwanten. Commentaar bij de wet van 15 mei 2007 », *R.G.D.C.*, 2008, p. 293 ; W. VERRIJDT, « Absoluut huwelijksverbod tussen aanverwanten op de helling », *T. Fam.*, 2007, p. 44 ; E. VIEUJEAN, « Le contentieux de l'autorisation et de l'annulation pendant le mariage », *Rev. Dr. ULg.*, 2007, pp. 441-506 ; E. WILLEMS, « De wet van 25 april 2007 : de strafrechtelijke en burgerrechtelijke strijd tegen het gedwongen huwelijk kritisch bekeken », *T. Fam.*, 2008, p. 82 ; T. WUYTS, « De bevoegde ambtenaar van de burgerlijke stand tot huwelijksvoltrekking en de beoordeling door de hoven en rechtbanken van een weigering tot huwelijksvoltrekking », *E.J.*, 2005, pp. 164-172.

## SECTION I Généralités

**313. Droit, histoire et sociologie.** Comme de nombreuses institutions du droit des personnes et des familles, le mariage répond à un besoin individuel. Il rencontre l'aspiration de la plupart des individus à développer une vie affective et sexuelle épanouie, à rompre leur solitude et partager le destin d'autres qui ont choisi le même mode de vie en couple. Il répond en particulier au souhait éprouvé par certains couples d'officialiser leur union, de souscrire à un engagement de communauté de vie durable et de rechercher une protection juridique patrimoniale.

Il n'est guère étonnant de retrouver l'institution du mariage dans la majorité des sociétés et à la plupart des époques. Actuellement, comme dans de nombreux domaines du droit des familles, après une période de relative stabilité juridique, succèdent des moments de réflexion et des vagues de réforme.

En 1804, le mariage a été voulu indissoluble par réaction philosophique et surtout politique contre le libéralisme post-révolutionnaire (*supra*, n° 6). Le mariage se voulait discriminant dans l'espoir de réguler de concert sexualité et procréation ; il était hiérarchique et patriarcal par égard pour le genre dominant, mais aussi en contrepartie de la présomption de paternité. Incontestablement, le mariage a rempli durant une certaine période une mission d'organisation de la société et érigé un type de famille en modèle social, tant pour les raisons idéologiques déjà mentionnées que par nécessité dans une société sans sécurité sociale.

Ainsi dépeint comme institution clé d'un certain type de famille érigée en modèle, le mariage du Code civil n'a été qu'un accident de l'histoire. Le temps où l'individu acceptait la présence de la société sur son intérêt personnel dans le domaine de sa vie affective est révolu<sup>(1)</sup>. Central est le souhait d'épanouissement individuel des membres du couple marié, qui prévaut sur le principe d'indissolubilité du mariage. L'accès au mariage est facilité et autrement contrôlé, il est indifférent au sexe, les droits et devoirs du mariage sont assouplis, sa dissolution par divorce est devenue un droit (*infra*, n° 434)<sup>(2)</sup>, et ses incidences en matière de filiation ont été neutralisées par les droits fondamentaux et le respect de l'intérêt de l'enfant<sup>(3)</sup>. Seul un « noyau dur » d'ordre public, incluant par exemple les formes de célébration du mariage ou la prohibition de l'inceste, échappe à un questionnement (trop) critique<sup>(4)</sup>.

Incontestablement, le mariage et son statut juridique sont en « fin de règne ». Dépouillée de ses aspects trop contraignants ou discriminatoires,

(1) En ce sens et sur la « démocratie familiale » : J.-L. RENCHON, « La Convention européenne et la régulation des relations affectives et familiales dans une société démocratique », in *La mise en œuvre interne de la Convention européenne des droits de l'homme* (J. VELU éd.), Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 1994, p. 90 ; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering, o.c.*, pp. 178-179, n° 232.

(2) Sur ces évolutions : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., pp. 292-294, n° 481. Rappr. en ce sens : C.A., 20 octobre 2004, n° 159/2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 408, *J.T.*, 2005, p. 51, *E.J.*, 2005, p. 22, note P. SENAEVE (arrêt rejetant la demande d'annulation de la loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe).

(3) Rappr. : la déclaration d'inconstitutionnalité de la prohibition du divorce pour séparation de fait prolongée en cas de préjudice matériel aux enfants : C.A., 12 mai 2004, n° 81/2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1124, attendu B.7.1 ; *contra* : Avis du C.E. du 12 novembre 2001 sur l'avant-projet de loi « ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil », *Div. Act.*, 2002, p. 54.

(4) Quant à l'inceste, comp. art. 161 ; *infra*, n° 330 ; Riom, 16 décembre 2003, *A.J. famille*, 2004, p. 280, obs. F. BICHERON (la filiation incestueuse n'est rangée ni par la loi ni par la jurisprudence parmi les causes objectives et incontestables de danger pour les mineurs).

l'institution demeure à la disposition de ceux qui souhaitent y adhérer, de moins en moins nombreux au vu des statistiques. Corrélativement, les autres formes de vie en couple rencontrent un succès croissant et reçoivent une protection juridique légale ou jurisprudentielle. Cette situation ne menace pas directement le mariage, mais révèle un accompagnement par le droit d'une demande sociale claire. Si cette évolution se confirme, comme vraisemblablement, il faudra réaliser à terme une égalisation du contenu juridique des diverses formes de vie en couple, par emprunts mutuels aux statuts existants, en vue d'une protection juridique non discriminante de tous les couples. Tel est un des principaux défis du droit des familles pour les années à venir<sup>(5)</sup>.

**314. Définition.** Le législateur n'a pas défini le mariage ; c'est impossible et inutile. En doctrine, plusieurs définitions ont cours qui révèlent que le mariage est une institution de droit privé réglementant une communauté de vie affective accessible par un contrat formalisé<sup>(6)</sup>.

Convaincus du fait que le mariage a perdu sa vocation d'insérer le couple dans un cadre juridique voulu contraignant, nous préférons en énoncer quelques caractéristiques en ordre décroissant de prévalence universelle : prohibition de l'inceste, monogamie, relation durable, aspect contractuel et institutionnel, laïcité, *etc.* Pas plus qu'ailleurs le droit belge n'érige l'*amour* en condition juridique du mariage, validant par ce silence le « mariage de raison »<sup>(7)</sup>. La *procréation* n'est certainement plus un élément distinctif de l'institution.

**315. Mariage et droits fondamentaux.** Comme on vient de le voir, un facteur de mutation du mariage est l'essor des droits fondamentaux, notamment ceux consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme, soit directement au mariage (art. 12 C.E.D.H.), soit indirectement via l'individu ou la famille (art. 8 C.E.D.H.)<sup>(8)</sup>.

(5) Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 22, n° 6 et *passim*, et « Du droit des régimes matrimoniaux au droit patrimonial du couple », *J.T.*, 2004, p. 310 et « La loi ne considère le couple que dans ses aspects civils », in *L'avenir de la recherche. Réflexions à l'occasion des leçons inaugurales 2010*, Liège, Faculté de droit, 2010, pp. 34 et s.

(6) Ex. : D. STERCKX, « Le mariage en droit civil », *Rép. not.*, t. I, l. IX/1, Bruxelles, Larcier, 2004, n° 10.

(7) Liège, 15 novembre 2005, *J.T.*, 2006, p. 10, note ; Liège, 4 octobre 2005, *J.T.*, 2005, p. 740, *R.R.D.*, 2005, p. 360 (annulation à défaut d'autre motivation) ; Bruxelles, 24 juin 2004, *NjW*, 2005, p. 134, note G.V. ; Civ. Hasselt, 18 février 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 64 ; Civ. Bruxelles, 16 novembre 1994, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 62 ; Civ. Liège, 19 mai 1988, *Rev. trim. dr. fam.*, 1988, p. 539 ; D. STERCKX, « Le mariage en droit civil », *o.c.*, n° 27.

(8) Voy. not. : J.-P. MARGUÉNAUD, « La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme* (F. KRENC et M. PUECHAVY dir.), coll. Droit et Justice, n° 78, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2008, pp. 15 et s. ; D. VAN GRUNDERBEECK, « Het recht van gedetineerden op het ontstaan, het behoud en de ontwikkeling van een familie- en gezinsleven in hun recht om te huwen », in *Vrijheden en vrijheidsbeneming* (E. BREMS e.a. éd.), Anvers, Intersentia, 2005, p. 189 ; G. WILLEMS, « Chronique de

L'article 12 protège le droit au mariage dès l'âge nubile et le libre choix du partenaire ainsi que le droit de fonder une famille. Il concerne surtout l'accès à l'institution et moins son contenu, dont certains aspects seront appréhendés sous l'angle de l'article 8, éventuellement combiné à l'article 14<sup>(9)</sup>. Le droit de ne pas se marier a été jugé inclus, non dans l'article 12, mais dans l'article 8 de la Convention<sup>(10)</sup>.

La formulation et la structure de l'article 12 sont différentes de celles d'autres articles de la Convention. La disposition est rédigée en termes généraux et la mention « selon les lois nationales » laisse une liberté importante aux États membres. Les rédacteurs de 1950 étaient préoccupés de marquer leurs distances avec la récente instrumentalisation du mariage à des fins eugéniques, et non de bouleverser les traditions des pays démocratiques. L'article 12 exprime ainsi des conceptions alors en vigueur, notamment quant à la condition d'hétérosexualité et au lien avec la procréation. Son interprétation par la Cour n'est pas aussi progressiste ni évolutive<sup>(11)</sup> que celle d'autres dispositions.

De nombreuses conditions de fond et de forme prescrites par les droits nationaux sont donc conformes à l'article 12<sup>(12)</sup>, l'important étant de *ne pas porter atteinte à la substance du droit protégé* – ce que constituent à présent les empêchement à mariage fondés sur la parenté par alliance<sup>(13)</sup> – ni discriminer dans la réglementation de son accès<sup>(14)</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme a condamné sur la base de l'article 12 l'impossibilité pour les transsexuels de se marier avec une personne du sexe opposé à leur nouveau sexe juridique<sup>(15)</sup>.

jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, pp. 44 et s. *Adde* : art. 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ; art. 23, al. 2-4, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. (9) Sur la condition patrimoniale des enfants nés hors mariage au regard des droits fondamentaux, voy. not. : Y.-H. LELEU, « Erfrechtelijke discriminatie van buitenhuwelijkse kinderen : *Quousque tandem, Gallia, abutere patientia nostra ?* », o.c., p. 1353. Ex. : C.E.D.H., *Sabin c. Allemagne*, arrêt du 8 juillet 2003, R.W., 2004-2005, p. 356, obs. N. VAN LEUVEN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 546, note M. DEMARET (différence de traitement en matière de droit aux relations personnelles).

(10) C.E.D.H., *Kroon c. Pays-Bas*, arrêt du 27 octobre 1994, § 38, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 297-C, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 213, *Rev. trim. D. H.*, 1996, p. 183, note P. GEORGIN ; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., p. 207, n° 274 et la note 864.

(11) C.E.D.H., *Johnston c. Irlande*, arrêt du 18 décembre 1986, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 112, § 52.

(12) Ex. : Anvers, 13 janvier 1998, A.J.T., 1998-1999, p. 74 (annulation d'un mariage simulé). En France : Cons. const., 20 novembre 2003, D., 2004, p. 1405, note O. LECUCQ (liberté de mariage des étrangers en situation irrégulière).

(13) C.E.D.H., *B. et L. c. Royaume-Uni*, arrêt du 13 septembre 2005, *Rev. trim. dr. civ.*, 2005, p. 758, obs. J. HAUSER, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 807, note M. DEMARET, *Juristenkrant*, 2005, n° 117, p. 9, obs. M. VANDELDE. *Adde* : C.E.D.H., *F. c. Suisse*, arrêt du 18 décembre 1987, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 128 (délai de viduité à titre de sanction après divorce). Comp. : en France, art. 228 C. civ.

(14) D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., pp. 202-203, n° 265.

(15) C.E.D.H., *Goodwin c. Royaume Uni*, arrêt du 11 juillet 2002, CEDH, 2002-VI, p. 1, J.C.P., 2003, I, 101, note Y. FAVIER, D., 2003, p. 525 (somm.), obs. C. BIRSAN, J.C.P., 2003, I, 150, note B. TEYSSIE,

S'il n'était pas permis d'extrapoler cette décision à la problématique du mariage entre personnes de même sexe, l'appréciation non exclusivement biologique du sexe signait à tout le moins la dissociation entre le mariage et la procréation<sup>(16)</sup>.

Saisie par des partenaires de même sexe autrichiens engagés dans un partenariat civil offrant une protection semblable au mariage<sup>(17)</sup>, la Cour a récemment confirmé que l'article 12 ne garantissait pas le droit au mariage pour les couples de même sexe, tout en précisant que malgré sa formulation sexuée (homme et femme), il ne constituait pas un obstacle pour les États de leur accorder ce droit<sup>(18)</sup>. Elle estime que l'article 12 est *applicable* à la problématique du mariage entre personnes de même sexe, mais conclut qu'en l'absence de consensus à ce jour, le choix est laissé aux États de légiférer ou non.

On ne saurait déduire de l'article 12 un droit au divorce, pas même sous prétexte que sa limitation compromet le (re)mariage<sup>(19)</sup>. L'article 12 proscrit par contre toute atteinte contractuelle à la liberté matrimoniale (ex. : clause de célibat)<sup>(20)</sup>.

**316. Liberté matrimoniale. A. Fiançailles.** S'il est une institution (qui fut) révélatrice à la fois de la fonction sociale du mariage et du devoir marginal d'intervention du droit en réponse à des besoins individuels,

D., 2003, p. 1935 (somm.), obs. J.-J. LEMOULAND, D., 2003, p. 2032, note A.-S. CHAVENT-LECLÈRE, *Dr. fam.*, 2002, n° 133, note A. GOUTTENNOIRE-CORNUT, révisant sur ce point not. C.E.D.H., *Sheffield et Horsham c. Royaume Uni*, arrêt du 30 juillet 1998, CEDH, 1998-V, p. 2011, D., 1998, p. 370 (somm.), obs. J.-Fr. RENUCCI, *Rev. trim. dr. civ.*, 1999, p. 59, obs. J. HAUSER, *Dr. fam.*, 1999, n° 22, note B. de LAMY, *Rev. trim. D. H.*, 1999, p. 637, obs. M. LEVINET, R. W., 2000-2001, p. 671, obs. W. VANDENHOLE ; voy. : A. CARILLON, « L'influence des arrêts Christine Goodwin et I sur le consentement au mariage en droit français », *Rev. trim. D. H.*, 2005, pp. 349-361.

(16) D. VAN GRUNDBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering, o.c.*, pp. 238-240, n°s 318-320.

(17) Dans le cas contraire, si l'état n'offre aucun statut juridique (« *specific legal framework* ») aux couples de même sexe, il excède sa marge d'appréciation et viole l'article 8 de la C.E.D.H. : C.E.D.H., *Oliari et autres c. Italie*, 21 juillet 2015, § 185, N.J.B., 2015, liv. 34, p. 2364.

(18) C.E.D.H., 24 juin 2010, *Shalk et Kopf c. Autriche*, J.D.E., 2010, liv. 171, p. 230 (somm.), N.J.B., 2010, liv. 31, p. 2037 ; C.E.D.H., *Oliari et autres c. Italie*, 21 juillet 2015, § 191, précité. Elle a par contre considéré que les relations de couple entre personnes de même sexe étaient protégées par l'article 8 de la Convention au titre du droit au respect de la vie familiale et non plus de celui de la vie privée comme dans sa jurisprudence antérieure (§ 94 : est requis dans cet arrêt « *a cohabiting same-sex couple living in a stable de facto partnership* » ; comp. C.E.D.H., 24 juillet 2003, *Karner c. Autriche*, T.B.P., 2004, p. 222, note G. MAES).

(19) C.E.D.H., *Johnston c. Irlande*, arrêt du 18 décembre 1986, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 112, §§ 52-53. *Adde* : C.E.D.H., *Ivanov et Petrova c. Bulgarie*, arrêt du 14 juin 2011.

(20) *Comm. eur. D. H.*, *Staiku c. Grèce*, n° 35426/97, décision sur la recevabilité du 2 juillet 1997, inédit ; D. VAN GRUNDBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering, o.c.*, p. 208, n° 275. En droit interne, voy. : art. 36 L. du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail ; Cass., 25 juin 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 1234 ; *contra* : C.E., 20 décembre 1985, R.A.C.E., 1985, n° 25995. Voy. aussi : N. VAN LEUVEN, « De kern van het familieleven : de huwelijksvrijheid en het recht om een gezin te stichten », *E.J.*, 2005, p. 69.

ce sont les fiançailles, dans leur acception traditionnelle de période de réflexion facultative sur un projet de mariage<sup>(21)</sup>.

Les fiançailles ne sauraient être dotées en tant que telles d'effets juridiques sous peine d'enfreindre la liberté de choix du partenaire<sup>(22)</sup>, garantie jusqu'au mariage. Chaque fiancé conserve le droit de rompre à tout moment<sup>(23)</sup>, et toute promesse d'indemnité ou clause pénale subordonnée à la rupture est nulle<sup>(24)</sup>.

Certaines prétentions juridiques liées à l'existence d'une relation affective sont cependant prises en considération par la jurisprudence sur une base juridique étrangère au droit du mariage :

- Le fiancé survivant a le droit d'obtenir réparation du dommage moral causé par le décès de l'autre si celui-ci est imputable à un tiers<sup>(25)</sup>.
- Si une faute aquilienne est commise à l'occasion de la rupture et cause un préjudice au fiancé, la responsabilité de l'auteur est engagée en fonction des circonstances qui ont entouré la rupture<sup>(26)</sup>. La faute ne réside pas dans l'absence de motivation de la décision<sup>(27)</sup> mais, par exemple, dans le fait de rompre de manière intempes-  
tive<sup>(28)</sup> ou blessante<sup>(29)</sup>. La totalité du dommage causé sera indem-

(21) Voy. : J. HAUSER, « Promesses de mariage, Fiançailles », in *Juris-Cl. Civil*, art. 144 à 147, fasc. 10, nos 1 à 10 et 23 ; C. NOBLOT, « La sincérité dans la formation du couple », *Dr. et patrimoine*, 2001, n° 91, p. 94 ; J. RONSE, « Verloving », in *A.P.R.*, Bruxelles, Larcier, 1953.

(22) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., pp. 516-517, n° 492 ; D. STERCKX, « Le mariage en droit civil », o.c., n° 31 ; R. DEKKERS et A. WYLLEMAN, *Handboek Burgelijk Recht*, I, *Personenrecht. Familierecht*, 3<sup>e</sup> éd., Anvers, Intersentia, 2009, p. 144, n° 239.

(23) Voy. not. : Bruxelles, 24 août 2010, *R.G.D.C.*, 2014, p. 235 ; Civ. Liège, 8 janvier 1990, *Rev. trim. dr. fam.*, 1992, p. 39, *R.G.A.R.*, 1992, n° 11.991 ; Civ. Bruxelles, 15 décembre 1987, *J.L.M.B.*, 1988, p. 280.

(24) Liège, 2 novembre 1912, *Pas.*, 1913, II, p. 9. Tel n'est pas le cas d'un engagement civil d'indemnisation souscrit après la rupture. Le paiement volontaire d'une indemnité après rupture n'est pas répétable, étant une conversion d'*obligation naturelle* en obligation civile.

(25) Cass., 30 novembre 1981, *R.G.A.R.*, 1982, n° 10.548. Rappr. : Anvers, 4 octobre 1999, *R.W.*, 2001-2002, p. 636, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 529 (somm.) (préséance de la fiancée du défunt quant au mode de sépulture).

(26) Cass., 17 mars 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 867, *R.W.*, 1966-1967, col. 1951. Rappr., en matière de *concubinage* : Bordeaux, 4 janvier 2000, *D.*, 2000, p. 411(somm.), obs. J.-J. LEMOULAND, *Dr. fam.*, 2000, n° 34, obs. H. LÉCUYER (la conclusion de fiançailles antérieure à l'union libre permet d'obtenir plus facilement la sanction d'une rupture de cette union).

(27) Mons, 17 mars 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 252.

(28) Rouen, 15 juin 2005, *Dr. fam.*, 2005, p. 22, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

(29) Civ. Charleroi, 21 novembre 1989, *J.T.*, 1990, p. 678 (rupture *in extremis* ; fiancée enceinte) ; Civ. Tournai, 7 mai 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 458 (absence à l'hôtel de ville après avoir averti en dernière minute la famille de la fiancée) ; comp. : Bruxelles, 15 mars 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 730, obs. P.H., *E.J.*, 2000, p. 154, note K. VANLEDE, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.645 (anticipation possible de la rupture ; refus de l'envisager de la part de la fiancée) ; Civ. Bruxelles, 15 décembre 1987, *J.L.M.B.*, 1988, p. 280 (projet de mariage précipité dont on a voulu exclure la famille du fiancé ; acceptation du risque de la rupture) ; Mons 27 juin 2006, *J.T.*, 2006, p. 626, *J.L.M.B.*, 1997, p. 58, *Rec. gén. enr. not.*, 2007, p. 151 (pas de rupture abusive).

nisée, à savoir le dommage moral et les frais engagés<sup>(30)</sup>, mais non le « manque à gagner » d'un mariage lucratif, celui-ci n'étant qu'une expectative.

- La rupture des fiançailles entraîne l'obligation de restitution des cadeaux échangés en raison de celles-ci ou donnés par des tiers<sup>(31)</sup>, suivant un mécanisme proche de la caducité des libéralités pour disparition de leur cause<sup>(32)</sup>. Traditionnellement, la jurisprudence y inclut les bijoux de fiançailles mais non la correspondance. Cette obligation existe aussi en cas de rupture non fautive<sup>(33)</sup>.

**317. (suite) B. Courtage matrimonial.** Tout engagement de contracter mariage est nul<sup>(34)</sup>. Si le courtage matrimonial est réglementé (L. du 9 mars 1993<sup>(35)</sup>), c'est moins en raison de sa proximité avec le mariage – les clients peuvent trouver leur bonheur dans l'union libre – que par souci de protection du consommateur. L'activité est licite et peut être rémunérée, mais dans le cadre d'un contrat réglementé (art. 5-6 L. du 9 mars 1993)<sup>(36)</sup> ; elle consiste à déployer des efforts pour mettre en contact deux personnes désireuses de nouer une relation affective pouvant déboucher sur un mariage<sup>(37)</sup>. L'organisme de courtage ne souscrit qu'une obligation de moyens<sup>(38)</sup>.

(30) Comp. : Civ. Liège, 1<sup>er</sup> juin 1990, *Rev. trim. dr. fam.*, 1992, p. 39 (partage égal des frais engagés pour le mariage).

(31) Sauf s'il s'agit d'« objets de consommation courante » (H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 524, n° 497 ; Paris, 14 septembre 1999, *D.*, 2000, p. 412 (somm.), obs. J.-J. LEMOULAND). *Adde* : C. BÉROUJON, « Variations sur la nature juridique de la liste de mariage », *D.*, 1998, p. 10.

(32) Voy. toutefois les limites apportées à la théorie de la caducité des libéralités pour disparition de leur cause par l'arrêt de la Cour de cassation du 12 décembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2934, *Act. dr.fam.*, 2009, p. 149, note S. NUDELHOLC, *J.T.*, 2010, p. 335, note P. DELNOY, *R.A.B.G.*, 2009, p. 811, note B. VERLOOY, *R.C.J.B.*, 2011, p. 329 et 342, note S. NUDELHOLC, *Rev. not belge*, 2009, p. 755, note P. MOREAU, *Rev. trim. dr.fam.*, 2010, p. 1288, note J.-L. RENCHON, *R.W.*, 2008-2009, p. 1690, note R. BARBAIX, *R.G.D.C.*, 2009, p. 236, note M. MASSCHELEIN.

(33) Ce principe souffre une exception au profit du fiancé survivant lorsque la rupture des fiançailles est provoquée par le décès de l'un des fiancés ; les héritiers du défunt sont tenus à restitution envers le survivant (Civ. Courtrai, 17 juin 1980, *T. Not.*, 1980, p. 361, obs. ; D. STERCKX, « Le mariage en droit civil », o.c., n° 45).

(34) En ce sens : Liège, 2 novembre 1912, *Pas.*, 1913, II, p. 9.

(35) Voy. : G. BAETEMAN, in G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHULDEN et S. BROUWERS, « Personen- en familierecht (1995-2000) – Overzicht van rechtspraak », o.c., pp. 1746-1748, n°s 269-270 (en Région flamande : Décr. du 10 novembre 1993) ; D. STERCKX, « Le mariage en droit civil », o.c., n° 46.

(36) Civ. Roeselare, 22 octobre 1998, *Rev. not. belge*, 2003, p. 167 (conditions de résiliation).

(37) La relation nouée entre les personnes mises en contact obéit au droit commun ; une rupture n'engage la responsabilité de son auteur qu'en cas de faute délictuelle (Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 28 avril 1993, *D.*, 1995, p. 330, note B. MATHIEU).

(38) Bruxelles, 1<sup>er</sup> juillet 1998, *J.T.*, 1999, p. 49 ; Bruxelles, 1<sup>er</sup> juillet 1997, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1754 (somm.) ; Civ. Liège, 9 janvier 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 522 ; comp. : Civ. Bruxelles, 14 avril 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 524 (obligation de résultat de présenter... un nombre raisonnable de candidats).

Le courtage matrimonial interfère plus directement avec le mariage lorsque le client est déjà marié... Outre que le contrat avec l'organisme pourrait être annulable si l'on estime que le devoir de fidélité relève de l'ordre public et rend sa cause illicite (art. 6, 212 *jo.* 1172)<sup>(39)</sup>, le client s'adonne à un comportement pouvant être appelé à preuve d'une désunion irrémédiable (*infra*, n° 444).

## SECTION 2

### Conditions du mariage

**318. Division. Conditions et causes de nullité.** Le mariage est un contrat formaliste d'accès à une institution. Les futurs époux le concluent dans le respect de conditions de fond et de forme mais n'en déterminent pas le contenu. Les conditions de fond reflètent l'importance sociale et le caractère personnel du mariage (§ 1<sup>er</sup>). Les conditions de forme sont le témoin d'une institution voulue non disponible et d'ordre public (§ 2). Ces conditions sont presque autant de causes de nullité du mariage, dont le régime déroge au droit commun des nullités (§ 3).

#### § I. Conditions de fond

##### I. Vie et santé

**319. Mariage posthume et mariage *in articulo mortis*.** Les futurs époux doivent être en vie. Un décès survenu après l'échange des consentements rend impossible l'établissement posthume par l'officier de l'état civil d'un acte de mariage<sup>(40)</sup> ou l'obtention d'un jugement l'y contraignant<sup>(41)</sup>.

Par contre, le mariage peut être contracté *in articulo mortis* si le consentement est valable (*infra*, n° 325). Il importe peu que les mobiles qui animent les futurs époux soient d'ordre essentiellement patrimonial et s'extériorisent par un contrat de mariage avantageux pour le survivant<sup>(42)</sup>.

(39) Paris, 1<sup>er</sup> décembre 1999, *D.*, 2000, I.R., p. 13, *Rev. trim. dr. civ.*, 2000, p. 296, obs. J. HAUSER, *D.*, 2000, p. 415 (somm.), obs. J.-J. LEMOULAND.

(40) N. MASSAGER, « La mariée était en noir », *Journ. proc.*, 1990, n° 175, p. 13.

(41) Liège, 4 mars 1997, *Pas.*, 1996, II, p. 32, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1036, obs. Y.-H. LELEU, *J.T.*, 1997, p. 520 (décès du futur mari après que les premiers renseignements en vue du mariage aient été demandés au service de l'état civil) ; Liège, 3 juin 1991, *J.T.*, 1991, p. 658, *R.R.D.*, 1991, p. 433 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht, o.c.*, n° 1429. Comp. : en France, l'institution (administrative) du mariage posthume (art. 171 ; Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 28 février 2006, *J.C.P.*, 2006, IV, p. 1660, *Dr. fam.*, 2006, p. 79 (somm.), note V. LARRIBAU-TERNEYRE, *D.*, 2006, p. 747 ; Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 30 mars 1999, *D.*, 1999, I.R., p. 123, *D.*, 1999, p. 372 (somm.), obs. J.-J. LEMOULAND, *Dr. fam.*, 1999, n° 62, note H. LÉCUYER, *Gaz. Pal.*, 2000, p. 22, note F. DAHAN).

(42) Civ. Bruxelles, 16 novembre 1994, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 62. La Cour de cassation de France a reconnu la validité du mariage prononcé entre un homme mourant et sa compagne, mais

**320. Dissimulation d'un problème de santé.** La bonne santé des époux n'est pas une condition de validité du mariage, pas même si la pathologie perturbe la communauté affective ou sexuelle<sup>(43)</sup>. Cette règle, jadis fondée sur des difficultés de preuve et, selon les cas, un souci de discrétion, peut actuellement se recommander de l'absence de lien entre le mariage et la procréation, ainsi que sur les nécessités du secret médical<sup>(44)</sup>.

Par contre, la *dissimulation* d'un problème de santé antérieur au mariage, dont on sait ou doit savoir qu'il mettra en péril la communauté de vie, peut constituer un comportement constitutif d'une preuve de la désunion irrémédiable (*infra*, n° 445). La transmission d'une maladie est traitée de la même manière.

## 2. Âge et capacité

**321. Âge nubile. Fondement.** Pour contracter mariage, les futurs époux doivent avoir atteint l'âge de 18 ans, âge dit « nubile » (art. 144 ; art. 12 C.E.D.H.). Cette règle, uniformisée par la loi du 19 janvier 1990 pour les garçons et les filles et calquée sur la majorité légale<sup>(45)</sup>, vise à éviter les mariages d'enfants<sup>(46)</sup> et à s'assurer de la capacité des futurs époux à se représenter les conséquences du mariage<sup>(47)</sup>. Il ne s'agit donc plus essentiellement d'aptitude à la procréation<sup>(48)</sup>.

**322. Dispense judiciaire.** Le tribunal de la famille accorde la dispense d'âge pour *motifs graves* (art. 145). La grossesse de la future épouse

annulé pour dol le *contrat de mariage* vicié par le comportement de la future épouse (Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 4 juillet 1995, *D.*, 1996, p. 233, note F. BOULANGER, *Rép. Defrénois*, 1996, p. 321, obs. J. MASSIP, *Rép. Defrénois*, 1996, p. 407, obs. G. CHAMPENOIS, *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 205, obs B. VAREILLE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 392, obs. J. MESTRE). *Adde* : C. DECKERS, J. DE HERDT et N. GEELHAND, « (Fiscale) successieplanning « in extremis » in Vlaanderen. Naar een nieuwe concept inzake fiscale successieplanning », *o.c.*, p. 7.

(43) Civ. Liège, 7 mars 1949, *Pas.*, 1949, III, p. 116 ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, *o.c.*, p. 529, n° 505 ; *contra* : K. UYTTERHOEVEN, *De staat van de transsexuele persoon*, *o.c.*, p. 106, n° 172. *Comp.* en France : art. 63 C. civ. (certificat médical pré-nuptial).

(44) Sur la non-conformité à l'art. 12 C.E.D.H. d'une condition du mariage relative à la santé, plus particulièrement aux mutilations génitales : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, *o.c.*, p. 225, n° 301 et p. 226, n° 304.

(45) Sur la conformité à l'art. 12 C.E.D.H. de la fixation de l'âge nubile au-delà ou en deçà de la majorité légale, et la non-conformité d'un âge différent pour les filles et les garçons : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, *o.c.*, p. 217, n° 290 et p. 218, n° 292.

(46) Voy. sur cette problématique : M. STRINIC, « Le mariage d'enfant », *J.D.J.*, 2014, liv. 333, pp. 18-28. (47) *Comp.* toutefois l'abrogation par la loi du 27 avril 2007 de l'art. 275 C. civ. qui exigeait que les époux soient tous deux âgés d'au moins 20 ans au moment du dépôt de la requête en divorce par consentement mutuel.

(48) L'ancienne dénomination de la cause de nullité assortie à cette condition – l'impuberté – doit donc être évitée (*comp.* : D. STERCKX, « Le mariage en droit civil », *o.c.*, n° 55 – « puberté légale »). À bannir également l'explication par le climat en (ancien) droit comparé (H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, *o.c.*, p. 528, n° 503).

constituait l'hypothèse la plus fréquente de motif de dispense ; elle ne l'est plus grâce à la tolérance sociale des unions libres fécondes et à l'élévation de l'âge moyen du mariage<sup>(49)</sup>.

La dispense est sollicitée par requête devant le tribunal de la famille du domicile du mineur ou, à défaut, de sa résidence habituelle<sup>(50)</sup> (art. 629bis, § 2, C. jud.), soit par les père et mère, soit par l'un d'entre eux ou par le seul parent, soit par le tuteur, soit par le mineur, exceptionnellement autorisé à agir seul à défaut de consentement des parents ou du tuteur<sup>(51)</sup> (art. 145, al. 1<sup>er</sup>). Le tribunal statue sous 15 jours<sup>(52)</sup>.

**323. Consentement des parents du mineur.** Outre la dispense d'âge nubile, le consentement des parents est requis (art. 148) ; il est constaté par le tribunal de la famille saisi de la demande de dispense. Il s'agit plus exactement d'une *autorisation*, les parents n'agissant pas en qualité de représentants<sup>(53)</sup>. On distinguera ce consentement de l'assistance des parents à la conclusion du contrat de mariage (art. 1397 ; *supra*, n° 253).

Le mineur<sup>(54)</sup> doit obtenir le consentement de ses père et mère si les deux filiations<sup>(55)</sup> sont établies, de l'un d'eux dans le cas contraire ou si l'autre est dans l'impossibilité ou incapable de manifester sa volonté<sup>(56)</sup>, ou du tribunal de la famille (et non du tuteur éventuel) si les père et mère sont tous deux dans l'impossibilité ou incapables d'exprimer leur volonté ou ne comparaissent pas (art. 148, al. 6).

(49) Gand, 27 juin 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 941 (somm.), *NjW*, 2008, p. 887, note G.V. (dispense refusée malgré la grossesse ; suspicion de simulation) ; Civ. Gand, 5 novembre 2007, *T. Fam.*, 2008, p. 90, note R. VASSEUR (refus) ; Civ. Anvers (jeun.), 18 décembre 2002, *R.A.B.G.*, 2004, p. 931, note F. DE BOECK, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 776 (somm.) (difficultés financières, séjour irrégulier ; rejet) ; Civ. Namur (jeun.), 18 septembre 2001, *J.D.J.*, 2002, p. 38, note (grossesse) ; Civ. Charleroi (jeun.), 4 mars 1996, *J.D.J.*, 1996, p. 223 (présence de deux enfants ; projet de vie commune) ; Bruxelles (jeun.), 12 juillet 1991, *J.T.*, 1991, p. 818 (obligation pour le futur mari de quitter le territoire à défaut de mariage) ; Civ. Courtrai (jeun.), 23 octobre 1990, *R.W.*, 1991-1992, p. 262 (grossesse) ; comp. : Civ. Gand (jeun.), 12 octobre 1992, *R.W.*, 1992-1993, p. 1168 (refus de dispense malgré la grossesse).

(50) Si l'on considère que cette demande relève de l'autorité parentale, ce qui se justifie vu l'ancienne compétence du tribunal de la jeunesse.

(51) Le tuteur n'a pas à consentir *au mariage*, ce qui ne ressort pas du texte légal... (F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 306, n° 501).

(52) Rappr. : C.A., 30 janvier 2003, n° 20/2003, *J.T.*, 2003, p. 192, *E.J.*, 2003, p. 62, note P. SENAËVE (l'art. 145, al. 3, est inconstitutionnel en ce qu'il fait courir le délai d'appel à partir du prononcé du jugement par le juge de la jeunesse). Le délai d'appel de huit jours court à dater de la notification du jugement par pli judiciaire (art. 145, al. 3).

(53) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 539, n° 512. Cette prérogative relève de l'autorité parentale dite « au sens large ». Le divorce ou la séparation des parents, quel que soit le régime d'autorité parentale, est sans incidence sur cette prérogative. La déchéance de l'autorité parentale entraîne la perte de cette prérogative dans le chef du parent déchu.

(54) Même émancipé.

(55) En cas d'adoption, l'adoptant ou les adoptants consentent.

(56) P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n°s 1434 et 1489. L'impossibilité de manifester sa volonté vise non seulement un empêchement légal, mais également un empêchement de fait (aliénation mentale, coma), auquel on assimile les hypothèses de décès ou d'absence.

Les difficultés rencontrées à cette occasion sont de deux ordres et se résolvent devant le tribunal déjà saisi de la demande de dispense d'âge nubile :

- En cas de désaccord entre les parents<sup>(57)</sup>, le tribunal de la famille autorise le mariage s'il juge *non fondé* le refus d'un des deux parents (art. 148, al. 4). Le tribunal apprécie le motif du refus en fonction de l'intérêt de l'enfant, par exemple au regard des chances de stabilité du mariage projeté<sup>(58)</sup>.
- Lorsque les deux parents (ou le seul parent) refusent de consentir<sup>(59)</sup>, le tribunal n'autorise le mariage que s'il juge le refus *abusif* (art. 148, al. 3). Ce critère est plus restrictif que le précédent : le tribunal ne départage pas les parents pour apprécier lui-même l'intérêt du futur époux, mais vérifie *in abstracto* si les parents fondent leur refus sur des motifs égoïstes ou en rapport avec l'intérêt de l'enfant<sup>(60)</sup>.

**323-1. Personne expressément déclarée incapable de contracter mariage.** Lorsqu'une personne sous protection judiciaire a été déclarée incapable de contracter mariage (art. 492/1, § 1<sup>er</sup>, al. 3, 2<sup>o</sup>), elle conserve la possibilité de demander une autorisation de se marier au juge de paix (art. 145/1). Le juge saisi sur requête (art. 1246 C. jud.) appréciera son aptitude à exprimer sa volonté (*supra*, n° 182-4). Une copie certifiée conforme de son ordonnance sera adressée à l'officier d'état civil compétent.

(57) Auquel il faut assimiler le défaut de comparution d'un des deux parents (art. 148, al. 4 *in fine*).

(58) J.P. Menin, 12 décembre 1979, R.W., 1979-1980, col. 2727, note J.-M. PAUWELS (refus sans motif ; future épouse enceinte ; dommages-intérêts) ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 539, n° 513 ; D. STERCKX, « Le mariage en droit civil », o.c., n° 113.

(59) Ou si l'un ne peut manifester sa volonté et l'autre refuse (art. 148, al. 5).

(60) Cass., 2 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1091, *Rev. trim. dr. fam.*, 1981, p. 13, R.W., 1980-1981, col. 766, note ; Trib. jeun. Bruxelles, 28 janvier 2011, *T.J.K.*, 2013, p. 65, note R. VASSEUR (le juge n'a en l'espèce qu'un pouvoir de contrôle marginal) ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 543, n° 518 ; P. SENAËVE, « Art. 148 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n° 11 ; D. STERCKX, « Le mariage en droit civil », o.c., n° 127.

### 3. Sexe

**324. Ouverture du mariage aux personnes de même sexe.** En Belgique, la différence de sexe<sup>(61)</sup> n'est plus une condition du mariage (art. 143, al. 1<sup>er</sup>)<sup>(62)</sup>.

Le législateur en tire plusieurs conséquences en matière de filiation. La loi du 18 mai 2006 a ouvert l'adoption aux personnes de même sexe, mariées ou non (*infra*, n° 679), tandis que la loi du 5 mai 2014 a étendu les modes légaux d'établissement de la filiation aux couples de femmes<sup>(63)</sup> (comaternité – art. 325/2 : *infra*, n°s 609-610).

Quant à la querelle sur la nature du mariage entre personnes de même sexe – véritable mariage, autre mariage –, elle nous paraît exclusivement idéologique<sup>(64)</sup> : mariage et filiation ont officialisé leur divorce en 1979 (arrêt *Marckx*) ; statut du couple et autorité parentale ont été dissociés en 1995 ; l'ouverture du mariage à d'autres couples ne déforce pas juridiquement le mariage pour ceux à qui il était initialement réservé ; il n'est pas plus démontré que cette réforme déstructurera la société qu'il n'est établi que le mariage continue de la structurer.

À l'origine réservé aux ressortissants d'États dont la loi nationale autorise un tel mariage le mariage entre personnes de même sexe a été

(61) Le Code civil n'érigait pas explicitement la différence de sexe en condition du mariage, tellement évidente était cette exigence en 1804 (en ce sens, en France : T.G.I. Bordeaux, 27 juillet 2004, *D.*, 2004, p. 2392, note E. AGOSTINI, *J.C.P.*, 2004, 2039, note G. KESSLER, *Gaz. Pal.*, 8-9 octobre 2004, p. 9, note G. de GEOUFFRE de la PRADELLE). La jurisprudence a opposé cette condition implicite à une demande de modification de l'acte de naissance d'un transsexuel qui souhaitait demeurer marié (Anvers, 27 janvier 1999, *E.J.*, 1999, p. 50, note K. UYTTERHOEVEN, *R.G.D.C.*, 1999, p. 260, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 89, *R.W.*, 1999-2000, p. 257, note G. VERSCHULDEN, *J.D.J.*, 2000, n° 191, p. 44, note ; dans la même affaire : Civ. Anvers, 27 juin 2003, *NjW*, 2004, p. 17, note RdC [constat de caducité de cette condition depuis l'entrée en vigueur de la loi du 13 février 2003]).

(62) Voy. : C. AREND-CHEVRON, « La loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe », *Courrier hebdomadaire du C.R.I.S.P.*, 2003, n° 1780 ; J.-L. RENCHON, « Mariage et homosexualité », *o.c.*, p. 505 et « L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge », *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 439 ; F. SANT'ANGELO, « Les homosexuels et le mariage : une réponse à l'article de Jean-Louis Renchon dans le Journal des Tribunaux du 29 juin 2002 », *J.D.J.*, 2002, p. 3 ; P. SENAËVE, « Naar de invoering van het homohuwelijk in het Belgische recht ? », *E.J.*, 2002, p. 50 et « De wet van 13 februari 2003 tot invoering van het homohuwelijk in het Belgische recht », *E.J.*, 2003, p. 50 ; D. STERCKX, « À propos de la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe », *J.T.*, 2003, p. 434. Comp. : Avis du C.E. du 12 novembre 2001 sur l'avant-projet de loi « ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil », *Div. Act.*, 2002, p. 54.

(63) Voy. not. F. SWENNEN et Y.-H. LELEU, « Les mariages homosexuels. Rapport belge », in *Rapports belges du congrès de l'Académie internationale de droit comparé* (E. DIRIX et Y.-H. LELEU éd.), Bruxelles, Bruylant, 2010, n°s 20 et s. Sur la jurisprudence de la C.E.D.H., non décisive dans la présente problématique, voy. *supra*, n° 90. La Cour d'arbitrage a rejeté un recours en annulation contre la loi du 13 février 2003 : C.A., 20 octobre 2004, n° 159/2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 408, *J.T.*, 2005, p. 51, *E.J.* 2005, p. 22, note P. SENAËVE. Voy. aussi M. DEMARET, « L'adoption homosexuelle à l'épreuve du principe d'égalité. L'arrêt E.B. contre France », *J.T.*, 2009, pp. 145-149.

(64) Y.-H. LELEU, « Du droit des régimes matrimoniaux au droit patrimonial du couple », *o.c.*, p. 311, n° 7 ; F. SWENNEN, « Het « homohuwelijk » bestaat niet anno 2005 », *E.J.*, 2005, p. 66, n° 1 ; rappr. : D. STERCKX, « Le mariage », *o.c.*, p. 259, pour qui l'institution du mariage se trouve vivifiée sur le plan symbolique ; *contra* : J.-L. RENCHON, « Mariage et homosexualité », *o.c.*, pp. 513-514, n°s 39-41.

ouvert à toute personne ayant la nationalité d'un État ou sa résidence habituelle dans un État autorisant un tel mariage (art. 46 C.D.I.P.)<sup>(65)</sup>.

#### 4. Consentement

**325. Notion. Existence du consentement.** Le consentement des futurs époux est un élément constitutif du mariage. La formulation de l'article 146 du Code civil, disposition centrale à ce sujet – « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement » –, a cessé d'agiter doctrine et jurisprudence<sup>(66)</sup> : un consentement formel devant l'officier de l'état civil, mais vide de contenu faute de lucidité, par exemple, est sanctionné par la *nullité* et non par une prétendue inexistence du mariage<sup>(67)</sup>.

En pratique, cette sanction vise les cas de maladie ou d'arriération mentale<sup>(68)</sup>, voire de syndromes graves liés à l'alcoolisme ou à d'autres assuétudes.

Certaine jurisprudence y ajoute l'hypothèse d'un consentement formel et lucide, mais non porteur d'une volonté de constituer une vie commune durable dans le chef d'au moins un des époux<sup>(69)</sup>. Ainsi, un mariage simulé à d'autres fins que le séjour en Belgique sera annulé pour défaut de consentement hors du cadre de l'article 146*bis* du Code civil (voy. ci-dessous).

(65) P. WAUTELET, « Les couples de personnes de même sexe en droit belge sous l'angle du droit international privé », in *Rapports belges au Congrès de l'Académie Internationale de Droit comparé à Utrecht* (E. DIRIX et Y.-H. LELEU éd.), Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 301. *Adde* : circ. min. du 23 janvier 2004 remplaçant la circ. du 8 mai 2003 relative à la loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *J.D.J.*, 2003, n° 228, p. 17, *Div. Act.*, 2004, p. 33 et obs. N. GALLUS ; M. TRAEST, « Amendementen in verband met het homohuwelijk in het I.P.R. », *E.J.*, 2004, p. 71. Sur la reconnaissance d'un tel mariage dans un État dont la loi ne l'autorise pas : H. FULCHIRON, « La reconnaissance de la famille homosexuelle aux Pays-Bas », *J.C.P.*, 2001, 1033.

(66) Voy. not. : Cl. RENARD et E. VIEUJEAN, « Nullité, inexistence et annulabilité en droit civil belge », *Ann. dr. Liège*, 1962, p. 243.

(67) Cass., 28 mai 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 1069, *R.C.J.B.*, 1959, p. 5, note M. GEVERS, *R.W.*, 1957-1958, col. 2105 (nullité absolue) ; rappr. : Mons, 19 mai 1998, *J.T.*, 1998, p. 599, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 255. Le fait d'avoir simulé son consentement au mariage en apposant sa signature dans le registre des actes de mariage est susceptible de recevoir la qualification de faux en écriture (art. 193, 196 et 197 C. pén.) (Cass., 21 novembre 2012, *Pas.*, 2013, p. 294, *J.L.M.B.*, 2013, p. 984, *Rev. dr. pén.*, 2013, p. 984, note P. MONVILLE et M. GIACOMETTI, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 951 (somm.)).

(68) Mons, 21 juin 2005, *Div. Act.*, 2005, p. 127 ; Liège, 16 février 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 802, *J.T.*, 2000, p. 425, *R.R.D.*, 2000, p. 168, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 249 (arriération mentale grave) ; comp. : Liège, 16 mars 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1433 (rejet de la demande pour insuffisance de preuve).

(69) Bruxelles, 6 mars 2014, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 258, note (critique) J. FIERENS (mariage à Las Vegas, non voulu comme constitutif de mariage par la future épouse). Dans le même sens, mais rangeant une telle hypothèse sous la simulation de mariage : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 298, n° 488.

Parce que l'on touche à la problématique du mariage de personnes vulnérables, la nullité devrait être considérée comme *relative*<sup>(70)</sup> même si le consentement n'est pas à proprement parler vicié<sup>(71)</sup>. Il serait en effet délicat d'ouvrir l'action à d'autres personnes que les époux pour des raisons d'ordre compassionnel ou eugénique<sup>(72)</sup>. On peut aussi s'interroger sur la responsabilité de l'officier de l'état civil qui a célébré un tel mariage<sup>(73)</sup>.

L'inaptitude à exprimer un consentement significatif doit être distinguée de l'incapacité juridique à consentir au mariage qui frappe, sous certaines conditions, les personnes placées sous protection judiciaire (*supra*, n° 182-1).

**326. Mariage simulé.** Le consentement à un mariage simulé<sup>(74)</sup> n'est pas vide de sens. Un consentement formel est exprimé et manifeste une volonté de se marier en connaissance des effets du mariage. En ce sens, le mariage simulé est à distinguer d'un mariage forcé (*infra*, n° 327), bien que ces

(70) Cass., 21 octobre 1971, R.C.J.B., 1972, p. 415, note F. RIGAUX. Dans le même sens : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 532, n° 507 ; J.-P. MASSON, « L'annulation du mariage. Législation, doctrine, jurisprudence », in *Démariage et coparentalité. Le droit belge en mutation* (J.-P. MASSON, Ph. DE PAGE et G. HIERNAUX éd.), Bruxelles, E. Story-Scientia, 1997, p. 183, n° 14 ; H. WILLEKENS, « Art. 146 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n° 10 ; *contra* : A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed : theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, 3<sup>e</sup> éd., o.c., p. 284, n° 750 ; P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 1464.

(71) Comp. : Bruxelles, 6 mars 2014, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 258, note (critique) J. FIERENS ; Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 4 juillet 1995, *D.*, 1996, p. 233, note F. BOULANGER, *Rép. Defrénois*, 1996, p. 321, obs. J. MASSIP et p. 407, obs. G. CHAMPENOIS, *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 205, obs. B. VAREILLE et p. 392, obs. J. MESTRE (consentement existant mais vicié ; annulation demandée par les héritiers ; irrecevable).

(72) Bruxelles, 23 juillet 1987, *Pas.*, 1987, II, p. 206, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1252, obs. Chr. P. (handicap mental) ; opposition formée par le ministère public, argument tiré du caractère d'ordre public de la nullité) ; Civ. Namur, 19 septembre 1990, *Journ. proc.*, 1990, n° 179, p. 27, note J.-P. MASSON, *J.L.M.B.*, 1991, p. 132 (opposition formée par la mère de la future épouse).

(73) F. RIGAUX, « La place de l'aliénation mentale parmi les causes de nullité du mariage », in *Album Professor Fernand Van Goethem*, Anvers, Standaard, 1964, p. 125, n° 3.

(74) Voy. not. : C. AERTS et K. VAN HOOGENBEMT, « De strafrechtelijke betoegeling van het schijnhuwelijk, ingevoerd door de wet van 12 januari 2006 », *E.J.*, 2006, pp. 49-54 ; Ch.-L. CLOSSET, « À propos de la simulation de mariage et des 'mariages de nationalité' », in *Liber Amicorum Gustaaf Baeteman*, Anvers, Kluwer, 1997, p. 17 ; S. D'HONDT, « De aangifte van het huwelijk – Commentaar bij de wet van 4 mei 1999 », o.c., p. 98 et « Art. 146bis B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, feuil. mob. ; C. GILLES, « La nullité des mariages simulés », *J.T.*, 1991, p. 361 ; A. HUYGENS, « Oneigenlijke huwelijksmigratie. Schijnhuwelijken : stand van zaken anno 2006 », *T. Vreemd.*, 2006, p. 238 ; S. LEFEBVRE, « Schijnhuwelijken. Preventie en repressie in een notendop », *NjW*, 2007, p. 818 ; J. ROODHOOF, « Schijnhuwelijken, het huwelijksinstituut misbruikt », *R.W.*, 1991-1992, p. 209 ; S. SAROLÉA, « Le mariage simulé en droit international privé », *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 9 ; J. SOSSON, « Les mariés de l'an 2000... Les nouvelles dispositions relatives à la simulation et aux formalités préalables au mariage », o.c., p. 649 ; V. SAINT-GHISLAIN, *Les mariages de complaisance*, Bruges, Vanden Broele, 2013 ; D. STERCKX, « La lutte contre les mariages blancs ou gris », *J.T.*, 2012, p. 795-796 ; R. STOCKX, « Uit liefde of voor de schone schijn ? Over schijnhuwelijken », in *Liefde's onrecht. Het onmogelijke huwelijk tussen liefde en recht* (K. RAES éd.), Gand, Mys & Breesch, 1998, p. 175 ; T. WUYTS, « De bevoegde ambtenaar van de burgerlijke stand tot huwelijksvoltrekking en de beoordeling door de hoven en rechtbanken van een weigering tot huwelijksvoltrekking », *E.J.*, 2005, pp. 164-172.

deux problématiques obligent à tenir compte des différences culturelles, dans certaines limites.

Dans le mariage simulé, ce n'est pas la communauté de vie qui est recherchée<sup>(75)</sup>, au moins dans le chef d'un des futurs époux, mais *exclusivement* des conséquences périphériques au mariage, actuellement principalement<sup>(76)</sup> le droit au séjour, qui ouvre le droit au regroupement familial et au bénéfice d'une protection socio-économique. L'échange des consentements aboutit à créer un simulacre de mariage<sup>(77)</sup>.

En pratique, le mariage simulé qui met en présence des Belges et des étrangers connaît un regain d'activité préoccupant, et ajoute au problème de droit civil des aspects de droit international privé, notamment la validité du consentement au regard de la loi nationale du futur époux (art. 46 C.D.I.P.)<sup>(78)</sup>. Il porte atteinte à l'ordre public<sup>(79)</sup> et est sanctionné pénalement<sup>(80)</sup>. Les moyens juridiques de son éradication ne méconnaissent pas le droit fondamental au mariage (art. 12 C.E.D.H.)<sup>(81)</sup>.

(75) Cass., 8 février 2008, *T. Fam.*, 2008, p. 162, note T. WUYTS ; Liège, 13 février 2007, *J.T.*, 2007, p. 485 ; Liège, 9 janvier 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 753, *J.T.*, 2007, p. 380, note D. STERCKX ; Liège, 4 octobre 2005, *J.T.*, 2005, p. 740, *R.R.D.*, 2005, p. 360 ; Mons, 18 avril 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1049 ; Gand, 16 mai 2005, *R.A.B.G.*, 2006, p. 543 ; Bruxelles, 24 juin 2004, *NjW*, 2005, p. 134, note G.V. ; Liège, 22 juin 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1686 (motif) ; Civ. Bruxelles, 18 octobre 2002, *J.T.*, 2004, p. 120 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 1699 (somm.). Le mariage de raison est valable (*supra*, n° 314).

(76) Pas exclusivement : Bruxelles, 6 mars 2014, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 258, note (critique) J. FIERENS (absence de recherche d'une communauté de vie durable dans le chef de l'épouse jointe au comportement dolosif de l'époux).

(77) Anvers, 27 janvier 1999, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 542, note K. LAMBEIN ; comp. (absence de simulation) : Civ. Louvain, 1<sup>er</sup> décembre 1998, *T. Not.*, 2000, p. 49 ; Civ. Bruxelles, 28 mai 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1219. En France : Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 19 janvier 1999, *Dr. fam.*, 1999, n° 23, note H. LÉCUYER.

(78) Ex. : Cass., 23 février 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 205, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 37, *R.W.*, 1995-1996, p. 363 ; Anvers, 2 janvier 2002, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 959, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 232 (somm.). Voy. : S. D'HONDT, « Art. 146bis B.W. », *o.c.*, n° 3 ; S. SAROLÉA, « Le mariage simulé en droit international privé », *o.c.*, p. 9 ; D. STERCKX, « La lutte contre les mariages blancs ou gris », *o.c.*, pp. 795-796 ; P. WAULETEL et C. HENRICOT, « La formation du mariage et ses effets », in *Relations familiales internationales. L'actualité vue par la pratique* (P. WAULETEL éd.), CUP, vol. 118, Liège, Anthemis, 2010, p. 55.

(79) Bruxelles, 7 juin 1994, *R.G.D.C.*, 1995, p. 377, note J. ROODHOOF. En ce sens : D. STERCKX, « Le mariage », *o.c.*, p. 259. Sur l'impact de cette problématique en droit communautaire : Résolution du Conseil de l'Union européenne du 4 décembre 1997 ; M. FALLON, « Droit familial et droit des Communautés européennes », *o.c.*, pp. 384-387.

(80) Art. 79bis L. du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

(81) Comm. eur. D. H., *Klip et Krüger c. Pays-Bas*, arrêt du 3 décembre 1997 et Comm. eur. D. H., *Sanders c. France*, n° 31401/96, décision sur la recevabilité du 16 octobre 1996, inédit ; Cass., 20 novembre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 54 (somm.) ; Cass., 19 mars 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 659, *R.W.*, 1992-1993, p. 158 ; C.E., 28 juin 2001, *R.W.*, 2002-2003, p. 63, *J.D.J.*, 2004, p. 39 (non-violation de l'art. 8 C.E.D.H.) ; Anvers, 5 janvier 2005, *E.J.*, 2005, p. 158, note T. WUYTS ; Gand, 12 février 2004, *NjW*, 2004, p. 1390, note G.V. ; Anvers, 13 janvier 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 74 ; Civ. Oudenaarde, 8 octobre 2002, *R.A.B.G.*, 2004, p. 461, note E. VANGOISENHOVEN ; Civ. Bruxelles (réf.), 19 novembre 1999, *J.T.*, 2000, p. 667 ; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Le maintien du lien familial des étrangers », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (F. SUDRE éd.), Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2002, pp. 211 et s. ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Le droit à une vie familiale pour les étrangers », in *Le droit à une vie familiale* (J.-J. LEMOULAN et

Pour faciliter l'annulation d'un mariage simulé, un article 146bis a été introduit dans le Code civil par la loi du 4 mai 1999<sup>(82)</sup> stipulant qu'il n'y a pas de mariage lorsque, bien que les consentements aient été donnés en vue de celui-ci, il ressort d'une combinaison de circonstances que l'intention de l'un au moins des époux n'est manifestement pas la création d'une communauté de vie durable, mais vise uniquement l'obtention d'un avantage en matière de séjour lié au statut d'époux<sup>(83)</sup>. Cette nullité est absolue (art. 184)<sup>(84)</sup>. La difficulté est de prouver la simulation sans attenter à la vie privée des époux. Fort des critiques émises contre la méthode des circulaires portant des « listes d'indices de simulation »<sup>(85)</sup>, le législateur a repris la main et confié l'appréciation au juge<sup>(86)</sup>. Ce der-

M. LUBY éd.), Paris, Dalloz, 2007, pp. 27 et s. ; P. SENAËVE, « Schijnhuwelijken en E.V.R.M. », note sous Cass., 19 mars 1992, *R. Cass.*, 1992, p. 131 ; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen-familie recht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., p. 213, n° 283 ; *adde* : X. PESENTI, « Les couples mixtes et étrangers au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Les étrangers et la Convention européenne des droits de l'homme* (H. FULCHIRON éd.), Paris, L.G.D.J., 1999, pp. 155-156).

(82) Voy. : S. D'HONDT, « De aangifte van het huwelijk – Commentaar bij de wet van 4 mei 1999 », o.c., p. 98 ; J. SOSSON, « Les mariés de l'an 2000... Les nouvelles dispositions relatives à la simulation et aux formalités préalables au mariage », o.c.

(83) Cass., 2 mai 2014, *J.L.M.B.*, 2015, p. 196, *Rev. dr. étr.*, 2014, liv. 177, p. 207, *T. Vreemd.*, 2014, p. 410 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 55 (somm.) : « L'annulation ne peut être prononcée si les époux ont eu l'intention, ne fût-ce qu'à titre accessoire, de créer une communauté de vie durable ». Dans le même sens : Bruxelles, 21 mars 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 56 ; Bruxelles, 14 mars 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 240. Comp. Gand, 23 octobre 2014, *Revue@dipr.be*, 2014, liv. 4, p. 55, qui conclut à un mariage simulé annulable lorsque l'obtention d'un avantage en matière de séjour se combine avec d'autres motifs, dès lors que l'un des époux au moins n'a pas l'intention de former une communauté de vie durable.

(84) Anvers, 7 février 2001, *R.G.D.C.*, 2001, p. 498, *Juristenkrant*, 2001, n° 36, p. 6, note G. VERSCHULDEN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 231 (somm.) (nécessité, pour le ministère public, d'agir du vivant des époux) ; Civ. Eupen, 25 mars 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1648 (somm.). Auparavant, la jurisprudence considérait la nullité comme « virtuellement » absolue, par exception au principe « pas de nullité sans texte » (Liège, 13 décembre 1994, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 45, *R.G.D.C.*, 1996, p. 324, note C. PARIS). Le prononcé du divorce, n'entraînant la dissolution du mariage que pour l'avenir, ne fait pas obstacle à l'action du ministère public en annulation du mariage pour simulation (Civ. Nivelles, 17 octobre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 647). Le fait que le mariage a été conclu par une autorité étrangère n'implique pas que le juge belge ne puisse pas déclarer nul le mariage simulé (Gand, 16 juin 2005, *R.A.B.G.*, 2006, p. 543, *Revue@dipr.be*, p. 41).

(85) Voy. : circ. min. du 7 juillet 1994 (mauvaise communication entre futurs époux, absence de vie commune, ignorance des noms, paiement d'une somme d'argent, prostitution, etc.) ; Sur la légalité de la circulaire ministérielle : Civ. Liège (réf.), 18 février 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1050 ; S. D'HONDT, « De aangifte van het huwelijk – Commentaar bij de wet van 4 mei 1999 », o.c., p. 98, n° 3 et « Art. 146bis B.W. », o.c., n° 10 ; S. SAROLÉA, « Le mariage simulé en droit international privé », o.c., pp. 27-28. Sur la conformité de tels critères à la C.E.D.H. : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen-familie recht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., p. 214, n° 284 et les réf. citées à la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme (note 902).

(86) Cass., 8 février 2008, *Pas.*, 2008, p. 386, *T. Fam.*, 2008, p. 162, note T. WUYTS, *Revue@dipr.be*, 2008, p. 61 (procédure de procréation médicalement assistée et cohabitation effective) ; Liège, 30 mars 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 315 (refus non fondé) ; Gand, 12 février 2004, *NjW*, 2004, p. 1390, note G.V. (refus non fondé) ; Liège, 8 octobre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1055 (pas de preuve de l'absence de sincérité) ; Liège, 28 novembre 2001, *J.T.*, 2002, p. 131 (circonstances de fait postérieures au mariage) ; Liège, 8 décembre 1998, *Rev. dr. étr.*, 1999, p. 263 (situation irrégulière en Belgique et délits commis en soi insuffisants pour établir la simulation) ; Gand, 13 février 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 329, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 231 (somm.) (appréciation au moment de la conclusion du

nier motivera avec précision une décision qui conclurait à l'absence de consentement sur la base d'éléments liés aux traditions et à la culture de l'un ou l'autre des époux (ex. : défaut de paiement de dot, non-consommation du mariage, etc.)<sup>(87)</sup>.

La *prévention* des mariages simulés est évidemment préférable<sup>(88)</sup>. Les officiers de l'état civil ont le pouvoir de *refuser* de célébrer<sup>(89)</sup> un mariage lorsque celui-ci paraît simulé au vu des circonstances de fait et, plus généralement, lorsqu'il apparaît qu'il n'est pas satisfait aux conditions de fond du mariage ou si sa célébration contrarie l'ordre public (art. 167)<sup>(90)</sup>. Ils peuvent également, pour les mêmes motifs, *surseoir* à la célébration du mariage pendant un délai de 2 mois<sup>(91)</sup> et procéder à une enquête complémentaire ; ce délai peut être prolongé de 3 mois au maximum par le Procureur du Roi (art. 167, al. 2, réd. L. 2 juin 2013)<sup>(92)</sup>. Ces décisions doivent être motivées<sup>(93)</sup> et sont susceptibles de recours pouvant, après un contrôle<sup>(94)</sup> par le juge qui communique la cause au ministère public (art. 167, al. 6, art. 138bis, § 1<sup>er</sup>/1 C. jud), aboutir à une

mariage) ; Civ. Liège, 22 septembre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 950 (qualité de mineure prolongée de l'épouse insuffisante pour conclure à une présomption de simulation).

(87) Mons, 21 juin 2005, *Div. Act.*, 2005, p. 127 (somme d'argent payée à la famille de l'épouse, en soi insuffisante pour établir la simulation) ; Bruxelles, 18 mars 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 578 ; Gand, 16 octobre 2003, *R.A.B.G.*, 2004, p. 465, note M. GOVAERTS ; Bruxelles, 16 mars 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 281, note M.-Cl. FOBLETS ; Civ. Bruxelles, 9 avril 1997, *E.J.*, 1998, p. 45, note V. VAN DEN EECKHOUT ; dans le même sens : S. D'HONDT, « Art. 146bis B.W. », o.c., n<sup>os</sup> 11-12. (88) Comp., en France : Cons. const., 20 novembre 2003, *D.*, 2004, p. 1405, note O. LECUCQ (sanction de la loi française relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité).

(89) T. WUYTS, « De bevoegde ambtenaar van de burgerlijke stand tot huwelijksvoltrekking en de beoordeling door de hoven en rechtbanken van een weigering tot huwelijksvoltrekking », o.c., pp. 164-172. Ils ne peuvent refuser d'acter la *déclaration de mariage* pour ce motif (*infra*, n<sup>o</sup> 333).

(90) Gand, 12 février 2004, *NjW*, 2004, p. 1390, note G.V. (refus, à tort selon nous) ; Mons, 8 avril 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 575 (refus) ; Civ. Bruxelles, 11 décembre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 690, note M. FALLON (refus, à tort selon nous) ; Civ. Liège (prés.), 22 septembre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 950 (refus à tort). Jurisprudence antérieure en ce sens et *praeter legem* : Civ. Bruxelles (réf.), 19 novembre 1999, *J.T.*, 2000, p. 667 ; Civ. Anvers (réf.), 14 mai 1991, *R.W.*, 1991-1992, p. 235, note ; *R.G.D.C.*, 1992, p. 456 ; Civ. Bruxelles (réf.), 3 novembre 1994, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 58 ; Civ. Bruxelles (réf.), 1<sup>er</sup> mars 1994, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 41, *R.G.D.C.*, 1994, p. 408 ; Civ. Anvers, 26 juin 1991, *R.W.*, 1992-1993, p. 236, note.

(91) Civ. Gand, 2 juin 2004, *NjW*, 2004, p. 990, note GV ; Civ. Bruxelles (réf.), 30 octobre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 254.

(92) Si l'officier d'état civil n'a pas pris de décision à l'expiration du délai, il doit célébrer le mariage (art. 167, al. 3).

(93) Civ. Bruxelles (réf.), 12 mars 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 645, *J.T.*, 2002, p. 197 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 260 ; *contra* : Civ. Gand, 2 juin 2004, précité. La loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs n'est pas applicable à l'officier de l'état civil en matière de célébration de mariage (Anvers, 15 octobre 2014, *Juristenkrant*, 2015, liv. 302, p. 16, reflet E. DE BOECK).

(94) Qui n'est pas de simple légalité selon la Cour de cassation : Cass., 13 avril 2007, *Pas.*, 2007, p. 688, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 111, *NjW*, 2007, p. 848, note G. VERSCHULDEN, et note S. LEFEBVRE, *R.W.*, 2008-2009, p. 407, note J. DUJARDIN, *T. Fam.*, 2007, p. 172, note T. WUYTS, *Revue@dipr.be*, 2008, p. 84 ; *Contra* : Civ. Gand (réf.), 30 juin 2004, *T.G.R.*, 2004, p. 184, note F. MOEYKENS et E. DELIE.

injonction de célébrer le mariage<sup>(95)</sup>. Le juge peut prendre en considération des éléments postérieurs à la décision de refus<sup>(96)</sup>.

**327. Vices du consentement.** En matière de mariage, le droit commun des vices de consentement est aménagé pour deux raisons supplémentaires à celle de la nécessité de limiter les annulations de mariage : les formes du mariage préviennent certains vices ; ceux-ci pouvaient être simulés pour s'épargner une procédure aléatoire aux temps anciens du divorce pour faute<sup>(97)</sup>.

Dérogation la plus spectaculaire, le *dol* n'est pas une cause de nullité du mariage. Depuis l'aube du droit civil, « *en mariage, trompe qui peut* »<sup>(98)</sup>. Enjoliver la réalité et bercer le partenaire de quelques illusions fait partie du jeu de la séduction<sup>(99)</sup>, mais ne garantit pas la pérennité de l'union.

L'*erreur* ne vicie le consentement que si, ayant déterminé celui-ci<sup>(100)</sup>, elle a été commise « dans » la personne d'un époux (art. 180), c'est-à-dire soit sur son identité physique<sup>(101)</sup>, soit sur son identité civile<sup>(102)</sup>, mais

(95) Bruxelles, 13 janvier 2005, *J.T.*, 2005, p. 327, obs. D. STERCKX, *NjW*, 2005, p. 593, note G.V., *E.J.*, 2005, p. 162, note T. WUYTS ; Civ. Eupen, 18 novembre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1651 (somm.) ; Civ. Bruxelles, 16 janvier 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 522, note G. HIERNAX ; Civ. Bruxelles, 23 septembre 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 519 ; Civ. Bruxelles, 27 mars 2002, *J.L.M.B.*, 2004, p. 215 ; Civ. Bruxelles, 18 avril 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 658 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 264 ; Civ. Liège (réf.), 5 avril 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 739. Sur la procédure : S. D'HONDT et G. VERSCHULDEN, « Art. 167 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n<sup>os</sup> 6-8 ; J. SOSSON, « Les mariés de l'an 2000... Les nouvelles dispositions relatives à la simulation et aux formalités préalables au mariage », *o.c.*, p. 655, n<sup>os</sup> 22-25.

(96) Cass., 13 avril 2007, précité ; Bruxelles, 13 janvier 2005, *J.T.*, 2005, p. 327, obs. D. STERCKX, *NjW*, 2005, p. 593, note G.V., *E.J.*, 2005, p. 162, note T. WUYTS.

(97) D. STERCKX, « Le mariage en droit civil », *o.c.*, n<sup>o</sup> 95.

(98) LOYSEL, *Institutes coutumières*, livre I<sup>er</sup>, titre II, n<sup>o</sup> 3 ; Y. GUYON, « De l'obligation de sincérité dans le mariage », *Rev. trim. dr. civ.*, 1964, p. 473. Application : Civ. Turnhout, 6 février 1997, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 170 (somm.), *R.W.*, 1997-1998, p. 506.

(99) Cass., 17 juillet 1925, *Pas.*, 1925, I, p. 370 ; Civ. Turnhout, 6 février 1997, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 170 (somm.), *R.W.*, 1997-1998, p. 506. En France : Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 4 juillet 1995, *D.*, 1996, p. 233, note F. BOULANGER, *Rép. Defrénois*, 1996, p. 321, obs. J. MASSIP et p. 407, obs. G. CHAMPENOIS, *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 205, obs B. VAREILLE et p. 392, obs. J. MESTRE.

(100) D. STERCKX, « Le mariage en droit civil », *o.c.*, n<sup>o</sup> 105.

(101) Ex. : substitution de personne le jour de la célébration ; P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n<sup>o</sup> 1473.

(102) Cass., 17 juillet 1925, *Pas.*, 1925, I, p. 370 ; Civ. Bruxelles, 11 février 1986, *Pas.*, 1986, III, p. 37 ; Civ. Turnhout, 6 février 1997, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 170 (somm.), *R.W.*, 1997-1998, p. 506.

non sur des qualités, même essentielles<sup>(103)</sup>, de celle-ci<sup>(104)</sup>. Par le détour de l'annulation pour défaut de consentement, certaine jurisprudence réprime des comportements qui ont pu induire un conjoint en erreur sur les intentions réelles de l'autre, notamment l'absence de volonté de constituer une vie commune durable<sup>(105)</sup>.

La *violen*ce concerne dans cette matière surtout la pression morale ou culturelle, voire physique, qui s'exprime dans la pratique des « mariages forcés », entre époux dont la culture ou l'éducation n'y est pas hostile, mais dont le droit belge pluraliste doit protéger la liberté de consentir au mariage (art. 146*ter*)<sup>(106)</sup>. Ce vice de consentement n'est pas sans rapport avec la condition d'âge nubile et le rôle laissé aux parents dans la formation du mariage<sup>(107)</sup>. Alors qu'il convient de respecter la pratique socio-culturelle du mariage *arrangé* à condition que les intéressés y consentent librement<sup>(108)</sup>, la « crainte révérentielle » envers les parents (ou le corps social) n'impose pas le respect d'un mariage *forcé* quand cette crainte est terreur ou aliène le libre-arbitre. Le mariage forcé n'est donc jamais légitime (art. 8 et 12 C.E.D.H. – *supra*, n° 315)<sup>(109)</sup>. En ce sens, des sanctions pénales (art. 391*sexies*, 433*quinquies* C. pén.), de droit des étrangers (art. 77, L. du 15 décembre 1980 ; art. 23/1 Code de

(103) Pour un rejet de l'annulation pour erreur sur les qualités de la personne au regard d'une culture déterminée (virginité de l'épouse) : Douai, 17 novembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 31 note D. STERCKX (le mensonge sur la virginité de l'épouse ne constitue pas une erreur sur une qualité essentielle), réformant : T.G.I. Lille, 1<sup>er</sup> avril 2008, *J.T.*, 2008, p. 473, notes J.-P. MASSON et D. STERCKX, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1124, obs. P. MARTENS, *Gaz. Pal.*, 4-5 juin 2008, p. 16, note, *D.*, 2008, p. 1389, note P. LABBEE, *J.C.P.*, 2008, p. 35, note G. RAOUL-CORMEIL, *Dr. fam.*, 2008, p. 25, note. Voy. aussi : J. SOSSON, « Trois mariages et une virginité », *J.T.*, 2009, p. 50.

(104) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 535, n° 508 ; D. STERCKX, « Le mariage en droit civil », o.c., n° 106 ; *contra* à propos de l'erreur sur l'état mental : Mons, 27 juin 1989, *Rev. trim. dr. fam.*, 1992, p. 263 (motifs) ; Anvers, 1<sup>er</sup> février 1984, *Rev. trim. dr. fam.*, 1984, p. 283 (motifs) ; F. RIGAUX, « La place de l'aliénation mentale parmi les causes de nullité du mariage », o.c., p. 141 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 1473 ; H. WILLEKENS et T. WUYTS, « Art. 180 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n° 6. En France : art. 180 C. civ. (erreur sur les qualités essentielles de la personne d'un époux) ; Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 2 décembre 1997, *Dr. fam.*, 1998, n° 35, note H. LÉCUYER ; Grenoble, 3 avril 2002, *Dr. fam.*, 2003, n° 85, note H.L. ; Paris, 20 décembre 2001, *Dr. fam.*, 2002, n° 40, note H. LÉCUYER.

(105) Bruxelles, 6 mars 2014, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 258, note (critique) J. FIERENS.

(106) Voy. not. : M. GRÉGOIRE, « La violence, vice du consentement », *J.T.*, 2009, p. 43 ; K. VERSTRAETE, « De burgerrechtelijke en strafrechtelijke beteugeling van het gedwongen huwelijk », *T.V.W.*, 2007, pp. 303-304 ; E. WILLEMS, « De wet van 25 april 2007 : de strafrechtelijke en burgerrechtelijke strijd tegen het gedwongen huwelijk kritisch bekeken », *T. Fam.*, 2008, p. 82.

(107) Sur les liens entre demande de dispense d'âge nubile de mineurs étrangers pour motifs culturels, mariage simulé ou forcé, et migrations par regroupement familial : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 301, n° 495.

(108) F. Swennen, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 301, n° 494.

(109) Recommandation n° 1450(2000) de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe du 3 avril 2000 relative à la violence contre les femmes en Europe. Dans le même sens : D. STERCKX, « Le mariage en droit civil », o.c., n° 101 ; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., p. 209, n° 276 ; M.-Cl. FOBLETS, « Conflits conjugaux et immigration. Libérer la femme marocaine musulmane malgré elle ? », *Ann. Dr. Louvain*, 1999, p. 61.

la nationalité) et une cause supplémentaire de nullité absolue (art. 184) complètent l'arsenal répressif, y compris dans sa fonction dissuasive<sup>(110)</sup>.

## 5. Absence de mariage non dissous

**328. Bigamie, polygamie successive et ordre public atténué.** Le principe de monogamie est consacré sous forme négative par l'interdit de contracter un mariage avant la dissolution du premier (art. 147 ; art. 391 C. pén.). Le législateur était-il conscient de ce qu'une monogamie imposée n'empêche pas la polygamie successive, si peu différente de celle encadrée ailleurs par des contraintes socio-économiques et juridiques ?<sup>(111)</sup> Quoi qu'il en soit, la bigamie d'une personne ouvre à toute autre<sup>(112)</sup> une action en nullité<sup>(113)</sup>.

C'est dans les situations d'extranéité que les hypothèses de bi- ou polygamie se rencontrent le plus fréquemment. La théorie de l'effet atténué de l'ordre public international aide à résoudre les principales difficultés<sup>(114)</sup> : d'une part, l'ordre public international s'oppose à ce qu'un étranger contracte en Belgique un second mariage même si sa loi nationale le tolère ; d'autre part, un second mariage célébré valablement dans un État qui l'admet sera reconnu en Belgique<sup>(115)</sup> et donnera un statut à toutes les épouses (droit successoral, sécurité sociale<sup>(116)</sup>, nationalité, regroupement familial, *etc.*). Ces questions sont en lien avec la problématique, encore plus délicate, de la reconnaissance des *répudiations* : ne peut se (re)marier en Belgique celui qui a répudié son épouse dans des conditions qui empêchent la reconnaissance de celle-ci par notre ordre juridique<sup>(117)</sup>.

(110) Pour une synthèse : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., pp. 303-304, n° 497.

(111) Voy. not. J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », *Études offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, pp. 325 et s., spéc. p. 341-342 ; A. HEYVAERT, « De Belgische polygamie in de jaren '90 », *Journ. proc.*, 1994, p. 18 ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 307, n° 503.

(112) La nature relative de la nullité pour bigamie en cas d'absence (déclarée) a été abrogée par la loi du 9 mai 2007 (*supra*, n° 26).

(113) Ex. : Bruxelles, 6 mars 2001, *E.J.*, 2001, p. 140, note K. JANSEGGERS et J. VERHELLEN ; Civ. Gand, 21 juin 2001, *R.G.D.C.*, 2003, p. 109, note K. JANSEGGERS.

(114) Civ. Bruxelles, 18 décembre 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 312, note M. FALLON ; F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, t. I, 2<sup>e</sup> éd., o.c., pp. 352-354, n°s 517-520.

(115) Même si l'époux étranger au moment du mariage a acquis la nationalité belge ensuite : C. const., 4 juin 2009, *R.W.*, 2009-2010, p. 615.

(116) C. HENRICOT, « L'impact de la polygamie et de la répudiation sur les droits sociaux. Aperçu de la jurisprudence des juridictions du travail », *Chron. D.S.*, 2013, p. 61.

(117) Art. 57 C.D.I.P. ; C. const., 4 juin 2009, n° 96/2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 98, note M. FALLON, *Rev. dr. étr.*, 2009, p. 398, *R.W.*, 2009-2010, p. 615 (somm.) ; Cass., 18 juin 2007, *Pas.*, 2007, p. 1237, concl. T. WERQUIN, *J.L.M.B.*, 2008, p. 820, obs. P. WAUTELET, *R.A.B.G.*, 2008, p. 1091, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1127, *R.W.*, 2009-2010, p. 798 (somm.), note, *R.G.D.C.*, 2008, p. 520, *Revue@dipr.be*, 2007, p. 33 ; Cass., 29 septembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1498, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 317, *Rev. dr. étr.*, 2004, p. 481 (somm.), *Revue@dipr.be*, 2004, p. 67 ; Cass., 29 avril 2002, *J.T.*, 2002, p. 583, *J.L.M.B.*, 2003, p. 12, *R.W.*, 2002-2003, p. 862, note J. ERAUW, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003,

Précisons encore l'interdiction de bigamie. Une union contestée par une action en nullité ayant toutes les chances d'aboutir (ex. : défaut de compétence de l'officier de l'état civil) fait obstacle à la conclusion d'un nouveau mariage car le titre, à tout le moins, existe<sup>(118)</sup>. Si un second mariage a pu être célébré malgré l'existence d'un premier, il demeure valable si le premier mariage est annulé, la nullité étant rétroactive<sup>(119)</sup>. Mais si le premier mariage est dissous par divorce, *ex nunc*, la demande en nullité pour bigamie du second conserve un sens<sup>(120)</sup>.

## 6. Absence de lien de parenté

**329. Inceste : des sanctions inadaptées.** L'inceste, c'est-à-dire les relations sexuelles entre parents ou alliés proches<sup>(121)</sup>, est universellement réprouvé en raison des craintes qu'il suscite pour l'ordre social et, indirectement, la survie de l'espèce humaine. Mais le droit est mal à l'aise face à

p. 94, *E.J.*, 2003, p. 102, note M. TRAEST, *Div. Act.*, 2003, p. 97, note C. BARBÉ (devoirs du juge belge quant à la vérification des conditions de la répudiation à reconnaître). Voy. not. : J.-Y. CARLIER, « La reconnaissance mesurée des répudiations par l'examen *in concreto* de la contrariété à l'ordre public », *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 35 et « Quand l'ordre public fait désordre. Pour une interprétation nuancée de l'ordre public de proximité en droit international privé. À propos de deux arrêts de cassation relatifs à la polygamie et à la répudiation », *R.G.D.C.*, 2008, pp. 525-531 ; M.-Cl. FOBLETS (éd.), *Femmes marocaines et conflits familiaux en immigration : quelles solutions juridiques appropriées ?*, Anvers, Maklu, 1998 ; C. HENRICOT, « La dissolution du mariage et les effets alimentaires de la dissolution », in *Relations familiales internationales. L'actualité vue par la pratique* (P. WAUTELET éd.), CUP, vol. 118, Liège, Anthemis, 2010, pp. 100-102 ; P. WAUTELET, « La répudiation répudiée », *Rev. Dr. ULg*, 2004, p. 457. La répudiation par l'époux belge est interdite, de même que celle par l'époux étranger entretenant des liens étroits avec l'ordre juridique belge (Gand, 20 février 2003, *R.A.B.G.*, 2004, p. 496, note K. DELAET ; Civ. Anvers, 26 novembre 2002, *R.A.B.G.*, 2004, p. 491).

(118) Cass., 12 décembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 2012, concl. A. HENKES, *J.L.M.B.*, 2004, p. 631, *J.T.*, 2004, p. 561 (somm.), *R.C.J.B.*, 2006, p. 48, note N. GALLUS, *Rev. dr. étr.*, 2006, p. 605 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 978, *R.W.*, 2005-2006, p. 1055 (mariage « célébré » sur un bateau ; opposition de l'épouse pour bigamie de son mari souhaitant se (re)mariage recevable) ; dans la même affaire : Mons, 19 mai 1998, *J.T.*, 1998, p. 599, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 255 ; Bruxelles, 10 juillet 1956, *Pas.*, 1957, II, p. 209 (divorce antérieur du mari, pour cause déterminée, jugé contraire à l'ordre public pour avoir dissimulé un divorce par consentement mutuel). En France : Versailles, 27 mai 1999, *D.*, 1999, I.R., p. 228 ; G. ENDREO, « Bigamie et double ménage », *Rev. trim. dr. civ.*, 1991, p. 263.

(119) Cass., 20 avril 2001, *Pas.*, 2001, p. 659, *J.L.M.B.*, 2002, p. 10, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 551, *E.J.*, 2002, p. 34, concl. M.P., *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 75, *J.T.*, 2003, p. 255 (somm.) ; H. WILLEKENS, « Art. 147 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n° 1.

(120) Anvers, 14 mars 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 765, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 232 (somm.) ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 550, n° 530. Rapp. : Civ. Bruxelles, 18 novembre 2003, *J.T.*, 2004, p. 893 (nullité du remariage de l'épouse après son divorce obtenu frauduleusement à l'étranger).

(121) Voy. : A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *Rev. trim. dr. civ.*, 2000, p. 759 ; J.-P. BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes*, o.c., pp. 205 et s., n°s 513 et s., et pp. 215 et s., n°s 546 et s. ; I. CORPART, « L'inceste en droit français », *Gaz. Pal.*, 1995, p. 889 ; D. MAYER, « La pudeur du droit face à l'inceste », *D.*, 1988, p. 213 ; P. SENAËVE, « La prohibition du mariage en raison de la parenté et de l'alliance », *Rev. trim. dr. fam.*, 1978, p. 321 ; L. STEVENS, *Strafrecht en seksualiteit*, Anvers, Intersentia, 2002, pp. 176-178, n°s 195-196 et pp. 476-479, n°s 432-433.

l'inceste. Le droit pénal peine à le saisir s'il est consenti<sup>(122)</sup>. Il s'en remet au droit civil, dont les sanctions – nullité du mariage et interdiction d'établir la double filiation de l'enfant incestueux – sont actuellement remises en question tant en raison de leur inefficacité que de leur nuisance à l'intérêt de l'enfant<sup>(123)</sup>. Ainsi, à l'instigation de la Cour d'arbitrage<sup>(124)</sup>, la reconnaissance d'un enfant incestueux *par alliance* est devenue possible après la dissolution du mariage qui a fait naître cet empêchement. Un arrêt du 9 août 2012 de la Cour constitutionnelle<sup>(125)</sup> censure quant à lui l'article 325 du Code civil en ce qu'il empêche l'établissement judiciaire de la paternité en cas d'inceste *entre parents collatéraux* (*infra*, n° 639).

Il reste encore face à l'inceste une gêne mêlée d'hypocrisie, une aversion culturellement entretenue, et surtout l'impression d'un droit démissionnaire et inopérant. Que l'on nous comprenne bien. L'inceste entre parents par le sang, et encore moins la violence sexuelle intrafamiliale, n'ont pas lieu d'être, et tout système juridique moderne doit se donner les moyens de les prévenir, voire de les sanctionner, mais de manière efficace et sans préjudice pour les enfants issus de telles unions. La tâche est délicate et les sanctions civiles de l'inceste fondées uniquement sur des considérations morales sont en démantèlement ou questionnement. Des raisons en sont que l'accent du droit familial s'est déplacé de la société vers l'individu, que l'intérêt de l'enfant a été revalorisé<sup>(126)</sup> et que l'éducation des enfants ne se déroule plus nécessairement dans le cercle familial de leur engendrement<sup>(127)</sup>.

**330. Empêchements à mariage.** Le mariage est prohibé entre parents et alliés proches (art. 161-163). S'il est néanmoins célébré, la nullité qui le

(122) P. MARTENS, *Théorie du droit et pensée juridique contemporaine*, o.c., p. 259 ; M. GENDREL, « Les atteintes aux mœurs entre membres de la même famille », *Rev. pénit.*, 1963, p. 32. Comp. : C.E.D.H., *Stübing c. Allemagne*, arrêt du 12 avril 2012, *J.D.J.*, 2012, p. 38 (non violation de l'article 8 par l'incrimination pénale de l'inceste en Allemagne).

(123) Ex. : Allemagne (§ 1591 BGB ; L. du 19 août 1969). Voy. : M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Le statut juridique des enfants adultérins et incestueux », in *La réforme du droit de la filiation. Perspectives européennes* (J.-M. PAUWELS éd.), Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 237.

(124) C.A., 17 décembre 2003, n° 169/2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 628, *NjW*, 2004, p. 409, note GV, R.W., 2003-2004, p. 1375, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 349, note E. LANGENAKEN.

(125) C. const., 9 août 2012, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 150, note A. VAN GYSEL, *Juristenkrant*, 2012 (reflet M. VERHOEVEN), liv. 253, p. 4, *J.D.J.*, 2012, liv. 319, p. 35, note G. MATHIEU et A. RASSON, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1281, note P. MARTENS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 204, note Y.-H. LELEU et L. SAUVEUR, *T. Fam.*, 2012, p. 219, note T. WUYTS.

(126) Dans le même sens : E. LANGENAKEN, note sous C.A., 17 décembre 2003, n° 169/2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 349 ; M.C. REGAN, « Marriage at the millenium », *Family Law Quarterly*, 1999, p. 647 ; *contra*, not. : D. FENOUILLET, « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », *Dr. fam.*, 2003, n° 4. Sur la conformité des empêchements à mariage à l'art. 12 C.E.D.H. : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., pp. 240-241, n°s 321-322.

(127) F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 316, n° 510.

frappe est absolue (art. 184). La fermeté de l'énoncé masque une condition indispensable : il faut que la filiation soit établie.

A. Dans la *ligne directe*, les empêchements au mariage ont vu leur *nature* modifiée par une loi du 15 mai 2007 qui a permis à certains d'être levés par une dispense<sup>(128)</sup>, loi complétée par celle du 2 juin 2010 ayant mis fin à certaines incohérences subsistant entre la filiation et l'adoption :

- Entre *ascendants et descendants* par le sang (père/mère + fils/fille, grand-père/mère + petit-fils/fille, *etc.*), l'empêchement existe sans limitation de degrés (art. 161), ni possible exception ou dispense.
- Entre *alliés*, tant au sens juridique du terme (parents de l'époux ou de l'épouse – *schoonvader/moeder, schoonzoon/dochter*) qu'au sens sociologique (beaux-parents dans les familles recomposées – *stiefvader/moeder, stiefzoon/dochter*), les empêchements subsistent (art. 161), mais le Roi peut, pour des causes graves, lever la prohibition après la dissolution du mariage qui créait l'alliance, qu'il ait été dissous par décès ou par divorce (art. 164). La loi s'aligne ainsi sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>(129)</sup> et sur celle de la Cour d'arbitrage<sup>(130)</sup>. Elle avait procédé un an auparavant à l'adaptation en ce sens du droit de la filiation (L. du 1<sup>er</sup> juillet 2006 ; *infra*, n° 639). Certains regrettent que l'interdit indispensable ne soit pas étendu au (beau-)parent éducatif même non marié au parent<sup>(131)</sup>.

(128) Pour plus de détails : A. HUYGENS, « Het relative huwelijksbeletsel tussen aanverwanten in de rechte lijn », *R.W.*, 2007-2008, pp. 890-898 ; G. VERSCHULDEN et K. VERSTRAETE, « Pleidooi voor afschaffing van de huwelijksbeletsel tussen aanverwanten. Commentaar bij de wet van 15 mei 2007 », *R.G.D.C.*, 2008, p. 293 ; K. VERSTRAETE, « Mogelijkheid tot opheffing van huwelijksbeletsel tussen aanverwanten in de rechte lijn », *o.c.*, pp. 308-309.

(129) La C.E.D.H. a jugé que l'interdiction du mariage entre un beau-père et sa belle-fille (au sens juridique), alors que le lien d'alliance a disparu (par divorce), constituait une violation de l'art. 12 de la C.E.D.H. (C.E.D.H., *B. et L. c. Royaume-Uni*, arrêt du 13 septembre 2005, *Rev. trim. dr. civ.*, 2005, p. 758, obs. J. HAUSER, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 807, note M. DEMARET, *Juristenkrant*, 2005, p. 9, n° 117, obs. M. VANDEVELDE).

(130) La Cour d'arbitrage a jugé inconstitutionnelle l'interdiction absolue du mariage entre un beau-père et sa belle-fille (au sens sociologique), alors que le lien d'alliance qui fondait la prohibition a disparu par décès (C.A., 18 octobre 2006, n° 157/2006, *Div. Act.*, 2007, p. 10, *Juristenkrant*, 2006, p. 8, reflét M. VANDEVELDE, *J.T.*, 2007, p. 177, note, *J.L.M.B.*, 2007, p. 504, *NjW*, 2007, p. 317, note G. VERSCHULDEN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 682, *R.W.*, 2007-2008, p. 905 (somm.), note A. HUYGENS, *T. Fam.*, 2007, p. 43, note W. VERRIJT, *T.J.K.*, 2007, p. 264 (somm.). Voy. : Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, « Inceste, mariage et filiation : les cours supérieures ouvrent une voie libérale », *J.T.*, 2007, pp. 269-274 ; W. VERRIJDT, « Absoluut huwelijksverbod tussen aanverwanten op de helling », *T. Fam.*, 2007, pp. 44-50.

(131) F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 315, n° 510.

- Dans la *famille adoptive*, la prohibition est élargie à certains parents non biologiques dans la famille d'accueil et maintenue dans la famille d'origine (art. 353-13 et 356-1). Sur le conseil de la doctrine<sup>(132)</sup>, l'omission par le législateur (L. du 15 mai 2007) de modifier la nature des empêchements à mariage fondés sur l'alliance et sur la cohabitation légale en cas d'adoption a été réparée par une loi du 2 juin 2010 :
  - est *prohibé sans dispense possible*, le mariage entre l'adoptant et l'adopté ou ses descendants (art. 353-13, 1°);
  - demeure *prohibé sous réserve de dispense* (art. 353-13, 2° et 3°), le mariage entre parents adoptifs par alliance, à savoir entre l'adopté et l'ancien conjoint de l'adoptant, et entre l'adoptant et l'ancien conjoint de l'adopté<sup>(133)</sup> ;
  - parce que la cohabitation, légale ou de fait, ne crée pas de lien d'alliance, n'est *plus prohibé* le mariage entre l'adopté et le cohabitant<sup>(134)</sup> actuel ou ancien de l'adoptant, ni entre l'adoptant et le cohabitant actuel ou ancien de l'adopté.
- B. Dans la *ligne collatérale*, la liberté est plus grande et les empêchements susceptibles de dispense plus nombreux :
  - Les collatéraux de 2<sup>e</sup> degré (frère/sœur + frère/soeur, frère/sœur + demi-frère/sœur, demi-frère/sœur + demi-frère/sœur) sont touchés par un empêchement non dispensable (art. 162)<sup>(135)</sup>, au contraire des collatéraux de 3<sup>e</sup> degré (oncle/tante + nièce/neveu)<sup>(136)</sup>, dont l'empêchement est susceptible de dispense (art. 164).
  - La prohibition du mariage entre *alliés* du 2<sup>e</sup> degré en ligne collatérale (beaux-frères/sœurs + beaux-frères/soeurs) a été

(132) G. VERSCHELDEN et K. VERSTRAETE, « Pleidooi voor afschaffing van de huwelijksbeletselen tussen aanverwanten. Commentaar bij de wet van 15 mei 2007 », *o.c.*, pp. 302-303, n<sup>os</sup> 34-40.

(133) Estimé contraire à l'article 12 C.E.D.H. : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 316, n<sup>o</sup> 513

(134) Au sens de l'art. 343, § 1<sup>er</sup>, b), C. civ., tel qu'également modifié par la loi du 2 juin 2010 ; *infra*, n<sup>o</sup> 684.

(135) Ce qui pose question au regard de l'intérêt d'*enfants* issus de telles unions à être privés de la double filiation (rappr. les travaux de l'anthropologue suisse Edvard Westermarck démontrant la possibilité d'attirance sexuelle entre frère(s) et sœur(s) non éduqués ensemble ; R. WAGNER, *Die Walkure*, A. I, Sc. III : « Braut und Schwvester bist du dem Bruder, so blühe denn, Wälsugen-Blut ! » ; à tort et contre l'intérêt des enfants : Cass. fr., 6 janvier 2004, *Dr. fam.*, 2004, p. 19, note D. FENOUILLET, *D.*, 2004, p. 362, note D. VIGNEAU).

(136) Certaine doctrine reconnaît, à tort, une prohibition du mariage entre grand-oncle/tante et petit-neveu/nièce (4<sup>e</sup> degré). Dans le même sens et avec des références : D. STERCKX, « Le mariage en droit civil », *o.c.*, n<sup>o</sup> 74.

abrogée (L. du 27 mai 2001)<sup>(137)</sup>. Elle n'a jamais eu lieu entre demi-frères/sœurs par recomposition familiale<sup>(138)</sup>.

- Dans la *famille adoptive*, des prohibitions sont organisées sur le modèle prédécrit, et l'on notera la possible dispense de celle dans la *fratrie adoptive* entre les enfants adoptifs d'un même adoptant et entre l'adopté et les enfants biologiques de l'adoptant (art. 353-13, 4° et 5°).

**331. Tempéraments et dispense.** Les empêchements à mariage ne s'appliquent que si la filiation qui les provoque est établie selon les moyens légaux, et non simplement prouvée, cela par souci de sécurité juridique<sup>(139)</sup>. Le mariage du père biologique avec sa fille *non reconnue* est ainsi permis, mais si la filiation est établie ensuite, le mariage est annulable<sup>(140)</sup>. Par contre, une condamnation du père biologique au paiement d'aliments (art. 336), bien que non constitutive de filiation, engendre un empêchement au mariage (art. 341).

Les cas d'empêchement au mariage sont limitatifs. On a vu deux sœurs épouser deux frères, et il n'y a pas d'obstacle au mariage d'un père avec la compagne de son fils.

Quant à la dispense de la prohibition des incestes dits relatifs, notamment entre alliés au sens juridique ou sociologique, on précisera qu'elle suit une procédure administrative qui se solde rarement par un refus même si la loi exige des causes (art. 164) ou des motifs (art. 353-13) graves<sup>(141)</sup>. Quand elle intervient entre enfants adoptifs d'un même adoptant ou entre l'adopté et un enfant de l'adoptant (fratrie adoptive – art. 353-13, 4° et 5°), elle corrode le fondement moral de la prohibition, mais permet d'entériner le souhait de personnes aptes à se marier et désireuses de nouer une communauté affective.

(137) Bien entendu, le mariage qui a créé l'alliance doit être dissous avant la conclusion du second avec l'allié collatéral. Voy. : P. SENAËVE, « De wet van 27 maart 2001 tot afschaffing van het huwelijksverbod tussen schoonbroer en schoonzus », *E.J.*, 2001, p. 86 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « Abrogation de la prohibition du mariage entre beau-frère et belle-sœur », *Div. Act.*, 2001, p. 106. Sur le droit transitoire (mariage conclu avant l'entrée en vigueur de l'abrogation) : H. WILLEKENS et P. SENAËVE, « Art. 162 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n° 5.

(138) Pour une critique : F. Swennen, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 315, n° 510

(139) D. STERCKX, « Le mariage en droit civil », o.c., n° 69 ; comp. : H. WILLEKENS, « Art. 161 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n° 4, évoquant la nécessité de « prouver » la filiation suivant les « règles normales ».

(140) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 548, n° 524. L'hypothèse est exceptionnelle, le père incestueux marié avec sa fille biologique n'y ayant pas intérêt si l'union est stable.

(141) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1998-1999, n° 2219/1, p. 2 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 1448.

## § 2. Conditions de forme

### I. Déclaration du mariage

**332. Notion (renvoi).** L'ancienne publication de mariage a été remplacée par la déclaration de mariage, dont les formes ont été examinées précédemment (art. 63-64 ; *supra*, n° 54). Ces préalables permettent la constitution du dossier et la vérification des conditions de fond (art. 64 et 63, § 3, al. 2).

Sa relative discrétion reflète la privatisation du mariage et la perte d'influence de la famille, encore plus nuancée depuis l'abrogation de l'opposition à mariage (voy. ci-dessous), tandis que son formalisme et ses sanctions illustrent le rôle actif de l'officier de l'état civil, notamment dans la lutte contre les mariages simulés (*supra*, n° 326).

**333-335. Effets. Sanction.** La déclaration s'effectue dans la commune du domicile ou, à défaut, de résidence d'au moins un des époux<sup>(142)</sup>. Les documents à fournir sont énumérés dans l'article 64 du Code civil et constituent le dossier du mariage<sup>(143)</sup>. L'officier d'état civil dresse acte de la déclaration dans le mois de l'accusé de réception des documents, sauf s'il a des doutes sur la validité ou l'authenticité de ceux-ci (art. 63, § 2, al. 2).

Le mariage ne peut pas être célébré moins de 14 jours après l'établissement de l'acte de déclaration ni plus de 6 mois après ces 14 jours (art. 165, §§ 1<sup>er</sup> et 3), sauf en cas de refus de célébration (art. 167) et prolongation du délai par le juge de recours (art. 165, § 3, al. 2)<sup>(144)</sup>. Une nouvelle déclaration doit être effectuée si les futurs époux forclos persistent dans leur projet (art. 165, § 3, al. 1<sup>er</sup>)<sup>(145)</sup>.

Seule une irrégularité formelle ou un doute sur la validité ou l'authenticité des documents peuvent justifier un refus d'acter la *déclaration* et ouvrent un recours devant le tribunal de la famille (art. 63, § 4)<sup>(146)</sup>.

(142) Le fait que les parties aient déménagé dans une autre commune après leur déclaration de mariage ne les oblige pas à recommencer les démarches requises devant un autre officier d'état civil (Liège, 15 novembre 2005, *J.T.*, 2006, p. 10, note ; Bruxelles, 13 janvier 2005, *J.T.*, 2005, p. 327, obs. D. STERCKX, *NjW*, 2005, p. 593, note G.V., *E.J.*, 2005, p. 162, note T. WUYTS).

(143) Pour plus de détails : G. VERSCHULDEN, « Art. 64 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n°s 2 et s. ; J. SOSSON, « Les mariés de l'an 2000... Les nouvelles dispositions relatives à la simulation et aux formalités préalables au mariage », *o.c.*, pp. 651-652, n°s 6 à 9. Sur la preuve par acte de notoriété en cas d'impossibilité de produire l'acte de naissance, voy. *supra*, n° 54. Les formalités sont simplifiées pour le futur époux inscrit dans le registre de la population ou dans le registre des étrangers au jour de la demande d'établissement d'acte de déclaration (art. 64, § 4).

(144) Liège, 15 novembre 2005, *J.T.*, 2006, p. 10 ; Liège, 22 juin 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1686 ; Liège, 4 novembre 2003, *J.T.*, 2004, p. 117.

(145) Liège, 10 février et 30 mars 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 315.

(146) Civ. Dendermonde (réf.), 25 novembre 2004, *T.G.R.*, 2005, p. 28 (documents trop anciens : refus non justifié) ; Civ. Bruxelles (réf.), 12 mars 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 257 (liberté de preuve de la résidence d'un étranger en situation irrégulière).

Un vice de fond ou une suspicion de mariage simulé, par exemple, donneront lieu à un sursis ou un refus de célébrer le mariage (art. 167 ; *supra*, n° 326). Pendant le délai d'attente, l'officier d'état civil vérifie la validité du mariage envisagé.

Pour « raisons graves », par exemple un mariage *in articulo mortis*, le procureur du Roi peut accorder une dispense de déclaration ou du délai d'attente ainsi qu'une prolongation de celui-ci (art. 165, § 2).

La faculté d'*opposition au mariage*, permettant à certaines personnes, principalement des membres de la famille, de suspendre la célébration d'un mariage pour des motifs déterminés, supposait que soient publiés les « bans » du mariage. Or la déclaration de mariage, discrète, les a remplacés fonctionnellement. La conséquence logique, mais tardive, de cette réforme a été l'abrogation du droit d'opposition (art. 66 à 68, 76, 7°, et 172 à 179, abrogés par L. du 19 février 2009)<sup>(147)</sup>. Cette institution était en totale désuétude, l'institution du mariage se privatisant et la famille ayant d'autres dimensions que jadis<sup>(148)</sup>.

## 2. Conclusion du mariage

**336. Célébration civile.** Laïcisé – le prêtre, le pasteur, le rabbin ou l'imam attendront le mariage civil (art. 21, al. 2, Const. ; art. 267 C. pén.) –, le mariage n'est pas moins « célébré » (art. 166). La solennité qui l'entoure permet aux futurs époux de se représenter l'importance de l'engagement, et à la société d'acter la modification de l'état de deux de ses membres. La célébration est pour l'officier de l'état civil compétent (celui qui a reçu la déclaration de mariage<sup>(149)</sup>) la dernière occasion de s'assurer du respect des conditions de fond du mariage. Pour peu qu'elles demeurent raisonnables, ces exigences et la sanction de leur méconnaissance ne portent pas atteinte au droit fondamental au mariage (art. 12 C.E.D.H.). Au contraire, elles préservent la liberté du consentement matrimonial<sup>(150)</sup> et maintiennent l'institution dans la sphère de la société civile, déconfessionnalisée et égalitaire.

(147) Sur le droit ancien, consulter la 1<sup>ère</sup> édition, n° 334, p 287. Pour plus de détails : G. VERSCHELDEN, « De wet van 19 februari 2009 tot afschaffing van het verzet tegen het huwelijk », *T. Fam.*, 2009, p. 84.

(148) G. VERSCHELDEN, « De wet van 19 februari 2009 tot afschaffing van het verzet tegen het huwelijk », *o.c.*, p. 86, n° 4.

(149) Sur les règles de compétence territoriale et les compétences spéciales en matière d'état civil : S. D'HONDT et G. VERSCHELDEN, « Art. 63 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n°s 5-18 ; S. D'HONDT, « Art. 166 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n°s 1-2 ; J. SOSSON, « Les mariés de l'an 2000... Les nouvelles dispositions relatives à la simulation et aux formalités préalables au mariage », *o.c.*, p. 650.

(150) D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, *o.c.*, pp. 204-206, n°s 268-271.

Mais il y a plus : la célébration dans les formes légales fait le mariage<sup>(151)</sup>. L'acte n'est pas consensuel : les deux époux doivent être présents<sup>(152)</sup> avec 4 témoins au plus<sup>(153)</sup>, dans un lieu assigné à cet effet par la commune<sup>(154)</sup>, l'officier de l'état civil lit les dispositions légales relatives aux droits et devoirs des époux, il reçoit la déclaration de chaque partie qu'elles veulent se prendre pour époux et prononce qu'elles sont unies par le mariage (art. 75).

En reviendrait-on à tenir pour « inexistant » un mariage non célébré ou mal célébré ? Comme on l'a vu, la thèse des mariages inexistant doit être rejetée (*supra*, n° 325). L'échange des consentements, pour autant qu'il ait lieu sous l'égide d'une autorité investie du pouvoir de marier au moins dans l'imaginaire de l'un des époux, crée une situation juridique fondant l'un des « époux » à s'opposer au (re)mariage ultérieur de l'autre, à en demander la nullité et/ou à se prévaloir du mariage putatif (art. 201 ; *infra*, n° 342)<sup>(155)</sup>. Plus théorique est l'hypothèse où les consentements sont échangés devant un officier public compétent devenu ensuite incapable de célébrer le mariage. Le verbe « sont » de l'article 75 indique le moment précis du mariage : l'échange des consentements et non la déclaration prononcée par l'officier public<sup>(156)</sup>.

L'officier de l'état civil dresse « sur-le-champ » l'acte du mariage (art. 75 *in fine*). Cette formalité n'est pas constitutive du mariage<sup>(157)</sup>, mais établit son mode de preuve privilégié.

(151) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 558, n° 540 ; D. STERCKX, « Le mariage en droit civil », o.c., n° 158.

(152) Le mariage par procuration est interdit (H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 530, n° 506 et p. 559, n° 543, 1°).

(153) La présence des témoins est facultative. La loi a pris acte de leur inutilité sur le plan juridique (souhait de n'en avoir plus) et de l'évolution, plus festive, de la célébration civile du mariage (souhait d'en avoir plus que deux comme auparavant). L'officier de l'état civil informe les futurs époux de cette possibilité lors de la déclaration de mariage (*supra*, n° 54).

(154) Le mariage ne doit plus nécessairement être célébré à la maison communale. La commune (et non les futurs mariés) a la possibilité de désigner un autre lieu de célébration du mariage qui devra être neutre et appartenir exclusivement à la commune (art. 75, al. 2, réd. L. du 12 juillet 2009 ; E. VAN ROYEN, « De wet van 12 juli 2009 tot wijziging van het BW wat de plaats van het huwelijk betreft », *T. Fam.*, 2009, p. 197).

(155) Capitaine de navire : Cass., 12 décembre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 631, *J.T.*, 2004, p. 561 (somm.), *Arr. Cass.*, 2003, p. 2291, *Pas.*, 2003, p. 2012, concl. A. HENKES, *R.C.J.B.*, 2006, p. 48, note N. GALLUS, *Rev. dr. étr.*, 2006, p. 605 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 978, *R.W.*, 2005-2006, p. 1055 ; dans la même affaire : Cass., 12 octobre 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 117 (d'où il ressort que l'épouse demandant le bénéfice du mariage putatif s'est remariée avant le prononcé définitif en appel de l'annulation du mariage apparemment célébré...) ; *adde* : Mons, 19 mai 1998, *J.T.*, 1998, p. 599, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 255 ; Aix-en-Provence, 29 mars 2004, *Dr. fam.*, 2004, p. 26, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; D. STERCKX, « Le mariage en droit civil », o.c., n° 159 ; N. GALLUS, « Le mariage putatif, correctif aux effets de l'annulation *ex tunc* de l'union », *R.C.J.B.*, 2006, p. 69, n° 11 ; H. WILLEKENS et T. WUYTS, « Art. 191 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n° 7.

(156) P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 1498.

(157) Un refus par un époux ou par l'officier de l'état civil de signer l'acte de mariage n'affecte pas le mariage (D. STERCKX, « Le mariage en droit civil », o.c., n° 169 ; *contra* : Civ. Huy (ch. cons.), 20 septembre 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 176, obs. V. BASTIAEN).

**337. Preuve du mariage.** La preuve du mariage est également formalisée car le mariage modifie l'état des personnes ; sa preuve emprunte globalement le régime de celle de l'état (*supra*, n<sup>os</sup> 58 et s.).

En principe, le mariage est prouvé par les époux ou par les tiers au moyen de l'acte de mariage, mode de preuve authentique et exclusif (art. 194). À titre exceptionnel, l'absence ou la perte de l'acte de mariage autorise la *preuve libre* de celui-ci (art. 46-47)<sup>(158)</sup>. Si le défaut d'acte résulte d'une irrégularité commise par l'officier de l'état civil, le jugement de condamnation pénale supplée l'acte si la preuve du mariage est rapportée et son dispositif transcrit dans les registres de l'état civil (art. 198-200)<sup>(159)</sup>. La *possession d'état* d'époux<sup>(160)</sup> joue un rôle mineur en matière de preuve du mariage. Tout d'abord, elle fait obstacle à une demande en nullité de l'acte de mariage (art. 196). Elle permet, ensuite, à un enfant de prouver le mariage de ses parents décédés et sa filiation (art. 197)<sup>(161)</sup>. En aucun cas, elle ne dispense les époux de prouver leur mariage au moyen de l'acte (art. 195).

### § 3. Annulation du mariage

**338. Généralités. Division.** Consacrer une division distincte aux nullités de mariage<sup>(162)</sup> est une concession essentiellement didactique à notre proposition de réviser la méthodologie traditionnelle en cette matière<sup>(163)</sup>. Il aurait été concevable d'analyser celles-ci en même temps que les conditions du mariage car leur régime déroge au droit commun à un point tel que chacune de ces conditions est sanctionnée spécifiquement quant à la nature de la nullité, aux titulaires de l'action, à sa possible couverture et à son délai de prescription, le tout pour ramener les cas de nullité absolue aux troubles extrêmes de l'ordre public, entendu *hic et nunc* en termes plus sécuritaires (ex. : simulation) que privés (ex. : âge nubile).

(158) L'art. 47 C. civ. a été rétabli par la loi du 9 mai 2007 : il permet la preuve par un jugement coulé en force de chose jugée supplantant à l'absence d'acte de l'état civil mais non déclaratif d'état. Voy. : C. LEPINOIS et A.-Ch. VAN GYSEL, « L'état des personnes, les officiers d'état civil et le droit administratif », *Act. dr. fam.*, 2009, p. 1 et *Rev. dr. commun.*, 2009, p. 3.

(159) Pour plus de détails : H. WILLEKENS et T. WUYTS, « Art. 198-200 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, feuillets mobiles ; D. STERCKX, « Le mariage en droit civil », *o.c.*, n<sup>os</sup> 340-342.

(160) La possession d'état d'époux est le fait de vivre publiquement et en toutes circonstances comme mari et femme, et d'être considérés comme tels (H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, *o.c.*, p. 615, n<sup>o</sup> 609).

(161) Ex. : commune de célébration du mariage inconnue. Voy. : Liège, 3 juillet 1920, *Pas.*, 1923, II, p. 34 ; Bruxelles, 26 juin 1915, *Pas.*, 1915-1916, II, p. 53.

(162) Voy. : J.-P. MASSON, « L'annulation du mariage », *o.c.*, p. 165 ; S. VALKENBORGH, « Overzicht van rechtspraak (1994-2001) – De nietigverklaring van het huwelijk », *E.J.*, 2002, p. 53. *Adde* : Cl. RENARD et E. VIEUJEAN, « Nullité, inexistance et annulabilité en droit civil belge », *o.c.*, p. 243.

(163) Rapp. : F. RIGAUX, *Les personnes*, t. I, *Les relations familiales*, Bruxelles, Larcier, 1978, pp. 351-352, n<sup>o</sup> 1362 ; comp. : D. STERCKX, « Le mariage en droit civil », *o.c.*, n<sup>o</sup> 219.

Ainsi la loi pardonne-t-elle des infractions légères à certaines règles de forme (ex. : solennités de la célébration<sup>(164)</sup>), traditionnellement appelées « empêchements prohibitifs », parce qu'elles ne peuvent qu'empêcher le mariage à condition d'être découvertes avant la célébration.

Les irrégularités plus graves entraînent la nullité du mariage, *absolue* en cas d'absence de consentement (art. 146) et dans les cas énumérés par renvoi dans l'article 184 du Code civil (âge nubile – art. 144 ; simulation – art. 146*bis* ; bigamie – art. 147 ; inceste – art. 161-163, 341 et 353-13 ; mariage forcé – art. 146*ter*) et *relative* en cas d'erreur (art. 180-181).

**339. Règles communes.** Les rares règles communes aux nullités de mariage concernent la titularité de l'action, l'intérêt requis pour agir et la survie de l'action au décès des époux.

- En principe, toute personne justifiant d'un intérêt peut agir en nullité absolue, de même que le ministère public qui apprécie en opportunité (art. 190, 191 et 193*bis*)<sup>(165)</sup>. Les nullités relatives ne sont accessibles qu'aux personnes protégées, le ministère public pouvant intervenir à l'action (art. 193*bis*) et les héritiers la poursuivre après le décès<sup>(166)</sup>.
- L'intérêt requis est moral ou patrimonial, sauf dans le chef des collatéraux et des enfants d'une autre union (art. 187), ainsi que des créanciers qui doivent justifier un intérêt patrimonial<sup>(167)</sup>.
- Les titulaires de l'action peuvent l'intenter du vivant ou après le décès d'un époux<sup>(168)</sup>, à l'exception du ministère public, tenu d'agir du vivant des époux (art. 190).
- La personne sous protection judiciaire déclarée incapable de demander l'annulation du mariage (art. 492/1, § 1<sup>er</sup>, al. 3, 3<sup>o</sup>) peut être autorisée par le juge de paix à introduire une action en nullité (art. 186).

(164) *Adde* : défaut de transcription en Belgique de l'acte du mariage contracté à l'étranger (Civ. Bruxelles, 30 juin 1972, *J.T.*, 1973, p. 143, note N. WATTÉ) ; existence d'une opposition (non son motif) (D. STERCKX, « Le mariage en droit civil », *o.c.*, n° 220) ; jadis le défaut de publication du mariage (Cass., 21 mars 1910, *Pas.*, 1910, I, p. 155).

(165) Bien que le texte de l'article 190 porte « peut et doit demander la nullité ».

(166) Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 4 juillet 1995, *D.*, 1996, p. 233, note F. BOULANGER, *Rép. Defrénois*, 1996, p. 321, obs. J. MASSIP et p. 407, obs. G. CHAMPENOIS, *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 205, obs. B. VAREILLE et p. 392, obs. J. MESTRE ; Paris, 14 décembre 1999, *D.*, 2000, I.R., p. 37 et p. 416 (somm.), obs. J.-J. LEMOULAND, *Rev. trim. dr. civ.*, 2000, p. 294, obs. J. HAUSER. Le ministère public n'a qu'une faculté d'intervenir ou de poursuivre l'action (art. 193*bis*).

(167) D. STERCKX, « Le mariage en droit civil », *o.c.*, n°s 277-278.

(168) Malgré l'ambiguïté de l'art. 187 (en ce sens : H. WILLEKENS et T. WUYTS, « Art. 187 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, feuillets mobiles). L'ouverture de la succession est parfois le moment où naît l'intérêt patrimonial.

**340. Sanction des conditions de fond.**

1. Sont sanctionnées de nullité relative : l'*erreur* (art. 180-181)<sup>(169)</sup> et l'*incapacité* de la personne sous protection judiciaire (art. 493, § 1<sup>er</sup>). La nullité pour erreur est confirmée ou prescrite par une cohabitation de plus de 6 mois après que l'erreur a été reconnue par l'époux (art. 181). À défaut de cohabitation, l'action se prescrit par 10 ans (art. 2262*bis*, § 1<sup>er</sup>)<sup>(170)</sup>.
2. La nullité pour *défaut de consentement* est sujette à controverse quant à son caractère absolu ou relatif (*supra*, n° 325), le second devant l'emporter. Non reprise dans l'énumération de l'article 184, elle constitue le seul cas de nullité virtuelle.
3. La nullité pour violation de la condition d'*âge nubile* est absolue (art. 184), mais est confirmée ou prescrite par l'écoulement d'un délai de 6 mois après la majorité de l'époux ou des époux. Tel est le seul cas où la nullité est sujette à prescription brève.
4. La nullité pour *bigamie* est absolue. Elle survit à la dissolution du premier mariage (*supra*, n° 328), mais est postposée à l'issue d'une action en nullité de ce premier mariage (art. 189).
5. La nullité pour *inceste* est absolue et conçue plus largement que les précédentes ; elle s'applique même dans l'hypothèse où une dispense aurait pu être obtenue mais n'a pas été demandée<sup>(171)</sup>.
6. La nullité pour *simulation* est absolue et doit être requise par le ministère public (art. 146*bis* et 184, al. 1<sup>er</sup> et 2). Elle illustre le glissement de l'ordre public familial vers un ordre public plus sécuritaire.
7. La nullité pour *mariage forcé* est absolue (art. 146*ter*) et confirme le pouvoir (et l'obligation – art. 184, al. 2) de l'autorité d'intervenir dans les relations affectives contraires à l'ordre public.

**341. Sanction des conditions de forme.**

8. Le *défaut de célébration devant un officier de l'état civil* ouvre une action en nullité absolue à condition qu'il y ait eu une apparence de célébration officielle du mariage suffisamment consistante pour abuser au moins un des époux<sup>(172)</sup>. L'absence totale de

(169) Civ. Turnhout, 6 février 1997, R.W., 1997-1998, p. 506, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 170 (somm.).

(170) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 599, n° 582 ; D. STERCKX, « Le mariage en droit civil », o.c., n° 272.

(171) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 585, n° 570.

(172) *Célébration devant un ministre du culte* : Civ. Bruxelles, 21 mars 1980, *Pas.*, 1980, III, p. 28 ; Civ. Bruxelles, 21 avril 1956, *Pas.*, 1957, III, p. 79 ; *contra*, à tort : Civ. Anvers, 7 mars 1986, R.W., 1986-1987, col. 953, note L. DE FOER (mariage inexistant). *Célébration devant un agent diplomatique* : Liège,

célébration ne donne pas matière à annulation. La nullité absolue est virtuelle, à défaut de prescription légale.

9. La *clandestinité* du mariage (art. 191) recouvre, d'une part, le défaut de déclaration du mariage et, d'autre part, l'absence de célébration publique<sup>(173)</sup>. Elle est sanctionnée par une nullité absolue, mais susceptible de confirmation par la possession d'état d'époux (art. 196), et facultative, laissée à l'appréciation du juge<sup>(174)</sup>. Celui-ci s'assure de l'absence de volonté d'éluder certaines règles de fond, de sorte que seules les fraudes soient déjouées.
10. L'*incompétence* de l'officier de l'état civil (art. 191)<sup>(175)</sup> est sanctionnée de la même manière (nullité absolue susceptible de confirmation et facultative).

**342. Rétroactivité. Mariage putatif.** La nullité rétroagit et produit les conséquences les plus déplaisantes qui soient en présence d'une situation juridique de longue durée dotée d'effets à l'égard des tiers. Tous les effets du mariage annulé devraient disparaître<sup>(176)</sup>. Les liens d'alliance seraient supprimés et le droit commun de la propriété et des obligations se substituerait au droit des régimes matrimoniaux.

Pour l'avenir, les conséquences de la nullité sont moins bouleversantes : le devoir de secours (art. 213) et l'obligation alimentaire fondée sur l'alliance (art. 206) s'éteignent<sup>(177)</sup>, mais non les droits et obligations

16 novembre 1993, R.R.D., 1994, p. 329 ; Civ. Bruxelles, 24 février 1987, R.G.D.C., 1989, p. 165 ; *contra*, à tort : Civ. Liège, 27 février 1976, J.L., 1975-1976, p. 275 (mariage inexistant). *Célébration devant un officier de marine* sur un bateau : Cass., 12 décembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 2012, concl. A. HENKES, J.L.M.B., 2004, p. 631, J.T., 2004, p. 561 (somm.), R.C.J.B., 2006, p. 48, note N. GALLUS, *Rev. dr. étr.*, 2006, p. 605 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 978, R.W., 2005-2006, p. 1055 ; dans la même affaire : Cass., 12 octobre 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 117 ; Mons, 19 mai 1998, J.T., 1998, p. 599, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 255. Pour d'autres exemples : N. GALLUS, « Le mariage putatif, correctif aux effets de l'annulation *ex tunc* de l'union », *o.c.*, p. 69, n° 11 (les effets en matière de nationalité et de séjour en Belgique sont anéantis) ; H. WILLEKENS et T. WUYTS, « Art. 191 B.W. », *o.c.*, n° 7.

(173) Ex. : lieu fermé au public, absence de témoins. Applications : Bruxelles, 22 juin 1960, *Pas.*, 1961, II, p. 198 ; Gand, 17 novembre 1910, *Pas.*, 1911, II, p. 10 ; Civ. Malines, 29 juin 1982, *Pas.*, 1983, III, p. 33. Voy. : V. VAN POPPEL, « Wetsontduiking bij clandestiene huwelijken », *T.P.R.*, 1968, p. 427.

(174) Argument tiré de l'art. 193 *in fine*. Voy. : D. STERCKX, « Le mariage en droit civil », *o.c.*, n° 238 ; H. WILLEKENS et T. WUYTS, « Art. 191 B.W. », *o.c.*, n° 2.

(175) Ex. : irrégularité dans la délégation à l'un des échevins, usurpation par un tiers des fonctions d'officier de l'état civil, incompétence territoriale. Voy. : D. STERCKX, « Le mariage », *o.c.*, nos 242-244 ; H. WILLEKENS et T. WUYTS, « Art. 191 B.W. », *o.c.*, n° 3.

(176) Cass., 20 avril 2001, *Pas.*, 2001, p. 659, J.L.M.B., 2002, p. 10, A.J.T., 2001-2002, p. 551, E.J., 2002, p. 34, concl. M.P., *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 75, J.T., 2003, p. 255 (somm.). L'acquisition de la nationalité belge n'est pas mise à néant car elle n'intervient pas de plein droit (*Contra* : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, nos 1532-1533 ; N. GALLUS, « Le mariage putatif, correctif aux effets de l'annulation *ex tunc* de l'union », *o.c.*, p. 73, n° 15 ; comp. : Civ. Liège, 13 janvier 1984, *Rev. trim. dr. fam.*, 1986, p. 25.).

(177) Ils ne donnent pas lieu à réclamation rétroactive des subsides versés (H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, *o.c.*, pp. 604-605, n° 591, litt. B. *Contra* :

parentaux, sans lien avec le mariage ; le droit successoral du conjoint disparaît ; un second mariage contracté avant l'annulation du premier est stabilisé.

*Le mariage putatif*<sup>(178)</sup> est une institution créée par le droit canonique visant à pallier les inconvénients de la rétroactivité à une époque où la multiplicité des empêchements à mariage précarisait celui-ci et où l'annulation était parfois envisagée comme substitut du divorce. Il consiste à accorder à l'un des époux ou aux deux, ainsi qu'à leurs enfants, le maintien pour le passé des effets du mariage nul (art. 201-202)<sup>(179)</sup>. Celui qui s'en prévaut<sup>(180)</sup> doit prouver<sup>(181)</sup> sa *bonne foi* au moment de la célébration du mariage, c'est-à-dire la croyance d'avoir contracté un mariage valable<sup>(182)</sup>. À l'égard des *enfants*, par contre, le mariage nul produit ses effets même si aucun des époux n'était de bonne foi<sup>(183)</sup>. Encore incertaine est la solution du problème posé par une éventuelle « bigamie putative », lorsque le bénéficiaire du mariage putatif se remarie avant la liquidation à son profit des effets du mariage annulé<sup>(184)</sup>.

Parmi les principales conséquences du mariage ainsi sauvegardées<sup>(185)</sup>, l'on retrouve des avantages patrimoniaux (régime matrimonial, sécurité sociale), le droit à l'usage du nom du conjoint, les droits à une succession ouverte au moment de l'annulation ainsi que, au profit des enfants, l'automatisme de la présomption de paternité ou de comaternité et la transmission du nom.

N. GALLUS, *l.c.*).

(178) Voy. : N. GALLUS, « Le mariage putatif, correctif d'équité aux effets de l'annulation *ex tunc* de l'union », *o.c.*, p. 62 ; J. HANSENNE, « La bonne foi dans le mariage putatif », *Ann. dr. Liège*, 1969, p. 101 ; R. VAN EECKHOUT, « Het putatieve huwelijk », *Jura Falc.*, 1996-1997, p. 243 ; H. WILLEKENS, « Art. 201-202 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, feuillets mobiles.

(179) Tel n'est pas le cas en l'absence de toute célébration (*supra*, n° 341) : Liège, 19 mars 1996, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 323 ; Civ. Liège, 27 février 1976, *J.L.*, 1975-1976, p. 275.

(180) La mesure doit être demandée : Cass., 8 mars 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 754 ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes, o.c.*, p. 609, n° 599 ; comp. : Liège, 16 février 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 802, *J.T.*, 2000, p. 425, *R.R.D.*, 2000, p. 168, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 249 (le demandeur n'indique pas quels effets du mariage il souhaite laisser subsister) ; Civ. Bruxelles, 21 mars 1980, *Pas.*, 1980, III, p. 28 (procédure par défaut).

(181) Contrairement au droit commun, la bonne foi ne se présume pas.

(182) Cass., 12 décembre 2003, précité ; Cass., 8 mars 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 754 ; Civ. Gand, 21 juin 2001, *R.G.D.C.*, 2003, p. 109, note K. JANSEGGERS ; Bruxelles, 6 mars 2001, *E.J.*, 2001, p. 140, note K. JANSEGGERS et J. VERHELLEN (bonne foi établie) ; Liège, 16 novembre 1993, *R.R.D.*, 1994, p. 329 ; Civ. Bruxelles, 24 février 1987, *R.G.D.C.*, 1989, p. 165 ; Bruxelles, 22 juin 1960, *Pas.*, 1961, II, p. 198 ; Bruxelles, 10 juillet 1956, *Pas.*, 1957, II, p. 209 ; Gand, 17 novembre 1910, *Pas.*, 1911, II, p. 10. En France : Aix-en-Provence, 29 mars 2004, *Dr. fam.*, 2004, p. 26, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

(183) Civ. Bruxelles, 21 avril 1956, *Pas.*, 1957, III, p. 79.

(184) Cass., 12 octobre 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 117.

(185) Pour une analyse exhaustive : N. GALLUS, « Le mariage putatif, correctif aux effets de l'annulation *ex tunc* de l'union », *o.c.*, p. 78, nos 22 à 26 ; D. STERCKX, « Le mariage en droit civil », *o.c.*, nos 306-319.

## SECTION 3

### Effets du mariage

**343. Devoirs personnels et patrimoniaux. Renvois.** Institution de droit familial autant qu'accord privé, le mariage du Code civil soumet les époux à un « statut », un ensemble cohérent de règles généralement impératives<sup>(186)</sup>. Il faut y voir une manière, pour le législateur, d'organiser la société au départ des couples qui en sont des cellules constitutives. Telle était une mission assignée au mariage par le législateur de 1804, accomplit un certain temps, mais moins actuellement, et sujette à discussion pour trois motifs principaux : la désaffection du mariage, les liens rémanents entre les devoirs du mariage et le dogme de son indissolubilité ou la procréation, le doute quant à la conformité de certains de ces devoirs aux droits fondamentaux.

Les devoirs du mariage portent en effet en eux le paradoxe d'impliquer la personne et son corps sans pouvoir faire l'objet d'une exécution forcée, et de n'avoir pour sanction que l'ordonnance de mesures provisoires ou la dissolution de l'union, et encore cette dernière avec bien moins de conséquences (patrimoniales !) que par le passé. En effet, si depuis la réforme du divorce par la loi du 27 avril 2007, les manquements à ces « devoirs » peuvent encore être appelés comme preuve de la désunion irrémédiable, seule cause de divorce, cette même réforme a objectivé les conditions d'octroi des pensions alimentaires, sous réserve d'une « faute grave », qui n'est pas réductible à la violation d'un devoir du mariage.

Que penser donc d'obligations juridiques autodégradables, sinon qu'elles pourraient affaiblir l'institution qu'elles ne parviennent plus à défendre ? Ces constats renvoient à une réflexion, menée principalement au nord du pays, quant à la légitimité<sup>(187)</sup> des devoirs personnels du mariage et à l'éventualité de leur déplacement dans l'ordre social ou

(186) Comp., en faveur d'un mariage aux effets modulés par la volonté des époux : M.-Th. CALAIS-AULOY, « Pour un mariage aux effets limités », *Rev. trim. dr. civ.*, 1988, p. 255.

(187) A. HEYVAERT, « Gehuwd ? Och ja, inderdaad die wonen samen. De vervanging van het huwelijk door de samenwoning als scharnier van het gezinsrecht », in *Liber Amicorum Roger Dillemans*, Anvers, Kluwer, 1997, p. 157 et « De contractualisering van verhouding van staat », in *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Bruges, die Keure, 2001, p. 165 ; H. WILLEKENS, « De liefde, het kind en de institutionalisering van persoonlijke relaties », in *Liefde's onrecht. Het onmogelijke huwelijk tussen liefde en recht* (K. RAES éd.), Gand, Mys & Breesch, 1998, p. 1 et « De werking van grondrechten in de verhoudingen tussen samenwonende seksuele partners », in *De toepasselijkheid van grondrechten in private verhoudingen* (K. RIMANQUE éd.), Anvers, Kluwer Rechtswetenschappen, 1982, p. 341. *Contra* : A.-Ch. VAN GYSEL, *Précis de droit des personnes et de la famille*, o.c., p. 132.

symbolique<sup>(188)</sup>, ne fût-ce que pour affirmer l'égalité de chaque époux face à ces devoirs<sup>(189)</sup>.

*De lege ferenda*, les tâches assignées au législateur pourraient, selon nous, se limiter à deux secteurs : sur le plan personnel, assurer la protection des époux contre les voies de fait ou violences de l'autre, en vue d'assurer l'égalité entre eux<sup>(190)</sup> ; sur le plan patrimonial, garantir la compensation des renoncements induits par la vie commune<sup>(191)</sup>. On en reviendrait à la norme que les rédacteurs du Code civil n'ont pas formalisée et que le nouveau Code civil néerlandais a redécouverte : « La loi ne considère le mariage que sous ses rapports civils » (art. 1 : 30 B.W.).

Les considérations qui précèdent commandent les limites et la division de la présente section. Nous n'aborderons pas le régime matrimonial<sup>(192)</sup>, pas même le régime primaire organisé par les articles 214 à 224 du Code civil<sup>(193)</sup>. Le mariage instaure encore des obligations soit purement personnelles (art. 213) – les plus discutées –, soit alimentaires (art. 213, 221 et 223) – les plus disputées. Nous examinons ailleurs d'autres conséquences du mariage (ex. : présomption de paternité) et laissons à d'autres celles qui débordent du cadre du droit familial (ex. : succession, sécurité sociale, nationalité).

(188) F. SWENNEN, *Het huwelijk afschaffen*, o.c., pp. 33-34 et *passim*.

(189) Sur l'évolution législative vers l'égalité entre le mari et la femme, voy. : G. BAETEMAN, « Het primair huwelijksstelsel », *T.P.R.*, 1978, p. 151 ; G. BAETEMAN et J.-P. LAUWERS, *Droits et devoirs des époux. Commentaire théorique et pratique des lois du 30 avril 1958 et de la loi du 22 juin 1959*, Bruxelles, Bruylant, 1960 ; L. RAUCENT, « La nouvelle loi sur les régimes matrimoniaux ou l'égalité dans la légalité », *J.T.*, 1976, p. 553.

(190) D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., p. 183, n° 238 ; *infra*, n° 366.

(191) Et cela quel que soit le statut du couple (marié, cohabitant légal, cohabitant de fait) : Y.-H. LELEU, « Du droit des régimes matrimoniaux au droit patrimonial du couple », o.c., p. 310 ; A. VERBEKE, « Naar een billijk relatie-vermogensrecht », o.c., p. 373.

(192) Manuels récents : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008 ; R. DEKKERS et H. CASMAN, *Hanboek Burgerlijk recht*, IV, *Huwelijksstelsels, erfrecht, giften*, Anvers, Intersentia, 2010 ; Y.-H. LELEU et L. RAUCENT (dir.), « Les régimes matrimoniaux », *Rép. not.*, t. V, l. II, Bruxelles, Larcier, 1997-2002 ; W. PINTENS, J. DU MONGH, Ch. DECLERCK et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2010.

(193) Avec quelques traces dans l'art. 212. Voy. : L. RAUCENT et Y.-H. LELEU, « Caractères généraux du régime primaire. Capacité d'exercice des époux. Procédure », in *Les régimes matrimoniaux. 1. Les droits et devoirs des époux* (Y.-H. LELEU et L. RAUCENT dir.), *Rép. not.*, t. V, l. II/1, Bruxelles, Larcier, 1997, n° 14.

## § I. Le devoir de cohabitation

**344. Communauté de vie. Obligations.** En droit belge, le devoir de cohabitation (art. 213)<sup>(194)</sup> doit être compris au premier degré<sup>(195)</sup>. Les époux doivent *habiter ensemble* dans la résidence conjugale, après avoir choisi celle-ci de commun accord (art. 214)<sup>(196)</sup>.

On ajoutait que les époux devaient avoir des *relations sexuelles* entre eux<sup>(197)</sup>. La jurisprudence et la loi pénale ont tracé les limites du « devoir conjugal » (âge, maladie<sup>(198)</sup>, excès<sup>(199)</sup>, etc.), sans encore mettre en doute sa conformité au droit à la maîtrise du corps<sup>(200)</sup>. Il est regrettable que la sexualité du couple soit ainsi associée au fait, matériel, de la cohabitation.

Le devoir de cohabitation interdit en théorie la *suspension unilatérale* de la communauté de vie<sup>(201)</sup>. La jurisprudence admet toutefois que certaines circonstances, par exemple des violences conjugales, justifient le départ d'un époux de la résidence conjugale<sup>(202)</sup>, tout comme elles pourraient fonder son droit d'y rester et d'en faire exclure l'autre (art. 1253ter/5, al. 3, C. jud., *infra*, n° 366)<sup>(203)</sup>.

(194) Voy. : Y.-H. LELEU, « Le devoir de cohabitation, fidélité, secours et assistance », in *Les régimes matrimoniaux. 1. Les droits et devoirs des époux* (Y.-H. LELEU et L. RAUCENT éd.), *Rép. not.*, t. V, l. II/1, Bruxelles, Larcier, 1997, n°s 38-58. En France : J. HAUSER, « Les communautés taisibles », *D.*, 1997, p. 255 ; G. HENAFF, « La communauté de vie de couple en droit français », *Rev. trim. dr. civ.*, 1996, p. 551.

(195) Le législateur néerlandais l'a compris en abrogeant cette obligation (art. 1 :83 B.W.). En droits français et allemand, les époux sont unis par une « communauté de vie », notion qui reflète mieux la dimension affective et psychologique de tous les devoirs conjugaux (art. 215 C. civ. fr. ; § 1353, al. 1<sup>er</sup>, BGB).

(196) Sur le règlement judiciaire des litiges : M. VERWILGHEN, « La résidence conjugale », in *Les régimes matrimoniaux. 1. Les droits et devoirs des époux* (Y.-H. LELEU et L. RAUCENT éd.), *Rép. not.*, t. V, l. II/1, Bruxelles, Larcier, 1997, n° 68.

(197) Bruxelles, 28 juin 1988, *R.W.*, 1988-1989, p. 340.

(198) Civ. Anvers, 7 décembre 1960, *R.W.*, 1960-1961, col. 1579.

(199) T.G.I. Dieppe, 25 juin 1970, *Gaz. Pal.*, 1970, p. 243, note ; Orléans, 4 mars 1903, *D.*, 1905, 2, p. 67 ; Bruxelles, 12 juillet 1893, *B.J.*, 1893, col. 1301 ; A. MASSET, « Viol entre époux – Sodomitie – Sida. Quelques réflexions de droit pénal à propos de l'intégrité sexuelle », *J.T.*, 1989, p. 17 ; P. NUSS, « La 'condamnation' par la Cour européenne des Droits de l'Homme du viol entre époux. Observations sur l'arrêt S.W./Royaume-Uni du 22/11/1995 (A, 335B) », *Gaz. Pal.*, 11-12 juillet 1997, p. 6 ; L. STEVENS, *Strafrecht en seksualiteit*, o.c., p. 385, n° 361 et pp. 454 et s., n°s 413 et s.

(200) En ce sens : A. HEYVAERT, « De gronden tot echtscheiding wegens fout », in *Echtscheiding* (P. SENAËVE éd.), Louvain, Acco, 1990, pp. 65-69, n°s 58-64.

(201) Voy. : C. COUQUELET, « La séparation de fait unilatérale », in *Séparation de fait. Commentaire pratique* (G. BOLIAU éd.), Bruxelles, Kluwer, II-1-1 à II-1-3 ; C. DE BUSSCHERE, *De feitelijk scheiding der echtgenoten en de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding*, 2<sup>e</sup> éd., Anvers, Kluwer, 1985, pp. 85 et s.

(202) Rapp. : Cass., 24 octobre 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 214 (refus du mari, portant atteinte à la dignité de l'épouse, de remettre à celle-ci la moindre somme d'argent pour couvrir les dépenses du ménage).

(203) Voy. également la loi du 15 mai 2012 relative à l'interdiction temporaire de résidence en cas de violence domestique.

La nature impérative de ce devoir interdit la conclusion de conventions d'organisation des pratiques sexuelles ou de *pactes de séparation*<sup>(204)</sup>. La jurisprudence valide cependant les conventions relatives à l'organisation des modalités de la séparation (ex. : aliments, jouissance de biens, *etc.*)<sup>(205)</sup>, voire instituant celle-ci de manière non définitive<sup>(206)</sup>. Vieujean synthétisa le mieux ces directives : les époux peuvent convenir ce que le juge de paix (actuellement le tribunal de la famille) ordonnerait s'il était saisi de leurs difficultés<sup>(207)</sup>.

Accessoirement, le devoir de cohabitation établit une *présomption* d'existence d'un ménage pour l'application des dispositions légales faisant usage de cette notion (ex : solidarité pour les dettes de ménage – art. 222<sup>(208)</sup> ; fiscalité).

**345. Sanctions indirectes.** Le devoir de cohabitation est un exemple d'obligation incoercible et proche de l'atteinte aux droits fondamentaux<sup>(209)</sup>. L'époux délaissé peut obtenir tout sauf le retour au foyer de l'être aimé : mesures aménageant les aspects matériels et financiers de la séparation (art. 213, 221 et 223 ; art. 1253<sup>ter</sup>/4 et 1253<sup>ter</sup>/5 C. jud.), preuve de l'existence d'une désunion irrémédiable (art. 229, § 1<sup>er</sup>),

(204) Voy. : C. COUQUELET, « La séparation de fait conventionnelle. La convention d'honneur », *o.c.*, II.2.1 à II.2.4 ; C. DE BUSSCHERE, *De feitelijke scheiding der echtgenoten en de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding*, *o.c.* ; S. DEMARS, « La problématique générale des conventions de vie commune », in *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Bruxelles/Louvain-la-Neuve, Bruylant/Academia, 1999, pp. 93 et s. ; B. MAINGAIN, « Le pacte de séparation de fait : un mode de règlement licite du conflit familial », *Rev. trim. dr. fam.*, 1983, p. 225 ; S. MOURUE et D. PATART, « Le notaire et la séparation de fait », *La Basoche*, 1998, p. 177.

(205) Civ. Bruxelles, 8 mars 1977, *Pas.*, 1977, III, p. 58 ; Civ. Bruxelles, 25 avril 1936, *Pas.*, 1936, III, p. 169.

(206) En ce sens : Civ. Courtrai, 22 janvier 1982, *R. W.*, 1982-1983, col. 456, note P. SENAËVE, *T. Not.*, 1982, p. 364, note C. DE BUSSCHERE, *Rec. gén. enr. not.*, 1983, n° 22874, p. 148 ; Civ. Audenarde, 24 avril 1979, *Rev. trim. dr. fam.*, 1979, p. 334 ; *contra* : Anvers, 14 janvier 1998, *E.J.*, 1998, p. 32, note P. SENAËVE, *T. Not.*, 1998, p. 191, note F. BOUCKAERT, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 601 (somm.).

(207) E. VIEUJEAN, « Examen de jurisprudence (1976-1983) – Les personnes », *R.C.J.B.*, 1986, p. 556, n° 82.

(208) Cass., 7 janvier 2008, *Pas.*, 2008, p. 36, *T. Fam.*, 2009, p. 55, note E. VAN ROYEN, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1091, obs. E. VAN BRUSTEM et M. VAN BRUSTEM, comm. par E. LANGENAKEN, in *Chroniques notariales* (Y.-H. LELEU coord.), vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 153, n° 8 ; Cass., 28 novembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 447, note F. TAINMONT, comm. par E. LANGENAKEN, in *Chroniques notariales* (Y.-H. LELEU coord.), vol. 42, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 134, n° 26 ; Cass., 15 octobre 1999, *Pas.*, 1999, p. 1323, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1724, obs. Y.-H. LELEU, *Rev. not. belge*, 2000, p. 167, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 357, *R. W.*, 2000-2001, p. 836, note F. APS, *R.C.J.B.*, 2001, p. 73, note Y.-H. LELEU, *Div. Act.*, 2000, p. 18, note E. de WILDE d'ESTMAEL ; pour une application discutable : Mons, 25 mars 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1748, obs. Y.-H. L., *J.T.*, 2003, p. 255 (somm.) ; E. BEGUIN, « Les dettes de ménage et d'éducation des enfants », in *Les régimes matrimoniaux. 1. Les droits et devoirs des époux* (Y.-H. LELEU et L. RAUCENT éd.), *Rép. not.*, t. V, I. III/1, Bruxelles, Larcier, 1997, n°s 278-280.

(209) C.E.D.H., *Johnston c. Irlande*, arrêt du 18 décembre 1986, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 112, § 57 (obligation positive à charge des États de mettre à la disposition des époux des moyens de les relever de leur devoir de cohabitation) ; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, *o.c.*, p. 258, n° 352.

exhérédation du conjoint (art. 915*bis*, §§ 2 et 3 ; *infra*, n° 515), exclusion de la présomption de paternité ou de comaternité (art. 316*bis jo.* art. 325/2) et certaines facilités de contestation de filiation (art. 318, § 3, 1° ; *infra*, n° 628).

Ces sanctions indirectes mériteraient, *de lege ferenda*, d'être objectivées dans le but de poursuivre la réparation du dommage matériel subi par un époux en raison des conséquences de la séparation, voire celle d'un dommage moral prouvé.

## § 2. Le devoir de fidélité

**346. Infidélité et adultère.** La fidélité conjugale<sup>(210)</sup> implique l'abstention de tout contact sexuel ou intime avec une autre personne que le conjoint<sup>(211)</sup>. Elle interdit adultère et infidélités<sup>(212)</sup>.

Le devoir de fidélité subsiste en théorie pendant la séparation de fait<sup>(213)</sup>, la procédure de divorce<sup>(214)</sup> ou même la séparation de corps<sup>(215)</sup>. Le contexte dans lequel l'infidélité est commise est déterminant pour sa sanction actuelle, différente de sous l'empire de l'ancien droit du divorce (*infra*, n°s 442 et s.).

L'adultère est l'infidélité ultime : une relation sexuelle « consommée » avec une autre personne que son conjoint. Dans la conception traditionnelle du mariage orienté vers la procréation, l'adultère menaçait l'ordre public et devait être réprimé pénalement. De plus, le droit du divorce distinguait l'adultère des femmes de celui des hommes, leur tenant moins rigueur des écarts de conduite qui ne compromettaient pas la pérennité du couple (art. 230 anc.)<sup>(216)</sup>. Depuis le 22 juin 1987 (!), l'adultère n'est

(210) Voy. : Y.-H. LELEU, « Le devoir de cohabitation, fidélité, secours et assistance », *o.c.*, n°s 43-45.  
 (211) Cass., 17 décembre 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 1242, *R.G.D.C.*, 1999, p. 245, obs. Y.-H. LELEU, *E.J.*, 1999, p. 25, *R.W.*, 1998-1999, p. 1075, note F. Aps, *R. Cass.*, 1999, p. 107, note P. BORGHS, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1682 (rapport d'activité de la Cour de cassation). Sur la différence entre fidélité et monogamie : A. HEYVAERT, *Het personen- en familierecht ont(k)leed : theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, 3<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 299, n° 803.

(212) Comp. : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n° 1654, qui restreint, à tort selon nous, l'infidélité à ses manifestations physiques (« lichaamsuitingen »).

(213) En ce sens : Cass., 9 janvier 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 554, *R.W.*, 1967-1968, col. 83 ; Mons, 22 mai 2001, *Div. Act.*, 2001, p. 135, note M. HUSTINX ; Liège, 3 avril 1995, *Div. Act.*, 1996, p. 74 (chronique de jurisprudence).

(214) Bruxelles, 30 janvier 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 166 (constat d'adultère pratiqué « avec succès » après le prononcé du divorce sur première demande, mais avant que cette décision soit définitive) ; Bruxelles, 27 novembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 474 (adultère après les négociations en vue d'organiser un divorce par consentement mutuel et la signature des conventions préalables) ; Anvers, 20 juin 1992, *R.W.*, 1992-1993, p. 445.

(215) Y.-H. LELEU, « La séparation de corps et le divorce après séparation de corps », in *Divorce. Commentaire pratique* (G. BOLIAU éd.), Bruxelles, Kluwer, V.1.-3.2 et V.2.-2.2. ; *infra*, n° 592.

(216) Voy. not. : Y. MAYAUD, « L'adultère, cause de divorce, depuis la loi du 11 juillet 1975 », *Rev. trim. dr. civ.*, 1980, p. 494.

réprimé que sur le plan civil en raison de la déloyauté commise à l'égard d'un conjoint égal débiteur d'une obligation corrélative.

**347. Sanctions indirectes. Preuve de l'adultère.** La fidélité, pas plus que le sentiment, ne sauraient être imposés aux époux. Les sanctions de l'infidélité ne sont donc qu'indirectes et respectueuses de la maîtrise du corps : ordonnance de mesures urgentes, prononcé d'un divorce ou d'une condamnation à des dommages-intérêts<sup>(217)</sup>. L'adultère au sens strict comme toute autre infidélité conjugale peuvent constituer une preuve de désunion irrémédiable et accélérer la procédure de divorce (art. 229, § 1<sup>er</sup> ; *infra*, n<sup>os</sup> 442-444).

Pour autant, le régime des sanctions du devoir de fidélité n'échappe pas à la critique au regard des droits fondamentaux, car un débat judiciaire à ce sujet, et surtout la preuve de l'infidélité conjugale, induisent à notre avis des ingérences dans la vie privée des époux. Si l'adultère peut se prouver par toutes voies de droit, même par l'aveu (non collusoire), la preuve-reine en demeure le « constat d'huissier » (art. 1016*bis* C. jud.), une intrusion intolérable, à notre estime, de l'autorité, de la force publique (et souvent d'un serrurier) dans l'intimité la plus personnelle, la sexualité étant au cœur de la vie privée (*supra*, n<sup>o</sup> 124). Jusqu'à présent, la procédure de constat est jugée conforme au droit au respect de la vie privée (art. 8 C.E.D.H.)<sup>(218)</sup>. La réforme du droit du divorce a maintenu cette procédure, à tort. Comme l'adultère n'est pas, en soi, une « faute grave » pouvant déchoir le créancier d'aliments de ses droits (art. 301, § 2, al. 2), la mesure qui sert son constat est une ingérence dans la vie privée du couple adultère, disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi<sup>(219)</sup>.

### § 3. Le devoir d'assistance

**348. Obligation morale.** Le devoir d'assistance<sup>(220)</sup> relève d'un ordre moral et symbolique, le plus accueillant pour une obligation insaisissable

(217) Cass., 13 mars 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 822.

(218) Cass., 29 janvier 1999, *Pas.*, 1999, p. 111, *Journ. proc.*, 1999, n<sup>o</sup> 375, p. 30, note J. KIRKPATRICK, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1683 (rapport d'activité de la Cour de cassation) ; Cass., 17 décembre 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 1242, *R.G.D.C.*, 1999, p. 245, obs. Y.-H. LELEU, *E.J.*, 1999, p. 25, *R.W.*, 1998-1999, p. 1075, note F. APS, *R. Cass.*, 1999, p. 107, note P. BORGHES, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1682 (rapport d'activité de la Cour de cassation) ; *contra* : A. HEYVAERT, *Het personen- en familierecht ont(k)leed : theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, 3<sup>e</sup> éd., o.c., p. 300, n<sup>o</sup> 805.

(219) Voy. A.-Ch. VAN GYSEL, *Précis de droit des personnes et de la famille*, o.c., p. 144 ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 328, n<sup>o</sup> 541.

(220) Voy. : Y.-H. LELEU, « Le devoir de cohabitation, fidélité, secours et assistance », o.c., n<sup>os</sup> 48-49 et « Le devoir d'assistance », in *Séparation de fait. Commentaire pratique* (G. BOLIAU éd.), Bruxelles, Kluwer, III.1.5.

par le droit. Pendant psychologique du devoir de secours, le devoir d'assistance enjoint aux époux de se prodiguer soins et réconfort<sup>(221)</sup>.

Le devoir d'assistance s'exécute toujours en nature et, en principe, à la résidence conjugale. En l'absence de cohabitation, il se confond avec le devoir de secours (ex. : financement de soins à domicile ou de l'hébergement en maison de retraite).

**349. Sanctions indirectes.** La violation du devoir d'assistance est encore plus malaisée à saisir que celle des devoirs précédents. Dans les cas d'abandon moral les plus graves, elle permettra la preuve d'une désunion irrémédiable au sens de l'article 229, § 1<sup>er</sup>, du Code civil.

Mais le devoir d'assistance n'astreint pas les époux à l'abnégation : la maladie ou l'aliénation mentale du conjoint peuvent également entraîner la désunion irrémédiable du couple et justifier le divorce (*infra*, n° 441).

## § 4. Le devoir de secours et de contribution aux charges du mariage

### I. Notions

**350. Devoir de secours.** Le devoir de secours<sup>(222)</sup> est une obligation alimentaire visant à fournir au conjoint le moins aisé les ressources nécessaires pour participer au niveau de vie du conjoint le plus aisé. À la différence d'une obligation alimentaire de droit commun, le devoir de secours n'exige pas la preuve par le créancier d'un état de besoin, mais celle d'une disparité de niveaux de vie<sup>(223)</sup>. Il détermine le *niveau de vie* auquel chaque époux peut prétendre, en principe la moitié des revenus cumulés<sup>(224)</sup>.

(221) Pour une distinction entre une composante positive (soins) et négative (absence de blesser moralement) : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht, o.c.*, n° 1658. Comp., à tort selon nous : Bruxelles, 6 mars 1963, *Pas.*, 1963, II, p. 293 (le devoir d'assistance englobe la collaboration aux activités professionnelles de son conjoint).

(222) Voy. : E. VIEUJEAN, « Les devoirs de secours et de contribution aux charges du mariage », in *Les régimes matrimoniaux. 1. Les droits et devoirs des époux* (Y.-H. LELEU et L. RAUCENT éd.), *Rép. not.*, t. V, l. II/1, Bruxelles, Larcier, 1997, nos 202 et s.

(223) Cass., 2 juin 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1138 ; Mons, 16 septembre 1997, *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 632 ; Civ. Mons, 23 avril 2004, *Div. Act.*, 2004, p. 105 ; J.P. Uccle, 21 février 1997, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 608 ; E. VIEUJEAN, « Les devoirs de secours et de contribution aux charges du mariage », *o.c.*, n° 219. *Contra* : Mons, 8 novembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 663 (motif ; référence à l'état de besoin ou la nécessité) ; J.P. Westerlo, 25 janvier 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 671.

(224) F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 335, n° 559.

Le devoir de secours entre époux subsiste pendant une séparation<sup>(225)</sup> jusqu'à la dissolution du mariage<sup>(226)</sup>, en particulier durant la procédure de divorce où il fonde l'octroi d'une provision alimentaire (art. 1253ter/5, 2° et 6°, C. jud.)<sup>(227)</sup>. En l'absence de communauté de vie, le mode d'exécution du devoir de secours est principalement financier<sup>(228)</sup>. Il ne trouve plus aucun prolongement après le divorce, la pension éventuelle étant devenue alimentaire et objectivée.

**351. Devoir de contribution aux charges du mariage.** Les époux ont l'obligation de contribuer aux charges de leur mariage selon leurs facultés (art. 221)<sup>(229)</sup>. Cette obligation indique la manière dont sont répartis les frais de la vie commune, surtout en cas de disparité de revenus ou de ménage à un seul revenu. La loi organise en effet la mise en commun des ressources des époux, aussi diverses soient-elles, pour supporter toutes les charges liées à la vie commune.

Celles-ci comprennent tout ce qui est nécessaire à l'existence, à savoir la nourriture, le logement<sup>(230)</sup>, l'habillement, les loisirs, les soins de santé, ainsi que le coût des enfants élevés au foyer, et éventuellement d'autres dépenses moins quotidiennes en fonction du niveau de vie de la

(225) Anvers, 5 octobre 2005, *E.J.*, 2005, p. 186, note E. VAN DER VELPEN.

(226) Liège, 28 mars 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 670 ; Civ. Liège, 7 mars 1983, *Pas.*, 1983, III, p. 17 ; J.P. Charleroi, 12 décembre 1988, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1223 (motif). Il survit à la séparation de corps : *infra*, n° 592. En cas de décès (frais funéraires) : Bruxelles, 26 avril 2005, *J.T.*, 2005, p. 455.

(227) Cass., 9 septembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1283, *J.T.*, 2005, p. 83 (somm.), *J.T.*, 2005, p. 290, note, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 1030, note N. DANDOY, R.W., 2006-2007, p. 55 (somm.) (la pension doit être évaluée, non pas en fonction du train de vie des époux durant la vie commune, mais de manière à permettre à l'époux bénéficiaire de mener le train de vie qui serait le sien s'il n'y avait pas eu de séparation) ; Mons, 22 février 2005, *Div. Act.*, 2006, p. 71, note N. GALLUS.

(228) En ce sens : Cass., 7 avril 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 405, *Div. Act.*, 1996, p. 25, *E.J.*, 1996, p. 85, note J. ROODHOOF, T. Not., 1996, p. 283, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 422. Rappr. : Civ. Liège, 9 mai 1990, *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 89 (paiement par le mari des échéances mensuelles de trois dettes communes et avantage en nature de l'occupation de l'immeuble commun).

(229) Voy. : V. ALLAERTS, « Primair huwelijksvermogensstelsel », in *Patrimonium 2009* (W. PINTENS, J. DU MONGH et Ch. DECLERCK éd.), Anvers, Intersentia, 2009, pp. 3-5 ; P. SENAEBE, « Knelpunten uit het primair stelsel : art. 221, 223 et 224 B.W. », in *De wederzijdse rechten en verplichtingen van echtgenoten en de huwelijksvermogensstelsels* (W. PINTENS et B. VAN DER MEERSCH éd.), Anvers, Maklu, 1997, p. 1 ; Ch. SIMON, « Contribution aux charges du mariage et clauses y relatives », in *Les contrats de mariage. Bilan, perspectives et formules pratiques*, Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia/Bruylant, 1996, p. 43 ; Ch. SIMON, « Les charges du mariage : fonctionnement du ménage et comptes entre époux », in *Liber Amicorum Léon Raucant*, Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia/Bruylant, 1992, p. 373 ; F. TAINMONT, « La portée juridique du devoir de contribution aux charges du mariage », *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 565 ; E. VIEUJEAN, « Les devoirs de secours et de contribution aux charges du mariage », *o.c.*, n°s 202 et s.

(230) Bruxelles, 24 octobre 2002, *E.J.*, 2004, p. 8, note T. ROBERT ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 132 (motif ; mise à disposition d'un logement commun) ; J.P. Charleroi, 12 décembre 1988, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1223 (gaz et électricité).

famille<sup>(231)</sup>. Négativement, la loi rend les époux débiteurs solidaires des dettes contractées à cet effet (art. 222)<sup>(232)</sup>.

L'obligation de contribution aux charges du mariage s'exécute financièrement ou en nature à la résidence conjugale<sup>(233)</sup>. Elle est corrélée aux « facultés » respectives de chaque époux<sup>(234)</sup>. Un mari sans emploi<sup>(235)</sup> mais actif au foyer s'acquitte de sa part de l'obligation autant que son épouse professionnellement active qui alimente chaque mois le compte commun du ménage. Pour déterminer la hauteur des prestations financières, on aura égard aux revenus (réels ou potentiels) du travail et des biens<sup>(236)</sup>, parfois même au capital<sup>(237)</sup>.

La portée du devoir de contribution aux charges du mariage acquiert des dimensions insoupçonnées sur le plan patrimonial. L'inclusion dans les charges du mariage des frais de logement – loyers ou amortissements d'emprunts – a permis à la jurisprudence de pallier, sur la base de l'article 221, des lacunes dans la protection des époux séparés de biens en cas de disparité de revenus<sup>(238)</sup>.

## 2. Sanctions

**352. Sanctions directes. Incidence de la faute.** Les devoirs de secours et de contribution aux charges du mariage sont sanctionnés directement par une pension alimentaire ou par une délégation de sommes, et

(231) Cass., 22 avril 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 914, *R.C.J.B.*, 1978, p. 127, note Cl. RENARD, *R.W.*, 1976-1977, col. 993, note H. CASMAN, *J.T.*, 1977, p. 98. Pour plus de détails : E. VIEUJEAN, « Les devoirs de secours et de contribution aux charges du mariage », *o.c.*, n°s 209-214.

(232) F. TAINMONT, « Dettes de ménage et frais d'hospitalisation », *T. Not.*, 2005, p. 583 ; F. TAINMONT, « Les dettes de ménage : actualités jurisprudentielles », in *Trente ans après la réforme des régimes matrimoniaux* (J.-L. RENCHON et N. BAUGNIET dir.), Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 1-25.

(233) Cass., 14 janvier 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 447 ; Cass., 19 juin 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 927, *J.T.*, 1970, p. 597, *R.W.*, 1970-1971, col. 502. La contribution aux frais de logement du couple peut consister en une mise à disposition d'un bien propre recueilli par succession (Y.-H. LELEU, « Liquidation des créances et récompenses au titre d'investissements immobiliers », in *Le droit des régimes matrimoniaux en pratique* (H. CASMAN, Y.-H. LELEU et A. VERBEKE éd.), coll. Le droit patrimonial de la famille sans préjugés, vol. 1, Malines, Kluwer, 2002, p. 60, n° 28).

(234) Cass., 7 juin 2001, *Pas.*, 2001, p. 1071, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 239 ; Cass., 26 juin 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 688, *E.J.*, 1996, p. 5, note J. ROODHOOF, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 521, note, *Div. Act.*, 1997, p. 25.

(235) Toulouse, 5 juillet 2005, *Dr. fam.*, 2006, p. 43 (refus de travailler du mari).

(236) Cass., 29 février 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 810, *R.W.*, 1980-1981, col. 1655, *T. Not.*, 1981, p. 140.

(237) A. HEYVAERT, *Het personen- en familierecht ont(k)leed : theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, 3<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 305, n° 825 ; Y.-H. LELEU, « Liquidation des créances et récompenses au titre d'investissements immobiliers », *o.c.*, p. 51, n° 11 ; E. VIEUJEAN, « Les devoirs de secours et de contribution aux charges du mariage », *o.c.*, n° 244, note 106.

(238) Cass., 22 avril 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 914, *R.C.J.B.*, 1978, p. 127, note Cl. RENARD, *R.W.*, 1976-1977, col. 993, note H. CASMAN, *J.T.*, 1977, p. 9. Pour une synthèse et de nouvelles propositions : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 394-445 et « Liquidation des créances et récompenses au titre d'investissements immobiliers », *o.c.*, p. 39.

indirectement par une possibilité de faire la preuve d'une désunion irrémédiable pour obtenir plus rapidement le divorce (art. 229, § 1<sup>er</sup>).

Toute référence au devoir de cohabitation et au comportement des époux n'était pas absente en cette matière. Selon la Cour de cassation<sup>(239)</sup>, le conjoint séparé qui souhaitait obtenir une pension alimentaire sur la base des articles 213 ou 221 du Code civil devait prouver un manquement au devoir de secours ou de contribution aux charges du mariage et, en cas de séparation de fait, que celle-ci et son maintien sont imputables à l'autre époux. Ce raisonnement empreint de logique sanctionnatrice est intenable à l'heure du divorce sans faute<sup>(240)</sup> et, de l'aveu même de la Cour de cassation<sup>(241)</sup>, ce contentieux s'objectivait – jusqu'à certaines limites – si le débiteur fondait sa demande sur l'article 223 (*infra*, n° 367). La loi du 30 juillet 2013 a supprimé cette incohérence en modifiant l'article 221, alinéa 2 du Code civil : l'action de l'époux demandeur d'aliments au titre du devoir de secours n'est plus subordonnée à la preuve d'une faute<sup>(242)</sup>.

**353. Pension alimentaire.** La sanction du devoir de secours ou de l'obligation de contribuer aux charges du mariage par une pension alimentaire est théorique mais peu courante lorsque les époux vivent ensemble<sup>(243)</sup>. Il est préférable de réclamer la pension sur la base des articles 223 du Code civil et 1253<sup>ter</sup>/4 et 1253<sup>ter</sup>/5 du Code judiciaire dans le contexte d'une séparation judiciaire. La pension alimentaire est, par nature, aléatoire dans sa mise en œuvre et impose au créancier des mesures d'exécution forcée en cas de défaillance du débiteur.

**354. Délégation de sommes. Renvoi.** La pension alimentaire peut être accompagnée d'emblée d'une délégation de sommes<sup>(244)</sup>. Cette mesure, qui sera étudiée plus loin (*infra*, n°s 817-820), est une autorisation judiciaire délivrée au créancier d'aliments de percevoir, au nom du débiteur et à l'exclusion de celui-ci, des sommes qui lui sont dues par un tiers. Réglementée à l'origine (L. du 20 juillet 1932) à propos du mariage (art. 221, al. 2 actuel), elle possède un domaine d'application élargi à la quasi-totalité des obligations de nature alimentaire (art. 203<sup>ter</sup>). La

(239) Not. : Cass., 5 juin 2014, R.A.B.G., 2015, p. 251, *Act. dr. fam.*, 2015, p. 190, note J. SAUVAGE, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 61 (somm.) ; Cass., 16 mai 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 573, A.J.T., 1997-1998, p. 101, note B. POELEMANS, R. Cass., 1998, p. 60, *Div. Act.*, 1998, p. 74, note A.-Ch. VAN GYSEL.

(240) J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce : le 'droit au divorce' », *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, pp. 1059-1061, n°s 213-216.

(241) Cass., 21 février 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 797, *Rev. not. belge*, 1986, p. 551, obs. D.S., R. W., 1986-1987, col. 303, note P. SENAËVE, J.L.M.B., 1987, p. 209, obs. Chr. PANIER.

(242) F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 336, n° 560 ; J. LARUELLE, « L'incidence de la faute et des violences conjugales sur le devoir de secours au regard de la loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse », *Act. dr. fam.*, 2014, p. 86.

(243) E. VIEUJEAN, « Les devoirs de secours et de contribution aux charges du mariage », o.c., n° 228.

(244) Cass., 15 novembre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 314.

délégation de sommes est un mode d'exécution des obligations alimentaires plus efficace que la pension classique car elle n'établit aucun rapport direct entre le débiteur et le créancier. En matière de mariage, elle pallie non seulement un défaut d'exécution (art. 221, al. 2) mais aussi une impossibilité physique ou psychique (art. 220, § 3)<sup>(245)</sup>. Elle porte en principe sur les termes à échoir, mais le juge peut fixer, en plus du montant qu'il aurait déterminé pour le futur, la somme globale des arriérés et autoriser sa perception par délégation à concurrence d'une fraction mensuelle déterminée. La délégation de sommes ne sera jamais accordée au conjoint reconnu coupable de (tentative de) violence conjugale (art. 221, al. 3)<sup>(246)</sup>.

## § 5. Les mesures urgentes

**355. Présentation.** Qu'il croie à la possible réconciliation d'époux en crise ou se soucie de cohérence avec le principe d'indissolubilité du mariage, le législateur propose un remède aux crises conjugales : les mesures urgentes ordonnées par le tribunal de la famille (art. 223 ; art. 1253ter/4 à 1253ter/7 C. jud.). L'histoire de cette institution révèle qu'il fallait au départ (L. du 20 juillet 1932) principalement protéger l'épouse contre les voies de fait de son mari, et bien plus tard (L. du 14 juillet 1976) proposer des solutions rapides et *a priori* non définitives à la crise conjugale, aussi bien en ce qui concerne les époux que leurs enfants<sup>(247)</sup>.

La réalité est que les mesures urgentes anticipent le divorce<sup>(248)</sup>. L'ancienne logique sanctionnatrice du droit du divorce obligeait d'ailleurs les époux à faire officialiser leur séparation par un juge pour éviter de se voir reprocher des violations unilatérales des devoirs de cohabitation et d'assistance. Il subsiste encore dans cette institution un idéal, celui d'écarter presque totalement les causes de la crise conjugale du débat judiciaire<sup>(249)</sup>.

Depuis l'instauration du tribunal de la famille, l'article 223 du Code civil concentre les règles de fond entourant ces mesures, tandis que les articles 1253ter/4 à /7 du Code judiciaire détaillent les mesures

(245) Sur ce cas particulier : Y.-H. LELEU, « L'absence, l'interdiction ou l'impossibilité pour un des époux de manifester sa volonté », in *Les régimes matrimoniaux. 1. Les droits et devoirs des époux*, o. c., n<sup>os</sup> 195-201.

(246) J. LARUELLE, « L'incidence de la faute et des violences conjugales sur le devoir de secours au regard de la loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse », o. c., p. 91, n<sup>o</sup> 13-14 ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o. c., p. 336, n<sup>o</sup> 561.

(247) J.P. Fosses-la-Ville, 29 septembre 1981, *Rev. trim. dr. fam.*, 1983, p. 373 (motifs) ; E. VIEUJEAN, « Les mesures urgentes et provisoires », n<sup>os</sup> 284 et 294.

(248) Sur les mesures urgentes durant l'instance en divorce, voy. *infra*, n<sup>o</sup> 471 et s.

(249) J.P. Westerlo, 25 janvier 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 671, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 642 (somm.) ; Civ. Bruxelles, 27 octobre 1982, *Rev. trim. dr. fam.*, 1983, p. 155.

possibles et en organisent la procédure. Ces dispositions régissent dorénavant les mesures urgentes, qui ne sont plus toutes provisoires, tant pour la période précédant l'instance en divorce que pour le temps de la procédure (et même après pour certaines mesures). Ce n'est donc plus le président du tribunal de première instance qui statue en urgence ou au provisoire pendant la procédure du divorce, mais les chambres de la famille compétentes au fond<sup>(250)</sup>.

Après un bref descriptif des modes alternatifs de résolution de crises conjugales, promus également par la loi du 30 juillet 2013, nous décrivons les conditions et la procédure d'obtention des mesures urgentes et/ou provisoires, pour examiner ensuite celles qui aménagent les relations personnelles entre les époux et/ou leurs enfants et celles qui concernent leurs relations patrimoniales.

**355-1. Modes alternatifs de règlement des conflits.** La loi du 30 juillet 2013 instaurant le tribunal de la famille a renforcé le rôle des modes alternatifs de règlement des conflits dans les procédures familiales via une information systématique des parties des possibilités de médiation, de conciliation et de tout autre mode de résolution amiable des conflits. Le greffe s'en charge dès qu'une demande est introduite en leur envoyant le texte des articles 1730 à 1737 du Code judiciaire et une brochure d'information (art. 1235ter/1 C. jud.).

Le tribunal a ensuite l'obligation d'informer les parties de la possibilité de résoudre leur litige par ces modes de règlement alternatifs dès l'audience d'introduction (art. 731, al. 4 C. jud.)<sup>(251)</sup>. Il peut à tout moment leur proposer d'examiner si une médiation ou une conciliation est possible (art. 1253ter/3, § 1<sup>er</sup>, al. 2, C. jud.) et, moyennant leur accord, remettre la cause à une date déterminée (inférieure à 3 mois) pour leur permettre d'envisager un mode de règlement amiable (art. 1253ter/3, § 2).

À tout moment au cours de l'instance, les parties parvenues à un accord peuvent solliciter son homologation, qui ne sera refusée que s'il est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant (art. 1253ter/3, § 3)<sup>(252)</sup>.

(250) Sur la compétence territoriale, voy. not. D. PIRE, « La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse », *Act. dr. fam.*, 2013, pp. 176 et s. ; A.-Ch. VAN GYSEL, « Le nouveau tribunal de la famille et les procédures notariales », *Rev. not. belge*, 2014, p. 657.

(251) Voy. : A.-M. BOUDART et C. VANDER STOCK, « La loi portant création du tribunal de la famille et de la jeunesse et les modes alternatifs. Réflexions sur quelques questions choisies », *Act. dr. fam.*, 2014, pp. 166-173 ; N. UYTENDAELE, « Le règlement amiable des conflits familiaux », in *Le Tribunal de la Famille et de la Jeunesse*, Limal, Anthemis, 2014, p. 67.

(252) Selon certains auteurs, l'article 1253ter/3, § 3, permettrait l'entérinement d'accords partiels conclus entre les parties, par opposition à l'article 1253ter/2, al. 5, qui requiert un accord global sur « toutes les demandes » (A.-M. BOUDART et C. VANDER STOCK, « La loi portant création du tribunal de la famille et de la jeunesse et les modes alternatifs. Réflexions sur quelques questions choisies », *o.c.*, p. 173 ; N. UYTENDAELE, « Le règlement amiable des conflits familiaux », *o.c.*, p. 80).

**355-2. (suite) Chambres de règlement amiable.** Au sein du tribunal de la famille et de la jeunesse (ainsi que de la cour d'appel) sont mises en place des chambres de règlement amiable<sup>(253)</sup> qui peuvent être saisies tout au long de la procédure, à l'initiative des parties ou du magistrat, même d'office<sup>(254)</sup> (art. 731 C. jud., réd. L. du 30 juillet 2013). La chambre de règlement amiable tente de concilier les parties et acte les accords éventuels dans un procès-verbal rendu exécutoire. À défaut d'accord ou en cas d'accord partiel, elle renvoie le dossier devant la chambre du tribunal de la famille préalablement saisie. Si la cause a été introduite directement devant la chambre de règlement amiable, le dossier devra le cas échéant être réintroduit au fond.

La procédure devant la chambre de règlement amiable est confidentielle. Tant les parties que le magistrat peuvent y mettre fin à tout moment. Le magistrat qui siège à la chambre de règlement amiable ne pourra pas siéger dans les autres chambres pour le même dossier, sauf pour l'homologation d'un accord ou d'un procès-verbal de conciliation<sup>(255)</sup> (art. 79, al. 7, C. jud.).

**356. (suite) Médiation familiale.** La médiation familiale<sup>(256)</sup> est un « processus de coopération en vue de la gestion d'un conflit familial dans lequel

(253) Pour plus de détails : A.-M. BOUDART et C. VANDER STOCK, « La loi portant création du tribunal de la famille et de la jeunesse et les modes alternatifs. Réflexions sur quelques questions choisies », *o.c.*, 2014, pp. 174-175.

(254) D. PIRE, « La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse », *o.c.*, p. 184. En cas de renvoi, le greffier transmet le dossier de la procédure, dans les 3 jours de cette décision, au greffier de la chambre de règlement à l'amiable à laquelle la cause a été renvoyée (D. PIRE, « Tribunal de la famille et de la jeunesse : loi réparatrice », *Act. dr. fam.*, 2014, p. 179). Le greffier de la chambre de règlement à l'amiable convoque alors les parties (art. 731, al. 5, C. jud., réd. L. 30 juillet 2013).

(255) La différence entre l'accord constaté par procès-verbal et celui formalisé dans un jugement d'accord (art. 1043 C. jud.) résiderait dans le fait que seul le second épuise la saisine du juge familial, empêchant dès lors les parties de revenir devant lui pour une cause ayant le même objet (A.-M. BOUDART et C. VANDER STOCK, « La loi portant création du tribunal de la famille et de la jeunesse et les modes alternatifs. Réflexions sur quelques questions choisies », *o.c.*, p. 175 ; N. UYTENDAELE, « Le règlement amiable des conflits familiaux », *o.c.*, p. 77).

(256) Bibliographie : N. BAUGNIET, *La médiation familiale. Mode de règlement des conflits familiaux*, Bruxelles, De Boeck, 2008 ; S. BROUWERS, « De wet betreffende de proceduregebonden bemiddeling in familie zaken », *A.J.T.*, 2001-2002, p. 1 ; P. CATALA, « La médiation judiciaire, mode alternatif de règlement des conflits », *Gaz. Pal.*, 1999, p. 5 ; B. COMPAGNION, « La médiation familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire », *Div. Act.*, 2001, p. 98 ; M. DESCAMPS, « Conflit et médiation familiale : une coexistence possible ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 389 ; N. DE VROEDE et M. STROOBANT, « La médiation familiale », *R.R.D.*, 2004, p. 371 ; S. DESCOTEAUX, « Les avocats et la médiation familiale », *J.D.J.*, 1997, p. 23 ; V. d'HUART, « Déontologie et discipline du médiateur familial », *Ius & Actores*, 2008, pp. 5-22 ; R. DINGWALL et D. GREATBATCH, « What is Mediation and Alternative to ? », in *Familles & Justice* (M.-Th. MEULDERS-KLEIN éd.), Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1997, p. 452 ; D. d'URSEL, « Replacer la médiation familiale dans un contexte historique et culturel », *J.D.J.*, 2004, n° 234, p. 25 ; D. GANANCIA, « Paysage de la médiation familiale en France », *Gaz. Pal.*, 2001, p. 8 ; C. GHYS, « La médiation familiale et sa pratique dans les relations parentales (autorité parentale, hébergement des enfants, contribution alimentaire) », *Rev. dr. U.L.B.*, 1996, p. 89 ; I. HACHEZ, « La médiation familiale à l'heure de sa consécration légale », *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 207 ;

un tiers impartial, professionnel qualifié, est sollicité par les protagonistes pour les aider à trouver eux-mêmes les bases d'un accord durable, mutuellement acceptable et ressenti comme juste pour chacun »<sup>(257)</sup>. Née d'une abondante pratique<sup>(258)</sup> en réaction aux limites du système judiciaire<sup>(259)</sup>, surtout à l'heure ancienne du divorce pour faute, la médiation familiale connaît un succès croissant. Le législateur belge lui avait initialement réservé une place dans diverses procédures de droit familial (art. 734bis-734sexies C. jud.), pour ensuite lui dédier une septième partie du Code judiciaire en élargissant son domaine (L. du 21 février 2005)<sup>(260)</sup>. La médiation n'est pas seulement *judiciaire*, c'est-à-dire ordonnée par le juge dans le cadre d'une procédure (art. 1734, § 1<sup>er</sup>, C. jud.), mais peut également être *volontaire*<sup>(261)</sup>, en dehors, avant, pendant ou après une telle

G. HIERNAUX, « La médiation familiale et sa pratique dans les relations parentales », *Rev. dr. U.L.B.*, 1996, p. 73 ; C. LE BRUN et E. VINK, « Ni avocat, ni notaire... mais médiateur familial : la pratique de la médiation familiale dans les centres de planning familial », *Div. Act.*, 2005, p. 65 ; F. LIGOT, « Justice négociée : le rôle conciliateur du juge et la médiation », in *Familles & Justice* (M.-Th. MEULDERS-KLEIN éd.), Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1997, p. 400 ; J.-L. RENCHON, « Le développement de la négociation, de la conciliation et de la médiation pour la résolution des litiges conjugaux », *Journ. proc.*, 1989, n° 163, p. 10 ; A. T., « La médiation familiale et les secrets de famille », *R.G.D.C.*, 2003, p. 565 ; P. SENAËVE (ed.), *Bemiddeling in familiezaken. Knelpunten en perspectieven*, Gand, Larciér, 2003 ; P. SENAËVE, « Naar een wetgevende regeling van de scheidingsbemiddeling ? », *E.J.*, 1999, p. 2 ; P. Taelman et G. Verschelden, « Mediatie uit de schaduw van het recht. Een analyse van de wet van 19 februari 2001 betreffende de proceduregebonden bemiddeling in familiezaken », *R.W.*, 2002-2003, p. 1561 ; A. THILLY, « L'institutionnalisation de la médiation familiale dans l'ordre juridique », *Div. Act.*, 2000, pp. 82 et 98 ; A. THILLY, « La recommandation du 21 janvier 1998 du Conseil de l'Europe sur la médiation familiale », *Rev. dr. U.L.B.*, 2000, p. 59 ; A. THILLY, « De la pratique à la loi du 19 février 2001 relative à la médiation en matière familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire », *J.T.*, 2001, p. 665 ; A. THILLY, « La pratique de la médiation familiale à la lumière des techniques du médiateur familial », *R.G.D.C.*, 2002, p. 572 ; E. TORFS, « Proceduregebonden bemiddeling in familiezaken. Commentaar bij de wet van 19 februari 2001 », *E.J.*, 2001, p. 106 ; I. VAN KERCKHOVE, « Les enjeux actuels de la médiation familiale », *J.T.*, 1999, p. 249 ; P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, « Médiation : confidentialité et responsabilité », *J.T.*, 1999, p. 254 ; P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, « La médiation dans le code judiciaire », *J.T.*, 2005, p. 297 ; G. VERSCHELDEN, « De positie van het kind in de familiale bemiddeling », *T.J.K.*, 2001, p. 92 ; E. VINK, « La médiation familiale », in *Familles : union et désunion. Commentaire pratique* (G. BOLLAU éd.), Malines, Kluwer, feuil. mob., pp. 17-90.

(257) I. HACHEZ, « La médiation familiale à l'heure de sa consécration légale », *o.c.*, p. 211.

(258) Pour un exposé de la pratique belge antérieure à la réglementation et de ses limites : G. HIERNAUX, « La médiation familiale et sa pratique dans les relations parentales », *o.c.*, p. 80. Pour une réflexion plus globale sur l'émergence de la médiation dans la résolution de conflits liés à la séparation ou au divorce : D. d'URSEL, « Replacer la médiation familiale dans un contexte historique et culturel », *o.c.*, p. 25 ; J.-L. RENCHON, « Le développement de la négociation, de la conciliation et de la médiation pour la résolution des litiges conjugaux », *o.c.*, p. 15.

(259) Pour une réflexion sur la complémentarité entre la médiation et la procédure judiciaire : I. HACHEZ, « La médiation familiale à l'heure de sa consécration légale », *o.c.*, pp. 208-226.

(260) Pour plus de détails : N. UYTENDAELE, « La loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation », *J.J.P.*, 2005, pp. 582 et s. ; P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, « La médiation dans le Code judiciaire », *J.T.*, 2005, pp. 297 et s. ; G. HIERNAUX, « Quelques méandres jurisprudentiels en matière d'application de la loi sur la médiation familiale », *J.L.M.B.*, 2007, pp. 537-539.

(261) Si les parties parviennent à un accord de médiation, elles pourront en demander l'homologation au juge, qui ne pourra la refuser que si l'accord est contraire à l'ordre public ou, dans le cadre d'une médiation familiale, contraire à l'intérêt des enfants mineurs (art. 1733 C. jud.).

procédure (art. 1730, § 1<sup>er</sup>, C. jud.). La médiation dite « libre » est celle qui a lieu en dehors de toute réglementation et dont le médiateur ne doit pas être agréé.

En outre, la loi ne limite plus le recours à la médiation à un litige pendant devant une juridiction. En matière familiale, un médiateur pourra être désigné dans un contentieux conjugal (art. 212-224) et/ou alimentaire (art. 203-211 et 295-307*bis*), dans un litige relatif à l'autorité parentale, à l'administration des biens ou au droit aux relations personnelles (art. 371-387*bis*), dans un litige concernant une relation de cohabitation légale (art. 1475-1479) ou une union de fait, ainsi que dans un divorce ou une séparation de corps (art. 1254-1310 C. jud.). La matière des régimes matrimoniaux demeure curieusement omise, alors que la liquidation du patrimoine du couple marié génère les mêmes difficultés que celle des biens du couple non marié (*infra*, n° 374).

La médiation judiciaire présente plusieurs caractéristiques inhérentes à ce mode de solution d'un conflit. Elle est, tout d'abord, volontaire et nécessite l'accord des parties non seulement quant au principe même de la médiation<sup>(262)</sup>, mais également quant à la personne du médiateur (art. 1734, al. 1<sup>er</sup>, C. jud.). Chaque partie peut à tout moment mettre fin à la médiation sans que cela ne lui porte préjudice (art. 1729). La médiation peut être globale ou partielle, viser à régler l'ensemble des points litigieux ou seulement certains d'entre eux (art. 1735, § 2). Elle mérite d'être qualifiée d'institution « fermée » dans la mesure où elle se caractérise par la confidentialité des accords (art. 1728, § 1<sup>er</sup>) et où le médiateur est soumis au secret professionnel (art. 1728, § 1<sup>er</sup>, al. 3)<sup>(263)</sup>.

La procédure de médiation comporte trois phases<sup>(264)</sup>. Au stade initial, le juge saisi du litige ouvert à la médiation désigne<sup>(265)</sup> le médiateur, un avocat, un notaire ou toute autre personne physique répondant à des critères d'agrément spécifiques<sup>(266)</sup> (art. 1726 C. jud.)<sup>(267)</sup>. Le médiateur est agréé par la Commission générale de médiation visée à l'article 1727 du Code judiciaire. Le juge fixe la date à laquelle l'affaire sera remise

(262) *Contra* : Civ. Bruxelles (jeun.), 8 novembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 533, obs. G. HIERNAUX.

(263) Pour plus de détails à ce sujet : B. COMPAGNION, « La médiation familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire », *o.c.*, p. 99 ; I. HACHEZ, « La médiation familiale à l'heure de sa consécration légale », *o.c.*, pp. 251-252. La confidentialité cesse dès qu'un accord est signé entre les parties, lequel peut ainsi être soumis au juge pour homologation (Liège, 15 janvier 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 532, obs. G. HIERNAUX).

(264) Voy. : A. THILLY, « La pratique de la médiation familiale à la lumière des techniques du médiateur familial », *o.c.*, p. 572.

(265) Il s'agit d'une décision avant dire droit au sens de l'art. 19, al. 2, C. jud. (art. 734*bis*, § 3, al. 1<sup>er</sup>, C. jud.), susceptible d'appel en vertu de l'art. 1050 du même Code.

(266) Sauf en cas de demande motivée et conjointe des parties qui démontrent qu'aucun médiateur agréé n'est disponible, et que le juge a constaté que ce médiateur répondait aux conditions de l'art. 1726 C. jud. prévues pour l'agrément (art. 1734, § 1<sup>er</sup>, al. 2, C. jud.).

(267) Voy. : I. HACHEZ, « La médiation familiale à l'heure de sa consécration légale », *o.c.*, pp. 255-261.

(art. 1734, § 2)<sup>(268)</sup> et la provision à valoir sur la rétribution du médiateur<sup>(269)</sup>. En cours de procédure, le médiateur peut être remplacé de l'accord des parties par un autre médiateur agréé (art. 1735, § 4) et chaque partie conserve la possibilité de ramener la cause devant le juge par une procédure souple (art. 1735, § 5). À l'issue de la médiation<sup>(270)</sup>, les parties informent le juge de son résultat. Si elle n'a pas débouché sur un accord, les parties peuvent reprendre la procédure judiciaire ou tenter une nouvelle médiation en demandant au juge un nouveau délai (art. 734bis, § 5, al. 2). Si elle a abouti à un accord partiel<sup>(271)</sup> ou complet, les parties peuvent demander au juge d'homologuer cet accord (art. 1736, al. 3). Le juge ne peut refuser l'homologation que si l'accord est contraire à l'ordre public ou, en cas de médiation familiale, contraire à l'intérêt d'un enfant mineur<sup>(272)</sup> (art. 1736, al. 4).

## I. Conditions

**357. Conditions alternatives.** Deux *situations* alternatives ouvrent le droit à demander des mesures urgentes : un manquement grave aux devoirs du mariage (art. 223, al. 1<sup>er</sup>) ou la perturbation sérieuse de l'entente conjugale (art. 223, al. 2)<sup>(273)</sup>. La première condition est subjective, d'origine ancienne (1932) et rarement appliquée seule ; la seconde est objective, plus récente (1976) et presque toujours invoquée. Les traditionnelles conditions d'urgence et de provisoire s'attachant aux mesures à prendre ont été revues par la loi du 30 juillet 2013 et seront abordées plus loin (*infra*, n° 362).

**358. Manquement grave aux devoirs du mariage.** Le manquement grave aux devoirs du mariage est une violation d'un devoir personnel ou patrimonial prescrit par la loi ou induit de celle-ci (obligations morales des époux), dont la gravité est constatée par le tribunal. Le comportement imputé au conjoint doit mettre en péril les intérêts matériels ou moraux de l'autre époux ou des enfants<sup>(274)</sup>.

(268) Pour une critique : I. HACHEZ, « La médiation familiale à l'heure de sa consécration légale », *o.c.*, p. 253.

(269) À charge des parties, par parts égales sauf si elles en décident autrement (art. 1731, § 1<sup>er</sup>, C. jud.).

(270) Au plus tard à l'audience fixée par la décision ayant désigné le médiateur.

(271) Si l'accord est partiel et qu'il subsiste des questions litigieuses, les parties peuvent solliciter un nouveau délai ou demander que la procédure soit poursuivie (art. 1736, al. 5, C. jud.).

(272) Voy. : G. VERSCHULDEN, « De positie van het kind in de familiale bemiddeling », *o.c.*, p. 92.

(273) J.P. Grimbergen, 29 décembre 2004, *R.A.B.G.*, 2006, p. 548, note M.-A. DEVENYN, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1751, note B. HANSCH, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 305 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 886 (somm.) (conditions de recevabilité).

(274) J.P. Grâce-Hollogne, 25 avril 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1748 ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, *o.c.*, p. 662, n° 642, litt. B.

Cette condition est à la fois critiquable, superflue et obsolète : elle maintient la faute dans une procédure préventive ou curative, et le débat judiciaire qui s'ouvre à ce propos aggrave généralement la crise.

**359. Entente sérieusement perturbée.** Le critère de la perturbation de l'entente entre les époux est objectif<sup>(275)</sup>. La perturbation doit être sérieuse afin d'éviter que le moindre différend soit porté devant le tribunal<sup>(276)</sup>. Ce critère n'est pas corrélé à la durée ou à l'organisation de la séparation, lesquelles indiquent plutôt l'urgence à prendre certaines mesures (*infra*, n° 362). Les époux peuvent en effet être opposés sur une question juridique sans que le couple n'en souffre trop (ex. : autorité parentale, gestion de biens communs), auquel cas le tribunal de la famille siègera selon la procédure ordinaire. Toutes les causes énumérées à l'article 1253ter/4, § 2, du Code judiciaire sont toutefois réputées urgentes et le tribunal de la famille statuera comme en référé.

## 2. Procédure

**360. Compétence du tribunal de la famille.** La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse met fin au morcellement des compétences entre le juge de paix (jusqu'à la demande en divorce – art. 223) et le président du tribunal de première instance (après la demande en divorce – art. 1280 C. jud.), ainsi que le tribunal de la jeunesse pour les demandes relatives à l'autorité parentale hors urgence, et enfin le tribunal de première instance dans sa compétence générale ou spécifique (ex. art. 215, § 1<sup>er</sup>, al. 3 ancien).

Le tribunal de la famille est compétent pour l'ensemble du contentieux familial<sup>(277)</sup>, notamment les mesures urgentes entre époux. Il statue en référé dans les causes où l'urgence est présumée ou prouvée (art. 1253ter/4 C. jud. ; *infra*, n° 362). À défaut d'urgence, il renvoie la cause à une audience ordinaire, pour une instruction en « circuit long ».

Le tribunal territorialement compétent est en principe celui de la dernière résidence conjugale (art. 628, 2° et 629bis, § 5, C. jud.), sous réserve de la compétence du tribunal qui aurait déjà été saisi d'une demande relative à la même famille (art. 629bis, § 1<sup>er</sup>), ou du tribunal

(275) Civ. Bruxelles, 29 mars 1988, *Pas.*, 1988, III, p. 90, *J.T.*, 1988, p. 587, *R.G.D.C.*, 1989, p. 401 ; J.P. Charleroi, 25 janvier 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1021, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1062. Comp. : Th. MARCHANDISE, « De la toute puissance à la modestie : le juge de paix et l'article 223 du Code civil », in *Droit de la famille* (J. FIERENS éd.), Louvain, Anthemis, 2007, p. 64, n° 4 (le juge de paix devrait rechercher les causes de la mésentente).

(276) J.P. Perwez, 18 décembre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1053. Rappr. : J.P. Bruxelles, 3 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 342 (procédure utilisée pour obtenir un avantage social).

(277) À quelques exceptions près, notamment les demandes entre cohabitants de fait lorsqu'elles ne concernent pas les enfants communs ou les indivisions entre partenaires.

du domicile ou de la résidence habituelle du mineur lorsqu'une demande au moins le concerne (art. 629*bis*, §§ 2, 6 et 7)<sup>(278)</sup>.

En cas d'*absolue nécessité*, le président du tribunal est compétent en référé de droit commun (art. 548, al. 2 C. jud.). Dans ce seul cas, la demande ne relève pas du tribunal de la famille qui sera appelé à statuer au fond, par exemple dans la procédure de divorce.

**361. Déroulement de la procédure.** La demande est introduite par *citation* ou par *requête contradictoire* signée par le demandeur ou son avocat et contenant des mentions identifiantes prescrites à peine de nullité<sup>(279)</sup> (art. 1253*ter jo.* 1034*bis*-1034*sexies* C. jud.). L'audience d'introduction est fixée au plus tard dans les 15 jours qui suivent le dépôt de la requête au greffe, ou dans le délai de l'article 1035, alinéa 2 du Code judiciaire lorsque la demande est introduite par citation (art. 1253*ter/4*, § 2, al. 3 et 4 C. jud.).

Les époux sont tenus de comparaître en personne à l'audience d'introduction dans toutes les causes visées à l'article 1253*ter/4*, § 2, 1° à 4° du Code judiciaire<sup>(280)</sup>, ainsi qu'à l'audience où sont discutées les mesures relatives aux enfants, et aux audiences de plaidoiries (art. 1253*ter/2*). Le juge n'accordera une dérogation à la comparution personnelle qu'en cas de circonstances exceptionnelles. En cas d'accord des parties sur toutes les demandes de l'acte introductif d'instance, la comparution personnelle n'est pas exigée, sauf si le juge l'ordonne d'office ou à la demande du ministère public. Les sanctions en cas de défaut de comparution personnelle sont visées à l'article 1253*ter/2*, alinéa 4 du Code judiciaire.

Le tribunal de la famille instruit la cause et dispose à cet effet d'une palette de mesures (expertise, audition des enfants, *etc.*), et notamment de pouvoirs d'investigation financière élargis contre un époux réticent ou des tiers (art. 1253*quinquies* C. jud.).

Le passage vers un mode amiable de règlement des conflits (*supra*, n° 355-1 à 356) est possible dans les conditions des articles 1253*ter/3* et 731 du Code judiciaire.

(278) Sur la compétence territoriale : D. PIRE, « La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse », *o.c.*, pp. 176 et s. ; J. SAUVAGE, « L'agencement des compétences matérielles et territoriales », in *Le tribunal de la famille et de la jeunesse*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles/Limal, Larcier/Anthemis, 2015, pp. 55-67.

(279) Cass., 23 septembre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 843, *E.J.*, 1997, p. 50, R. W., 1997-1998, p. 364, note S. MOSSELMANS, R. Cass., 1997, p. 261 (somm.), *Div. Act.*, 1997, p. 140, note E. de WILDE d'ESTMAEL. Pour l'exception (requête unilatérale) concernant les demandes formées sur la base de l'art. 220 (substitution de pouvoirs) : L. RAUCENT et Y.-H. LELEU, « Caractères généraux du régime primaire. Capacité d'exercice des époux. Procédure », *o.c.*, n° 32.

(280) La règle est critiquable dans la mesure où, interprétée à la lettre, elle impose la comparution personnelle aux audiences lors desquelles les parties conviennent d'une remise à une date ultérieure ou d'un calendrier de procédure.

La décision du tribunal de la famille est susceptible d'appel ou d'opposition<sup>(281)</sup>. Outre ces voies de recours classiques, s'ouvre la possibilité de demander la modification ou la rétractation de l'ordonnance rendue (art. 1253*quater*, e), C. jud.)<sup>(282)</sup>. La loi n'impose pas de faire état de circonstances nouvelles<sup>(283)</sup>.

Certaines mesures, telle l'interdiction d'aliéner un bien (art. 1253*ter*/5, 4° C. jud.), doivent faire l'objet d'une publicité. En ce qui concerne les *immeubles*, l'ordonnance et, en cas d'urgence, la requête sont inscrites à la conservation des hypothèques en marge du dernier titre de propriété transcrit (art. 1253*sexies*, § 1<sup>er</sup>, al. 2, et 1253*septies*). En ce qui concerne les *meubles*, la loi prescrit la notification à l'époux défendeur des sanctions pénales liées à la violation d'une interdiction de disposer (art. 1253*sexies*, § 2 *jo.* art. 507 C. pén.) et la possibilité de faire opposition par huissier de justice entre les mains du défendeur ou d'un tiers pour lui signifier l'interdiction d'aliéner (art. 1253*septies*, al. 2).

### 3. Mesures

#### 1° Généralités

**362. Urgence : réputée ou présumée.** La distinction traditionnelle entre urgence et provisoire n'est plus de mise depuis la loi du 30 juillet 2013, car si les mesures provisoires sont légalement présumées urgentes, toutes les mesures urgentes ne sont plus de nature provisoire. Certaines décisions définitives peuvent être prises dans le circuit court des causes réputées urgentes.

Les notions d'urgence et de provisoire se déploient sur 3 concepts nouveaux qui déterminent la compétence matérielle et le mode de traitement des demandes :

1. Certaines causes/demandes sont *réputées urgentes* par la loi (art. 1253*ter*/4, § 2, 1° à 6° C. jud.). L'urgence présumée – sans possibilité de preuve contraire<sup>(284)</sup> – était auparavant le fondement de la compétence du président du tribunal de première instance pendant la procédure en divorce (art. 1280 anc. C. jud.).

(281) L'arrêt rendu en degré d'appel doit faire l'objet d'une signification (Cass., 22 novembre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 1148, *E.J.*, 1997, p. 52, note P. SENAEVE, *R. Cass.*, 1997, p. 261 (somm.), *Div. Act.*, 1997, p. 14).

(282) Voy. : J.P. Anderlecht, 1<sup>er</sup> octobre 1981, *J.J.P.*, 1981, p. 276.

(283) J.P. Saint-Gilles, 10 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1999, p. 825, *J.J.P.*, 1999, p. 263, note S. MOSSELMANS ; comp. : J.P. Saint-Nicolas, 18 avril 1989, *J.J.P.*, 1989, p. 314 ; *contra* : A. DUELZ, *Le droit du divorce*, p. 48, n° 58.

(284) D. PIRE, « La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse », *o.c.*, p. 186, n° 69.

La loi vise (1° à 6°) les demandes relatives :

1. aux résidences séparées ;
2. à l'autorité parentale ;
3. à l'hébergement des enfants ;
4. aux obligations alimentaires ;
5. aux droits de garde et de visite transfrontalières ;
6. aux autorisations de mariage et aux refus de cohabitation légale.

Quand la cause/demande est réputée urgente, les « mesures » ordonnées sont définitives<sup>(285)</sup> dans le sens où le juge s'y prononce *au fond*, mais sans préjudice d'une nouvelle décision *si* la mesure est par nature révisable, ce qui est le cas d'un grand nombre de causes réputées urgentes (ex. obligation alimentaire).

2. Sont également réputées urgentes les demandes de « *mesures provisoires ordonnées sur la base de l'article 1253ter/5* » (art. 1253ter/4, § 2, 7°). Par ce renvoi à une catégorie résiduaire identifiée par la nature de la mesure – provisoire, non définitive – le législateur permet au juge d'ordonner une mesure visée par l'article 1253ter/5 sans requérir la preuve de l'urgence (présumée) et *sans préjuger le fond*. Il peut donc modifier cette décision compte tenu d'informations complémentaires dont il ne disposait peut-être pas en raison de l'instruction en « circuit court »<sup>(286)</sup>. Exemplative et redondante, la loi vise :

1. l'hébergement (ex. organisation des vacances scolaires dans l'attente d'une décision au fond) ;
2. les pensions alimentaires (ex : pension provisionnelle sous réserve de plus ample information financière) ;
3. la fixation de résidences séparées ;
4. l'interdiction d'aliéner des biens, l'attribution de l'usage de biens ;
5. l'obligation de fournir caution par celui qui possède des biens mobiliers ;
6. utiliser les pouvoirs judiciaires conférés par l'article 221 du Code civil (délégation de sommes) ;

(285) J.-L. RENCHON, « Quelques problématiques des liquidations-partages », in *États généraux du droit de la famille*, Bruxelles/Limal, Bruylant/Anthemis, 2014, p. 173, n° 16 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « Les urgences et le provisoire dans le tribunal de la famille », *Le tribunal de la famille et de la jeunesse* (A.-Ch. VAN GYSEL éd.), Bruxelles, Larcier, 2013, p. 97.

(286) F. DEGUEL, « Le tribunal de la famille et de la jeunesse et les mesures provisoires à portée liquidative », in *Patrimonium 2014*, Bruges, die Keure, p. 141, n° 8.

7. fixer la résidence conjugale des époux en cas de désaccord.

À cela s'ajoute (art. 1253ter/5, al. 1<sup>er</sup>) comme réputée urgente une « mesure prise conformément à l'article 19, al. 2 du Code judiciaire », tendant à instruire la demande, régler un incident sur une mesure d'instruction ou... régler provisoirement la situation des parties.

3. Pour toute autre mesure, l'urgence doit être *invoquée et prouvée* par le demandeur (art. 1253ter/4, § 2) pour bénéficier du « référé familial ». À cette condition la cause sera traitée en circuit court.

Si le juge estime que la cause n'est pas urgente, il demeure saisi, mais la cause est renvoyée à une audience ordinaire et instruite dans des délais plus longs. L'urgence est définie comme dans le cadre de l'article 584 du Code judiciaire, en synthèse l'existence d'une voie de fait ou la menace actuelle d'un préjudice grave<sup>(287)</sup>.

**363. Durée de validité des mesures.** À présent et en règle, les mesures urgentes non limitées dans le temps par le juge conservent leur efficacité même après le divorce, sous réserve d'une modification en raison d'un élément nouveau (art. 1253ter/7, § 1<sup>er</sup> C. jud.)<sup>(288)</sup>.

Toutefois, les mesures *liées aux devoirs du mariage* sont caduques lorsque le divorce est prononcé et le jugement ou l'arrêt coulé en force de chose jugée, du fait de l'extinction des devoirs sous-jacents (ex. art. 213)<sup>(289)</sup>. Les mesures qui concernent les enfants subsistent, car les devoirs parentaux survivent au mariage.

Ainsi se dénoue la controverse sur la caducité des mesures patrimoniales dès le prononcé du divorce<sup>(290)</sup>. Les mesures relatives aux biens des époux survivent désormais au divorce jusqu'à décision différente des parties ou du juge, car la propriété survit au mariage<sup>(291)</sup>. Elles ne deviennent inutiles qu'après l'attribution définitive du bien qu'elles concernent<sup>(292)</sup>.

(287) A.-Ch. VAN GYSEL, « Les urgences et le provisoire dans le tribunal de la famille », *o.c.*, p. 105.

(288) A.-Ch. VAN GYSEL, « Les urgences et le provisoire dans le tribunal de la famille », *o.c.*, p. 102.

(289) À propos de l'art. 221 : Cass., 3 novembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 909, R.W., 1995-1996, p. 1294, *J.T.*, 1995, p. 236, *Div. Act.*, 1997, p. 24, note A.-Ch. VAN GYSEL.

(290) Voy. not. : Cass., 23 décembre 2010, *Pas.*, 2010, p. 3313, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 972, note J.-L. RENCHON, R.W., 2012-2013, p. 13 (somm.) ; J.P. Wavre (2<sup>e</sup> canton), 10 juillet 2009, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 119 ; J.-L. RENCHON, note sous Bruxelles, 8 avril 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 946. Pour une analyse approfondie : J.-L. RENCHON, « Les mesures relatives aux biens des époux », in *Divorce et aliments* (Y.-H. LELEU éd.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 169 et s., n<sup>os</sup> 39 et s.

(291) Voy. sur le droit transitoire de cette nouvelle règle : Gand, 21 mai 2015, *T. Fam.*, 2015, p. 162, note P. SENAËVE.

(292) A.-Ch. VAN GYSEL, « Les urgences et le provisoire dans le tribunal de la famille », *o.c.*, p. 103.

Pour réviser les mesures ordonnées, la jurisprudence exigeait que les circonstances aient changé<sup>(293)</sup> et que la demande de modification ne soit pas fondée sur un élément connu lors de la première demande et qui eût pu fonder un recours contre l'ordonnance<sup>(294)</sup>. La loi du 30 juillet 2013 définit les éléments nouveaux susceptibles d'entraîner la révision des mesures (art. 1253ter/7, § 1<sup>er</sup>, al. 2, C. jud.) :

- de manière générale, tout élément inconnu lors de la première demande ;
- en matière alimentaire, des circonstances nouvelles propres aux parties ou aux enfants susceptibles de modifier sensiblement leur situation ;
- en matière d'autorité parentale, d'hébergement ou de droit aux relations personnelles, des circonstances nouvelles qui sont susceptibles de modifier la situation des parties ou celle de l'enfant, à condition que l'intérêt de l'enfant justifie la révision des mesures.

**364. Choix des mesures. Division.** L'article 1253ter/5 du Code judiciaire énonce quelques mesures susceptibles d'être ordonnées par le tribunal relativement à la personne et aux biens des époux et à leurs enfants. Rien n'empêche le juge d'en décréter d'autres qui lui sembleraient adéquates, pour autant qu'on lui en fasse la demande (art. 1138, 2°, C. jud.)<sup>(295)</sup>.

Nous examinerons ci-après les mesures non patrimoniales<sup>(296)</sup> les plus fréquemment ordonnées, sans donner une analyse exhaustive de la jurisprudence, l'intérêt de la casuistique étant d'illustrer le potentiel de l'institution.

## 2° Séparation des époux

**365. Résidences séparées.** L'objet principal d'une demande fondée sur l'article 223<sup>(297)</sup> est la séparation physique des époux et l'imposition de résidences séparées<sup>(298)</sup>. L'intervention du tribunal est indispensable pour

(293) Cass., 17 juin 1999, *Pas.*, 1999, p. 914, *R. Cass.*, 2000, p. 182, *R.G.D.C.*, 2001, p. 52, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 628.

(294) Cass., 14 décembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 477, *J.L.M.B.*, 1990, p. 730.

(295) Cass., 13 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 313 ; J.P. Soignies, 29 mars 2002, *Div. Act.*, 2003, p. 27, note S. DESCHAMPS (recommander une procédure de règlement collectif de dettes) ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht, o.c.*, n° 1722 ; E. VIEUJEAN, « Les mesures urgentes et provisoires », *o.c.*, n° 291 ; *contra* : J.P. Saint-Gilles, 13 octobre 1981, *J.T.*, 1982, p. 362 ; W. PINTENS, J. DU MONGH, Ch. DECLERCK et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht, o.c.*, p. 123, n° 203.

(296) Pour les mesures patrimoniales : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 78 et s., n°s 54 et s.

(297) Les résidences sont séparées de plein droit dès l'introduction d'une procédure de divorce (*infra*, n° 476).

(298) Ex. : Anvers, 13 janvier 2004, *NjW*, 2004, p. 629, note SDR (incidences fiscales) ; J.P. Sint-Kwintens-Lennik, 15 septembre 1994, *R.W.*, 1996-1997, p. 329, *A.J.T.*, 1995-1996, p. 134, note

exonérer les époux du devoir de cohabitation (*supra*, n° 344) et utile pour les préserver d'éventuels harcèlements. Il ordonne généralement à l'un des époux de quitter le logement commun<sup>(299)</sup> à bref délai et lui interdit d'y retourner<sup>(300)</sup> ou de pénétrer dans la nouvelle résidence de son conjoint<sup>(301)</sup>, voire de s'approcher trop de lui<sup>(302)</sup>.

S'il faut départager les époux qui souhaitent tous deux se maintenir dans l'ancien logement, le tribunal tient compte de divers éléments, principalement les intérêts familiaux liés à l'éducation des enfants, accessoirement les intérêts professionnels d'un époux<sup>(303)</sup>, et très subsidiairement la propriété du logement ou la titularité du bail<sup>(304)</sup>.

**366. (suite) Attribution du logement à la victime de violences physiques émanant du conjoint.** Le tribunal perd une grande partie de ce pouvoir d'appréciation si le conjoint qui demande à résider seul dans le logement conjugal se plaint de violences émanant de l'autre (art. 1253*ter*15,

P. HOFSTRÖSSLER, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 232 (somm.). Comp. : J.P. Tournai, 20 décembre 2000, *Div. Act.*, 2002, p. 29 (maintien d'une cohabitation « pacifique » durant quelques semaines) ; J.P. Wavre, 29 avril 1991, *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 559 (délai donné à un mari alcoolique pour remédier à sa situation).

(299) Comp. : J.P. Westerlo, 5 octobre 2001, *J.J.P.*, 2004, p. 435.

(300) Comp. : Civ. Liège, 7 janvier 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 823 (autorisation de résider alternativement dans l'ancienne résidence conjugale).

(301) J.P. Westerlo, 22 janvier 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 548, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 174 (somm.) (astreinte).

(302) J.P. Grâce-Hollogne, 4 avril 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1743 ; A. DUELZ, *Le droit du divorce, o.c.*, p. 163, n° 215.

(303) Corr. Visé, 26 mai 1988, *J.J.P.*, 1989, p. 109 (étage professionnel attribué au mari, le reste à l'épouse avec les enfants).

(304) Les deux époux demeurent, le cas échéant solidairement, tenus des obligations liées au bail : J.P. Kruishoutem, 23 décembre 1998, *T.G.R.*, 1999, p. 3, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, pp. 497 et 503 (somm.) ; J.P. Sint-Kwintens-Lennik, 9 octobre 1989, *J.J.P.*, 1990, p. 124.

al. 3, C. jud.)<sup>(305)</sup>. Dès qu'il existe des indices sérieux<sup>(306)</sup> de tels comportements<sup>(307)</sup>, plus précisément ceux incriminés par les articles cités du Code pénal<sup>(308)</sup>, et plus encore si les faits sont avérés ou leur auteur est condamné, la jouissance du logement est acquise au conjoint victime. Cette attribution *en jouissance* concerne aussi bien l'immeuble détenu en propriété (personnelle, commune ou indivise) que celui loué (individuellement ou conjointement).

La loi permet aussi une attribution *en propriété* du logement commun dans le cadre de la liquidation-partage (art. 1447)<sup>(309)</sup> pour les mêmes causes, mais à condition que les faits soient établis<sup>(310)</sup>. Une loi

(305) Cette mesure avait d'abord été intégrée dans l'article 223 du Code civil par la loi du 28 janvier 2003, issue d'un plan d'action national du gouvernement fédéral contre la *violence à l'égard des femmes* ; elle apparaît comme un instrument de lutte contre la violence conjugale en tant que manifestation de l'inégalité entre les sexes (sur l'ensemble de la problématique, non exclusivement sous l'angle juridique : A. BOAS et J. LAMBERT (éd.), *La violence conjugale. Partnergeweld*, Bruxelles, Bruylant, 2004). Cette loi intervient en complément, sur le plan civil, de l'art. 410 C. pén. qui érige en *circonstance aggravante* les infractions pénales de coups et blessures lorsqu'elles sont dirigées contre un époux. Bibliographie : J.-E. BEERNAERT, « Premier commentaire de la loi du 28 janvier 2003 », *Div. Act.*, 2003, p. 35 et « La loi du 28 janvier 2003 : premières décisions jurisprudentielles », *Div. Act.*, 2004, p. 11 ; A. BOUCHÉ, « Les nouvelles conséquences civiles et pénales des violences physiques exercées sur le conjoint ou le cohabitant par son partenaire », *J.T.*, 2003, p. 462 ; E. BREMS, « De specifieke Belgische wetgeving inzake partnergeweld », in *La violence conjugale. Partnergeweld* (A. BOAS et J. LAMBERT éd.), Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 191 ; F. DHONT, « De Belgische wetgeving betreffende de bestrijding van partnergeweld », in *La violence conjugale. Partnergeweld* (A. BOAS et J. LAMBERT éd.), Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 161 ; G. HIERNAUX, « Le divorce et la séparation de corps », in J.-P. MASSON, G. HIERNAUX, N. GALLUS, N. MASSAGER, J.-Ch. BROUWERS et S. DEGRAVE, *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence (1999-2004)*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 245-246, n° 223 ; Y.-H. LELEU, « L'attribution du logement familial en cas de violences conjugales », in *Actualité législative en droit immobilier (2001-2003)*, Liège, Faculté de droit, 2004, p. 31 ; D. PIRE, « Logement familial et violences conjugales », *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 521 ; E. VAN GOUDSENHOVEN, « Gewelddaden en mishandelingen, 'zero tolerance' door de echtscheidingsrechter », *R.A.B.G.*, 2007, pp. 157-159 ; H. VANBOCKRIJCK, « De wet van 28 januari 2003 tot toewijzing van de gezinswoning aan de echtgenoot of aan de wettelijk samenwonende die het slachtoffer is van fysieke gewelddaden vanwege zijn partner en tot aanvulling van artikel 410 SW. », *E.J.*, 2003, p. 86 et « De wet tot toewijzing van de gezinswoning en tot verzwaring van de strafsancities bij partnergeweld », in *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003* (P. SENAËVE et F. SWENNEN éd.), Anvers, Intersentia, 2003, p. 331 ; A. VERBEKE, *Knelpunten Familiaal Vermogensrecht 2003*, Gand, Larcier, 2003, pp. 69-79 ; G. VERSCHULDEN, « Preferentiële toewijzing van gezinswoning aan het slachtoffer van partnergeweld », *T.V.W.*, 2003, p. 143.

(306) Le principe « le criminel tient le civil en état » ne s'applique pas et la décision du tribunal de la famille n'aura aucune incidence sur un éventuel procès pénal (J.P. Bruges, 30 mai 2005, *T.G.R.*, 2005, p. 171).

(307) Ce critère risque d'alourdir la charge de travail du juge du provisoire (J.-E. BEERNAERT, « Premier commentaire de la loi du 28 janvier 2003 », *Div. Act.*, 2003, p. 36).

(308) Fait visé aux art. 375, 398 à 400, 402, 403 ou 405 C. pén. ; tentative de commettre un fait visé aux art. 375, 393, 394 ou 397 C. pén. Les violences doivent être graves mais un seul fait suffit : Mons, 29 juin 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1109, note J.-L. R. ; Liège, 3 février 2004, *J.T.*, 2004, p. 482 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 1674 ; J.P. Fontaine-L'Évêque, 7 décembre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1159, *J.J.P.*, 2007, p. 325. Comp. : J.P. Bruges, 30 mai 2005, *T.G.R.*, 2005, p. 171.

(309) Pour une critique de la restriction du champ d'application de la loi aux époux communs en biens au regard du principe d'égalité des Belges devant la loi : Y.-H. LELEU, « L'attribution du logement familial en cas de violences conjugales », *o.c.*, p. 32. Dans le même sens : A.-Ch. VAN GYSEL, *Précis de droit des personnes et de la famille*, *o.c.*, p. 141.

(310) Soit par une *condamnation pénale*, soit par un *divorce* prononcé sur cette base.

du 15 décembre 2012 relative à l'interdiction temporaire de résidence complète l'arsenal du tribunal en permettant également d'attribuer la jouissance du logement au conjoint victime (art. 572bis, 11°, C. jud.).

L'objectif du législateur est louable au nom de la protection du conjoint victime et, plus largement, de l'égalité entre hommes et femmes. La loi anticipe une caractéristique commune à plusieurs droits étrangers ayant objectivé le droit du divorce : une des seules fautes encore pertinentes est celle, certainement la moins excusable, de la violence<sup>(311)</sup>. Néanmoins, l'attribution obtenue sur la base d'indices, mêmes sérieux, pourrait donner un avantage procédural à l'époux victime dans une procédure ultérieure de divorce. Les violences morales et psychologiques ne sont, à tort, pas visées<sup>(312)</sup> mais la répression du harcèlement s'améliore (*supra*, n° 145).

Des « circonstances exceptionnelles » permettent au tribunal de rejeter la demande<sup>(313)</sup> en motivant sa décision (ex. : mésentente grave ou séparation installée depuis longtemps<sup>(314)</sup>, situation des enfants, intérêts professionnels<sup>(315)</sup>, comportements de la victime<sup>(316)</sup>, réconciliation<sup>(317)</sup>, etc.). Il veillera à ne pas vider la protection de sa substance par une interprétation trop souple de cette notion<sup>(318)</sup>, surtout lorsque les circonstances ont poussé l'époux victime à quitter le logement avant de souhaiter y revenir.

La loi ne se préoccupe pas des aspects financiers de l'occupation provisoire. Le conjoint victime n'est dispensé ni d'indemnité d'occupation ni de soulte. Le tribunal y sera attentif pour ne pas appliquer ces mesures à son détriment.

(311) Ex., en France : art. 220-1, al. 3, C. civ., réd. L. du 26 mai 2004. Comp. : A.-Ch. VAN GYSEL, *Précis de droit des personnes et de la famille, o.c.*, pp. 140-142.

(312) Liège, 3 février 2004, *J.T.*, 2004, p. 482 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 1674 ; J.P. Fontaine-l'Évêque, 8 décembre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1122, *J.J.P.*, 2007, p. 330 (motifs).

(313) Il n'en va pas de même en matière de pension alimentaire après divorce (art. 301, § 2 ; *infra*, n° 489). La Cour constitutionnelle n'a pas jugé cette différence discriminatoire (C. const., 7 mai 2015, R.W., 2014-2015, p. 1639).

(314) Liège, 6 janvier 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 654 ; Liège, 24 juin 2003, *J.T.*, 2003, p. 860, note, *Div. Act.*, 2004, p. 7, note J.-E. BEERNAERT, *J.L.M.B.*, 2004, p. 213. Pour une critique, principalement de la prise en considération du départ volontaire de l'époux victime comme circonstance de rejet : Y.-H. LELEU, « L'attribution du logement familial en cas de violences conjugales », *o.c.*, p. 35.

(315) J.P. Bruges, 30 mai 2005, *T.G.R.*, 2005, p. 171 (époux y exerce son commerce). Comp. : Mons, 29 juin 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1109, note J.-L. R. (refus de considérer les possibles difficultés de gestion de l'épouse, alléguées par l'époux violent, d'une co-exploitation agricole).

(316) Liège, 24 juin 2003, *Div. Act.*, 2004, p. 4, note J.-E. BEERNAERT (faits commis par l'épouse à un moment où elle avait perdu le contrôle de ses actes) ; Civ. Nivelles (réf.), 16 décembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 624 (coresponsabilité dans l'empoignade) ; rappr. : art. 71 C. pén.

(317) Bruxelles, 8 mai 2003, *E.J.*, 2004, p. 38, note, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 777 (somm.).

(318) D. PIRE, « Logement familial et violences conjugales », *o.c.*, pp. 534-535, n° 22.

### 3° Pension alimentaire entre époux

**367. Devoir de secours et incidence de la faute.** La suspension du devoir de cohabitation laisse subsister le devoir de secours. Le tribunal de la famille est compétent pour allouer une pension alimentaire ou une délégation de sommes à l'époux qui subit une diminution de son niveau de vie<sup>(319)</sup> *sans considération de l'imputabilité de la séparation de fait*, pourvu que ce soit à titre provisoire<sup>(320)</sup>. Il a paru logique que les torts n'interviennent pas dans l'organisation de la vie séparée des époux, et opportun d'épargner au juge un examen d'éléments trop subjectifs dans une procédure urgente.

À bon escient, la jurisprudence et la doctrine ont moralisé quelque peu l'institution en invitant les juges à examiner les comportements des époux, non dans la perspective d'un divorce (pour désunion irrémédiable prouvée), mais pour apprécier l'opportunité des subsides. Ainsi la Cour de cassation autorise-t-elle le juge à retenir des éléments de fait tels qu'une faute dans le chef de l'époux demandeur d'aliments<sup>(321)</sup>. Certains auteurs soutiennent que la dispense d'appréciation des torts n'est admissible que pour octroyer une mesure alimentaire temporaire<sup>(322)</sup>.

Depuis la modification de l'article 221, alinéa 2, par la loi du 30 juillet 2013, il ne fait nul doute que la preuve, par le demandeur en secours, d'un comportement fautif du débiteur n'est plus exigée. L'ancienne distinction selon que la séparation des époux était ou non la suite d'une décision judiciaire (demande fondée sur les anciens articles 223 C. civ. ou 1280 C. jud.) doit donc être abandonnée. Cette modification législative n'empêche cependant pas le tribunal de tenir compte des comportements fautifs des époux lors de l'appréciation de la demande, de sorte que la jurisprudence et la doctrine précitées conservent, dans cette mesure, leur pertinence<sup>(323)</sup>.

(319) Sur la détermination du montant de la provision alimentaire : *infra*, n° 479.

(320) Jurisprudence constante de la Cour de cassation depuis l'arrêt du 28 novembre 1986 (*Pas.*, 1987, I, p. 395, *Rev. trim. dr. fam.*, 1987, p. 318, note J.-L. RENCHON, *Rev. not. belge*, 1987, p. 543, note V. POULEAU, *J.L.M.B.*, 1987, p. 211, obs. Chr. PANIER, *J.T.*, 1987, p. 464, *J.J.P.*, 1987, p. 133, *R.C.J.B.*, 1989, p. 287, note M.-F. LAMPE).

(321) Cass., 5 juin 2014, *R.A.B.G.*, 2015, p. 251 ; Cass., 21 janvier 1999, *Pas.*, 1999, p. 78, *J.T.*, 1999, p. 697, *R. Cass.*, 1999, p. 223 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 625, *R.W.*, 2000-2001, p. 1180 (adultère de l'épouse). Application : Liège, 4 décembre 2000, *J.T.*, 2001, p. 388 (somm.), *J.L.M.B.*, 2002, p. 658. Déjà en ce sens : Civ. Mons, 12 octobre 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1482, obs. Chr. P. ; Civ. Louvain, 9 février 1994, *R.G.D.C.*, 1995, p. 139, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 742 ; Civ. Mons, 12 octobre 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1482, obs. Chr. P. La jurisprudence étend ce raisonnement aux mesures provisoires durant l'instance en divorce (*infra*, n° 478).

(322) P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 1708-1711.

(323) Pour plus de détails : J. LARUELLE, « L'incidence de la faute et des violences conjugales sur le devoir de secours au regard de la loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse », o.c., p. 86.

Notons qu'en aucun cas la délégation de sommes ne pourra être accordée au demandeur d'aliments reconnu *coupable* de (tentative de) violences conjugales contre le conjoint débiteur (art. 221, al. 3).

#### 4. Mesures relatives aux enfants

**368. Renvoi.** Les mesures urgentes et provisoires peuvent concerner les enfants, en principe seulement ceux du couple<sup>(324)</sup>, mais la jurisprudence s'autorise à ordonner des mesures concernant des enfants d'un seul époux<sup>(325)</sup>. Elles portent aussi bien sur l'autorité parentale que sur la contribution à l'entretien, l'éducation et la formation des enfants.

Ces mesures continuent de produire leurs effets après le divorce tant qu'elles ne sont pas révisées par une nouvelle décision (*supra*, n° 363 et *infra*, n° 769). Pour éviter les redites et parce que le statut juridique du couple n'a pas d'incidence sur les relations parentales, nous renvoyons le lecteur aux développements consacrés ultérieurement à ces matières (*infra*, n°s 747 et 786).

#### 5. Mesures patrimoniales

**369. Restrictions. I. Interdiction de mesures définitives.** Le tribunal doit faire preuve de retenue dans l'ordonnance de mesures patrimoniales pour ne pas créer des situations irréversibles. Il déploie sa compétence dans le domaine du provisoire ou de la jouissance des droits, en prononçant des mesures d'interdiction ou de blocage. Plus fondamentalement, le tribunal veille à ce stade à ne pas interférer dans la liquidation du régime matrimonial, subordonnée à la dissolution du mariage et dévolue à la compétence exclusive du notaire et du juge liquidateur. Ainsi ne peut-il modifier la *composition des patrimoines* définie par le régime matrimonial secondaire, par exemple en décrétant que les revenus perçus ou les dettes contractées par un époux lui seraient propres. Il ne peut pas non plus modifier le régime de l'*indivision post-communautaire*, régie par le droit commun de l'indivision, par exemple en dispensant à titre définitif l'occupant du logement commun de payer une indemnité d'occupation.

Les dispositions du *régime matrimonial primaire* produisent leurs effets jusqu'à la dissolution du mariage. Certaines sont toutefois affectées par la séparation des époux. Ainsi la protection du logement familial (art. 215) subsiste en principe, mais sur un seul logement en cas de domiciles séparés et pas nécessairement pendant toute la durée de la

(324) Comp. : art. 1479, al. 1<sup>er</sup>, en matière de cohabitation légale (*infra*, n° 412).

(325) Civ. Turnhout, 6 avril 2009, *T. Fam.*, 2009, p. 117, note S. EGGERMONT ; J.P. Westerlo, 16 juin 2008, R.W., 2008-2009, p. 847, *NjW*, 2008, p. 650, note G.V., *T. Fam.*, 2009, p. 113.

séparation. Le pouvoir exclusif de gestion des comptes bancaires personnels et des coffres (art. 218) subsiste également, sous réserve d'éventuelles mesures temporaires de blocage. La solidarité pour les dettes ménagères (art. 222) est plus sensible à la séparation : elle disparaît en l'absence d'un ménage, sans que cette situation puisse être opposée aux tiers (créanciers) de bonne foi<sup>(326)</sup>.

**370. (suite) 2. Autonomie professionnelle.** Tant la liberté individuelle que la préservation des moyens de subsistance des « futurs ex-époux », les intérêts des tiers et les règles de fonctionnement des personnes morales appellent le tribunal à la prudence lorsqu'il est sollicité pour interférer dans la sphère professionnelle des époux.

Si l'activité professionnelle est exercée dans le cadre d'une *société*, la personnalité morale de celle-ci empêche en principe toute immixtion à l'initiative de l'autre époux, même à titre provisoire<sup>(327)</sup>. On sait pourtant que l'époux actionnaire majoritaire et/ou administrateur d'une société support de son activité professionnelle peut tenir en échec certaines règles du régime matrimonial<sup>(328)</sup> ou réduire sa capacité d'exécution du devoir de secours<sup>(329)</sup>. En matière alimentaire, la jurisprudence récente est légitimement audacieuse face à cette forme d'organisation d'insolvabilité (*infra*, nos 495-1 et 496). Elle s'autorise en outre quelques incursions dans le patrimoine social, et nous l'approuvons<sup>(330)</sup>. Et comme le tribunal est compétent pour organiser – au provisoire – la gestion des éléments du patrimoine conjugal, il pourra, dans le cas qui nous retient, modaliser la

(326) Pour plus de détails : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 77, n° 52 et le traitement des diverses institutions du régime primaire citées au texte.

(327) Cass., 19 février 1999, R.W., 1999-2000, p. 994, E.J., 2000, p. 116, note B. WAÛTERS (incompétence à l'égard d'un véhicule appartenant à une société) ; Cass., 25 avril 1985, Pas., 1985, I, p. 1048, Rev. prat. soc., 1986, p. 124, note D. MOUGENOT, Rev. trim. dr. fam., 1986, p. 188, R.W., 1985-1986, col. 2623 (incompétence à autoriser l'épouse à exploiter seule un salon de coiffure dépendant d'une S.P.R.L. dont les deux époux étaient actionnaires majoritaires). Dans le même sens : J.P. Tielt, 24 avril 1986, Rev. prat. soc., 1987, p. 145, R.W., 1986-1987, col. 1563, note C.D.B. ; J.P. Zelzate, 23 septembre 2003, NjW, 2004, p. 348, note GV (désignation d'un séquestre sur le registre des actions et l'exploitation commerciale de la société) ; J.P. Aalst, 30 avril 1982, R.W., 1982-1983, col. 1474, note C. DE BUSSCHERE (inventaire du patrimoine d'une S.P.R.L.). B. WAÛTERS, *Aandelen en echtscheiding*, Anvers, Maklu, 2000, p. 259, n° 317 et pp. 332-333, nos 408-410. Sur l'application de l'art. 1253quinquies C. jud. (demande d'informations à une société) et 1388 C. jud. (ex. : imposition à la société d'un paiement) : W. PINTENS, J. DU MONGH, Ch. DECLERCK et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht, o.c.*, p. 125, n° 207.

(328) Ex. : art. 215 (protection du logement familial) ; Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1982 à 1996) – Les régimes matrimoniaux », pp. 53-55, n° 2. *Contra* : Civ. Malines, 5 octobre 1992, R.W., 1995-1996, p. 884, note B. VAN DER MEERSCH, T.R.V., 1994, p. 462, note.

(329) Y.-H. LELEU et S. LOUIS, *Sociétés et régime matrimonial de communauté*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 109, n° 179.

(330) *Contra* : Mons, 29 juin 2004, Rev. trim. dr. fam., 2005, p. 1109, note J.-L. R. Voy. ; Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997 à 2005) – Les régimes matrimoniaux », R.C.J.B., 2006, pp. 808-810, n° 18.

jouissance ou la gestion des droits patrimoniaux et sociaux attachés aux parts de société dont les époux sont titulaires.

Si l'activité professionnelle est exercée en qualité de *personne physique*, confier à l'un des époux la poursuite de la profession commune ou de celle de l'autre contrarie plusieurs des principes exposés, dont celui du respect de l'autonomie professionnelle<sup>(331)</sup>. De nombreuses professions sont en outre soumises à une réglementation d'accès empêchant tout transfert d'exploitation<sup>(332)</sup>. S'agissant d'une activité commerciale reposant sur un fonds de commerce, il serait artificiel d'arguer de la nature mobilière du fonds pour autoriser sans nuances le tribunal à en régler provisoirement la gestion<sup>(333)</sup>.

**371. Gestion et usage de biens. Avoirs financiers.** La loi permet au tribunal d'interdire à l'un des époux, pour la durée qu'il détermine, d'aliéner, d'hypothéquer ou de donner en gage des biens meubles ou immeubles, propres ou communs, sans l'accord de l'autre<sup>(334)</sup>, et d'interdire le déplacement des meubles ou d'en attribuer l'usage personnel à l'un ou l'autre des époux<sup>(335)</sup> (art. 1253<sup>ter</sup>/5, 4° C. jud.). Parce que la procédure est contradictoire (art. 1253<sup>ter</sup>/4, § 2), le demandeur peut, en cas d'urgence, obtenir avant dire droit l'autorisation de faire inscrire sa demande en marge du dernier titre d'acquisition transcrit des biens visés par sa demande, ou l'autorisation de faire opposition entre les mains de son conjoint ou d'un tiers (art. 1253<sup>septies</sup>)<sup>(336)</sup>. Ces mesures perturbent le régime matrimonial, mais ne modifient pas irréversiblement la titularité des droits et ne peuvent être ultérieurement considérées comme constitutives d'un partage partiel.

La loi impose au tribunal de limiter dans le temps les interdictions d'aliéner, mais non les interdictions de déplacer ou les autorisations d'usage exclusif. Elle l'autorise à intervenir tant à l'égard des biens

(331) J.P. Grâce-Hollogne, 4 avril 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1743 ; *contra*, à tort : J.P. Saint-Gilles, 9 novembre 1999, *Div. Act.*, 2002, p. 81, note F. GODEFROID.

(332) *Contra* : J.P. Ciney, 28 juin 1978, *Rev. trim. dr. fam.*, 1979, p. 193, *J.J.P.*, 1979, p. 103, note J.-L. VANSTRAELEN, *J.L.*, 1978-1979, p. 46, *Rev. trim. dr. fam.*, 1979, p. 193 (pharmacie).

(333) Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1982 à 1996) – Les régimes matrimoniaux », *o.c.*, p. 95, n° 28 ; E. VIEUJEAN, « Examen de jurisprudence (1976 à 1983) – Les personnes », *R.C.J.B.*, 1989, p. 646-647 ; *contra* : W. PINTENS et N. SINTOBIN, « De maatregelen aangaande het vermogen van de echtgenoten », in *Voorlopige maatregelen tussen echtgenoten (Art. 223 B.W. en Art. 1280 Ger. W.)* (P. SENAËVE éd.), Louvain, Acco, 1989, pp. 253-256 ; W. PINTENS, J. DU MONGH, Ch. DELCERCK et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht, o.c.*, p. 140, n° 233.

(334) Ex. : J.P. Tielt, 21 novembre 1980, *Rev. trim. dr. fam.*, 1982, p. 217, *T. Not.*, 1981, p. 341.

(335) Ex. : J.P. Saint-Gilles, 1<sup>er</sup> décembre 1988, *J.J.P.*, 1989, p. 95 ; J.P. Aalst, 30 avril 1982, *R.W.*, 1982-1983, col. 1474, note C. DE BUSSCHERE (véhicule) ; J.P. Huy, 7 mai 1981, *J.L.*, 1981, p. 334, note Chr. PANIER (animal de compagnie).

(336) Sur le déroulé de la procédure : F. Swennen, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 342, n° 575.

communs ou indivis que des biens propres ou personnels<sup>(337)</sup>. Le tribunal peut aussi affecter les droits de tiers qu'il contraint ou interdire de restituer un bien ou de payer une somme d'argent à un époux<sup>(338)</sup>, et imposer à l'époux à qui il confie des biens de fournir caution (art. 1253*ter*/5, 5° C. jud.).

Plus particulièrement en ce qui concerne les avoirs bancaires, le tribunal pourrait imposer la gestion conjointe d'un compte géré concurremment, le blocage d'un compte<sup>(339)</sup> ou d'un coffre personnels, la désignation d'un séquestre<sup>(340)</sup>, *etc.*, et contraindre les établissements financiers à lui fournir les indications utiles à cet effet (art. 1253*quinquies* C. jud.).

Les mesures de publicité afférentes à ces mesures ont été exposées précédemment (*supra*, n° 361).

**372. Apposition de scellés et inventaire.** L'apposition de scellés<sup>(341)</sup> et la prescription d'un inventaire<sup>(342)</sup> accompagnent les interdictions de disposer et préservent les droits des parties dans le partage qui s'annonce. Ces mesures ont suscité des controverses quant à leur admissibilité hors procédure de divorce et leur applicabilité à tous les biens du patrimoine conjugal<sup>(343)</sup>.

En principe, l'article 223 du Code civil et les dispositions auxquelles il renvoie fournissent une base autonome à l'*apposition de scellés*, de sorte que les conditions plus restrictives des articles 1148 et 1282 du Code judiciaire (procédure de divorce, biens communs ou indivis) ne limitent pas la compétence du tribunal de la famille statuant en référé<sup>(344)</sup>. Toutefois, le caractère contradictoire de la procédure fondée sur l'article 223 prive

(337) Liège, 25 janvier 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1725.

(338) J.P. Courtrai, 21 août 1978, *R.W.*, 1978-1979, col. 2680, note J.-L. VANSTRALEN.

(339) J.P. Berchem, 6 septembre 1979, *R.W.*, 1979-1980, col. 2264, note J.P. Une demande d'interdiction d'aliéner les meubles, sans référence explicite aux avoirs bancaires, ne suffit pas (Y.-H. LELEU et I. STAQUET, « Les comptes en banque et coffres-forts », n° 143).

(340) Civ. Liège (réf.), 18 décembre 1992, *Rev. trim. dr. fam.*, 1993, p. 483 (sur la base de l'ancien art. 1280 C. jud.). V. ALLAERTS, « Primair huwelijksvermogensstelsel », in *Patrimonium 2007* (W. PINTENS et J. DU MONGH éd.), Anvers, Intersentia, 2007, p. 12, n° 13 ; C. CUISINIER, « Dix écueils en matière d'inventaire », *Rev. not. belge*, 2007, p. 548.

(341) Voy. not. : A. ALEXANDRE, « Les scellés », in *Chroniques notariales* (Y.-H. LELEU coord.), vol. 46, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 120 et s. ; Chr. CAPITAINE, « L'apposition des scellés : pour une indispensable réforme d'une procédure d'un autre âge », in *Liber amicorum Paul Delnoy* (Chr. BQUET-MATHIEU e.a. éd.), Bruxelles, Larcier, 2005, p. 827 ; G. MAHIEU, « Scellés », *Rép. not.*, t. XIII, l. I/1, Bruxelles, Larcier, 1985.

(342) C. CUISINIER, « Dix écueils en matière d'inventaire », *o.c.*, pp. 548 et s. ; Th. VAN SINAY, « Enkele actuele topics inzake boedelbeschrijving », *T. Not.*, 2005, pp. 239 et s.

(343) Voy. : G. de LEVAL, « Art. 1282 C. jud. », in *Droit judiciaire de la famille*, Bruges, La Charte, feuillets mobiles, pp. 3 et 4 ; G. MAHIEU, « De l'apposition et de la levée des scellés », *Rép. not.*, t. XIII, l. I/2, Bruxelles, Larcier, 1985, n° 3-1 ; A. VERBEKE, « De noodzaak aan belangenafweging bij verzegeeling. Toepassing van het nieuwe artikel 1282 Ger.W. en van artikel 1174 Ger.W. », *J.J.P.*, 1995, p. 218 ; A. VERBEKE, « Verzegeling enkel mogelijk ten aanzien van onverdeelde boedel », *E.J.*, 1996, p. 114.

(344) F. SWENNEN, *Het personen- en familiericht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 341, n° 573.

le demandeur de l'avantage lié à l'effet de surprise. Il faut donc admettre que le tribunal puisse être saisi par requête unilatérale sur la base des articles 1148 et 1282 du Code judiciaire en considérant que la condition d'intérêt sérieux est remplie dans un contexte de mesures urgentes et provisoires<sup>(345)</sup>, et que la mesure porte tant sur des biens communs ou indivis que sur des biens propres ou personnels<sup>(346)</sup>.

Quant à l'*inventaire*, il accompagne certainement la levée des scellés, mais peut également être ordonné en tant que mesure isolée sur requête unilatérale et sur la base autonome de l'article 1177 du Code judiciaire<sup>(347)</sup>.

La Cour de cassation a mis fin à la controverse relative à son domaine : il peut englober tout le patrimoine conjugal<sup>(348)</sup>.

(345) En ce sens : J. GERLO, *Huwelijksvermogensrecht*, Bruges, die Keure, 2001, p. 98, n° 173 ; *contra* : Civ. Mons, 10 septembre 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 364, note J.-L. RENCHON ; J.P. Roeselare, 10 février 1995, *J.J.P.*, 1995, p. 242.

(346) Arg. tiré de la jurisprudence de la Cour de cassation relative au domaine d'application de l'inventaire, citée ci-après ; A. VERBEKE, « Verzegeling enkel mogelijk ten aanzien van onverdeelde boedel », *o.c.*, p. 114 ; H. CASMAN, « Les mesures conservatoires », *Div. Act.*, 2005, p. 85.

(347) Ici aussi, nous pensons que la formulation de l'article 1177 du Code judiciaire, qui vise la compétence du juge de paix, ne fait pas obstacle à la compétence du tribunal de la famille siégeant dans le cadre des mesures urgentes et/ou provisoires.

(348) Cass., 15 juin 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1076, obs. R. BOURSEAU, *Div. Act.*, 2000, p. 8, *T. Not.*, 2001, p. 260, note R. Cass., 2000, p. 304, note Th. VAN SINAY ; Cass., 26 janvier 1999, *R.W.*, 1999-2000, p. 1231, note S. VAN OVERBEKE ; Cass., 31 janvier 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 154, *R.W.*, 1997-1998, p. 581, *Div. Act.*, 1997, p. 143 (art. 1280 C. jud.). Dans le même sens : J.P. Wavre, 22 novembre 2004, *Div. Act.*, 2007, p. 13, note D. CARRÉ ; D. CARRÉ, « L'étendue d'une mesure d'inventaire concernant des époux en instance de divorce », *Div. Act.*, 2007, pp. 16-19 ; A. VERBEKE, « Verzegeling enkel mogelijk ten aanzien van onverdeelde boedel », *o.c.*, pp. 115-116, n°s 9-13 ; *contra* : W. PINTENS, J. DU MONGH, Ch. DECLERCK et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, *o.c.*, p. 270, n° 497.



## CHAPITRE 2



# L'UNION LIBRE

**373. Bibliographie.** L. BARNICH, « Union libre et cohabitation légale. Questions de droit international privé », in *Mélanges offerts à Roland De Valkeneer*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 1 ; S. BRAT et A.-Ch. VAN GYSEL, « La copropriété et l'union libre. Les rapports des concubins entre parties et avec les tiers », in *Les copropriétés*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 299 ; S. BRAT et A.-Ch. VAN GYSEL, « Les relations personnelles entre les concubins en droit civil », *J.T.*, 1998, p. 297 ; H. CASMAN, « Vereffening-verdeling na beëindiging van de relatie tussen ongehuwde samenwoners », in *Familie op maat – Famille sur mesure* (F.R.N.B. éd.), Malines, Kluwer, 2005, p. 345 ; Ph. DE PAGE et A. CULOT (éd.), *Cohabitation légale et cohabitation de fait. Aspects civils et fiscaux*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008 ; V. DEHALLEUX, « La répétition de la contribution *excessive* aux charges du ménage : proposition d'une nouvelle issue aux conflits entre cohabitants de fait », *R.G.D.C.*, 2009, p. 144 ; V. DEHALLEUX, « Le régime patrimonial des couples non mariés », in *Chroniques notariales* (Y.-H. LELEU coord.), vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 265 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », in *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, p. 281 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Propos hétérodoxes sur les familles naturelles », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 67 ; P. DELNOY (éd.), *Le couple sous toutes ses formes. Mariage – cohabitation légale – cohabitation de fait*, Limal, Anthemis, 2013 ; O. DE SCHUTTER, « Homosexualité. Discours. Droit », *R.I.E.J.*, 1993, p. 83 ; S. EGGERMONT, « De afwikkeling van de samenwoningsrelatie », in *De beëindiging van de tweerelatie* (P. SENAEVE e.a. éd.), Anvers, Intersentia, 2012, p. 253 ; C. FORDER et A. VERBEKE (éd.), *Gehuud of niet : maakt iets uit ?*, Antwerpen/Groningen, Intersentia, 2005 ; B. GENNART et L. TAYMANS, « La théorie de l'enrichissement sans cause appliquée aux comptes entre ex-époux séparés de biens ou entre ex-concubins », *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 615 ; J. GERLO, « Het familierecht in het zicht van het jaar 2000 », in *Liber Amicorum Gustaaf Baeteman*, Anvers, Kluwer, 1997, p. 119 ; A. HEYVAERT, « Gehuwd ? Och ja, inderdaad die wonen samen. De vervanging van het huwelijk door de samenwoning als scharnier van het gezinsrecht », in *Liber amicorum Roger Dillemans*, Anvers, Kluwer, 1997, p. 157 ; A. HEYVAERT, « Civielrechtelijke aspecten van gezinnen zonder huwelijk », *T.P.R.*, 1985, p. 21 ; A. HUGÉ, « Union libre, cohabitation légale et mariage : comparaison pratique », in *La famille dans tous ses états. Première évaluation des récentes réformes législatives*, Liège, éd. Jeune Barreau, 2008, p. 7 ; Y.-H. LELEU, « Du droit des régimes matrimoniaux au droit patrimonial du couple », *J.T.*, 2004, p. 310 ; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Mariages et concubinages ou les sens et contresens de l'Histoire », in *La personne, la famille et le droit. 1968-1998. Trois décennies de mutations en occident*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1999 ; K. RAES (éd.), *Liefde's onrecht. Het onmogelijke huwelijk tussen liefde en recht*, Gand, Mys & Breesch, 1998 ; C. RÉMON, « Le concubinage (chronique de jurisprudence de 1976 à 1981) », *Rev. not. belge*, 1982, p. 494 ; J.-L. RENCHON

et F. TAINMONT (éd.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia/Bruylant, 2000 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Les concubinages : mise à jour », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 389 ; P. SENAËVE (éd.), *Concubinaat. De buitenhuwelijkse tweerelatie*, Louvain, Acco, 1992 ; P. SENAËVE, « Van concubinaat naar wettelijke samenwoning en verder », in *Vigilantibus ius scriptum. Feestbundel voor Hugo Vandenberghe*, Bruges, die Keure, 2007, p. 275 ; P. SENAËVE, « De rechtspraak van het Arbitragehof aangaande de ongelijke behandeling van de diverse samenlevingsvormen », in *Liber Amicorum Christian De Wulf*, Bruges, die Keure, 2003, p. 185 ; P. SENAËVE, « De onderhoudsverplichting tussen wettelijk samenwonenden en tussen concubinerenden », in *Onderhoudsgelden* (P. SENAËVE éd.), Louvain, Acco, 2001, p. 153 ; P. SENAËVE, « Beschouwingen rondom huwelijk, homoseksualiteit en institutionalisering van tweerelaties op de drempel van de 21ste eeuw », in *Liber Amicorum Jan M. Broekman*, Louvain, Peeters, 1996, p. 313 ; P. SENAËVE et E. COENE, *Geregistreerd partnerschap*, Anvers, Maklu, 1998 ; J.-F. TAYMANS, « Les cohabitants : quelles limites à la liberté des conventions ? », in *Le défi du notaire. Entre liberté et contraintes normatives* (F.R.N.B. éd.), Bruxelles, Larcier, 2011, p. 131 ; H. VANDENBERGHE, *De juridische betekenis van het concubinaat*, Gand, E. Story-Scientia, 1970 ; E. VAN DER VEEN et A. MATTIJSEN, « Homoseksualiteit en mensenrechten in Europa », *Ars Aequi*, 1990, p. 535 ; M.J.A. VAN MOURIK, « Geregistreerd partnerschap ! », *W.P.N.R.*, 1997, p. 225 ; L. VAN ZEIR, « Concubinaat en successierechten », *T.F.R.*, 1994, p. 291 ; A. VERBEKE, « Naar een billijk relatie-vermogensrecht », *T.P.R.*, 2001, p. 373 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, « Le ménage de fait », *R.P.D.B.*, compl. t. VIII, Bruxelles, Bruylant, 1995 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Les effets civils de la vie commune en dehors du mariage*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 1986 ; A. WEYEMBERGH, « Les nouvelles formes de vie commune et leur impact sur le regroupement familial », *Rev. dr. étr.*, 2000, n<sup>o</sup> 107, p. 6.

## SECTION I Généralités

**374. Notion. Statut de l'union libre.** L'union libre retient notre attention lorsqu'elle est le statut d'un couple, homme(s) et femme(s) liés par une relation affective. Relèvent aussi des unions libres, pour le présent propos, les couples non cohabitants (*living apart together*) ou *a priori* moins libres (liaisons adultères)<sup>(1)</sup>, notamment parce que les implications *patrimoniales* de ces relations sont potentiellement similaires, et que ces implications, à notre avis, fondent l'essentiel du statut juridique de l'union libre. La définition qui précède oppose l'union libre aux cohabitations intrafamiliales (parent-enfant) et aux communautés (religieuses ou sectaires) ainsi qu'aux relations de couple éphémères ou sans intérêts patrimoniaux.

(1) *Contra* : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 14<sup>e</sup> éd., o.c., p. 603, n<sup>o</sup> 2026.

Jadis l'union libre était stigmatisée par le terme sexualisé de « concubinage » et ouvrait une zone de non-droit, déni de protection juridique. Ce droit méprisant a connu ses plus belles heures et a totalement échoué dans sa mission prophylactique, symbolique et moralisatrice. Un exemple du passage graduel et relativement récent d'une hostilité dogmatique du système juridique à une neutralité bienveillante réside dans l'évolution de la jurisprudence relative à l'*indemnisation du dommage moral* subi par le partenaire survivant suite au décès accidentel de l'autre<sup>(2)</sup>.

Actuellement, le succès social de l'union libre, anténuptial ou paranténuptial, est tel que dans quelques décennies, cette forme de vie en couple pourrait supplanter quantitativement le mariage. Cela contraindra vraisemblablement le droit des familles à offrir aux anciens « concubins » des solutions à leurs problèmes juridiques, nécessairement proches de celles des époux par identité de motifs. Législation, jurisprudence et doctrine s'y sont déjà attachées, si bien qu'il n'est plus permis de qualifier l'union libre de forme inorganisée de vie commune<sup>(3)</sup>.

Nous considérons au contraire l'ensemble des normes juridiques applicables<sup>(4)</sup> ou utiles aux ménages de fait comme un *statut*, certes moins complet que celui du mariage, et dont la principale différence avec ce dernier (ou la cohabitation légale) est de ne pas avoir été déterminant pour le choix de vie des partenaires<sup>(5)</sup>. Ce statut de l'union libre est en outre essentiellement patrimonial, aucune concession ne devant être faite au principe de l'autonomie personnelle des individus.

Les propos qui précèdent et fondent notre souhait de voir s'accroître la protection juridique des couples quel que soit leur statut, en fonction des besoins à rencontrer, nous semblent résister à l'objection

(2) Cass., 21 avril 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 921 ; Cass., 19 décembre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 472, *Rev. not. belge*, 1980, p. 47 ; Cass., 30 novembre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 437, *R.G.A.R.*, 1982, n° 10.548 ; Cass., 15 février 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 694, *J.T.*, 1990, p. 216 ; Cass., 1<sup>er</sup> février 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 582, concl. DECLERCQ, *R.W.*, 1989-1990, p. 83, *N.F.M.*, 1991, p. 114, note J. GERLO, *J.T.*, 1989, p. 354, *R.G.D.C.*, 1989, p. 303, *J.L.M.B.*, 1989, p. 720 ; Bruxelles, 15 mai 2003, *J.T.*, 2003, p. 841 (somm.) ; Liège, 19 février 1987, *R.R.D.*, 1987, p. 261, note N. VERHEYDEN-JEANMART). Pour une analyse approfondie : J. GERLO et G. VERSCHULDEN, *Handboek voor familierecht*, o.c., p. 629, n°s 1891-1893 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, « Le décès accidentel du compagnon ou de la compagne et le droit à réparation », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 563.

(3) *Contra* : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 2022 ; comp. toutefois : *ibid.*, n° 2028.

(4) Pour un relevé : *ibid.*, n° 2028.

(5) Sur les motivations non-juridiques du choix par les couples de leur statut juridique ou patrimonial : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 487, n° 429 et *Les collaborations économiques au sein des couples séparatistes. Pour une indemnisation des dommages collaboratifs envers et contre tous choix*, o.c., pp. 59 et s.

récurrente de la prétendue volonté de partenaires non mariés de rejeter toute réglementation par un choix libre et indépendant<sup>(6)</sup>.

On ne peut en effet postuler que les partenaires non mariés aient tous consenti à l'absence d'encadrement juridique de leur couple en connaissance de ses conséquences, et plus précisément qu'ils aient renoncé au régime patrimonial du couple marié en connaissance de toutes ses différences. Nous pensons aussi que même si un tel choix a été fait, les aléas de la vie commune et ses répercussions sur les patrimoines ou les carrières professionnelles des partenaires justifient le cas échéant une protection patrimoniale en cours d'union ou à sa rupture<sup>(7)</sup>. Un statut légal de l'union libre permettrait de concilier la thèse qui se fonde sur l'absence de choix d'un statut avec celle qui se fonde sur l'absence de certitude que ce choix ait été fait par les deux partenaires et en connaissance de cause. Une telle protection juridique devrait donc se limiter à remédier *a posteriori*, en cas de rupture ou de crise, aux iniquités patrimoniales avérées et causées par la vie commune. Elle aurait nécessairement un caractère impératif. Elle consisterait notamment à imposer le principe d'un partage en valeur des acquêts constitués pendant la durée de la relation, avec des possibilités de déroger à la clé de répartition par moitié en fonction des circonstances<sup>(8)</sup> (*supra*, n° 311).

**375. Protection minimale de l'union libre par les droits fondamentaux.** Le fait de réserver des avantages juridiques au mariage peut être ressenti comme attentatoire à certains droits fondamentaux. L'union libre n'est cependant pas protégée en tant que telle par la Convention européenne des droits de l'homme, dont l'article 12 concerne exclusivement le mariage et la fondation d'une famille dans ce cadre<sup>(9)</sup>, mais l'interprétation de la Convention est évolutive et c'est par le détour de la protection

(6) Pour une motivation approfondie : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 22-26, n° 6 ; *contra* : F. BUYSENS, « Wettelijke samenwoning : het recht is geen zaak van billijkheid », *o.c.*, p. 65.

(7) En ce sens et pour plus de détails : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 487-526. Rapp. dans le même sens : C. FORDER et A. VERBEKE, « Geen woorden maar daden. Algemene rechtsvergelijkende conclusies en aanbevelingen », p. 497, n° 15, p. 500, n° 18 et p. 550, n° 88 ; H. CASMAN, « Vereffening-verdeling na beëindiging van de relatie tussen ongehuwde samenwoners », in *Familie op maat – Famille sur mesure*, Congrès des notaires des 22 et 23 septembre 2005, Malines, Kluwer, 2005, p. 352 ; K. VANHOVE, « Concubinaat en huur : een moeilijke huwelijk », in *Vigilantibus ius scriptum. Feestbundel voor Hugo Vanderberghe* (W. PINTENS, A. ALEN, E. DIRIX et P. SENAËVE éd.), Brugge, die Keure, 2007, p. 334 ; A. VERBEKE, « Naar een billijk relatie-vermogensrecht », *o.c.*, pp. 373 et s., et « Weg met huwelijk en echtscheiding », *o.c.*, p. 969. Plus nuancé : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 406, n° 688. *Contra* : V. ALLAERTS, « Samenwoningrecht », in *Patrimonium 2008* (W. PINTENS, J. DU MONGH et Ch. DECLERCK éd.), Anvers, Intersentia, 2008, p. 55, n° 94 ; F. BUYSENS, « Wettelijke samenwoning : het recht is geen zaak van billijkheid », *o.c.*

(8) Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 26-29, n° 7.

(9) Comp. : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n° 2033, qui estime que le droit à la fondation d'une famille de l'art. 12 pourrait s'étendre à celle hors mariage, mais qu'il n'en résulte pas l'obligation pour l'État d'organiser un statut pour cette famille.

de la vie familiale (art. 8 C.E.D.H.) que la Cour européenne des droits de l'homme saisis la vie commune hors mariage.

L'arrêt *Marckx* du 13 juin 1979 fut le premier à considérer la vie familiale indépendamment de son statut juridique<sup>(10)</sup>. Dans cet arrêt, la Cour interdit aux États de s'immiscer dans la vie commune hors mariage en contravention avec les exigences du second paragraphe de l'article 8 (légalité, nécessité et proportionnalité), et leur impose des obligations positives inhérentes au respect effectif de la vie familiale hors mariage<sup>(11)</sup>. Ces obligations n'englobent cependant pas l'organisation d'un statut équivalent à celui du mariage<sup>(12)</sup>. La question de la contrariété au respect de la vie privée et familiale d'une impossibilité pour les couples d'organiser juridiquement leur vie commune hors du mariage, par exemple en souscrivant un partenariat enregistré (ici une cohabitation légale), est différente, et vient d'être tranchée par l'affirmative par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>(13)</sup>.

En droit belge, on s'accorde à considérer que le régime matrimonial primaire ne s'applique pas par analogie à l'union libre. Les décisions rendues en sens contraire sur la base des articles 8 et 14 de la Convention<sup>(14)</sup> sont isolées, singulièrement depuis l'adoption de la loi sur la cohabitation légale qui prescrit de manière expresse l'application aux cohabitants des principales règles du régime matrimonial primaire (*infra*, n° 415).

Ainsi voués à organiser eux-mêmes leur statut patrimonial, les partenaires non mariés devraient bénéficier de toute la latitude du principe d'autonomie de la volonté, qui suppose un consentement informé, dans le respect des droits des tiers.

Ils ont pourtant dû affronter une jurisprudence tenace découvrant plus rapidement une contrariété de la cause ou de l'objet de la convention à l'ordre public ou aux bonnes mœurs entre concubins qu'entre gens

(10) C.E.D.H., *Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 31.

(11) C.E.D.H., *Marckx c. Belgique*, précité, § 31. Depuis, la Cour n'a cessé d'élargir ce concept : C.E.D.H., *Kroon c. Pays-Bas*, arrêt du 27 octobre 1994, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 297-C, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 213, *Rev. trim. D. H.*, 1996, p. 183, note P. GEORGIN (vie familiale sans cohabitation) ; C.E.D.H., *X., Y. et Z. c. Royaume-Uni*, arrêt du 22 avril 1997, *CEDH*, 1997-II, p. 619, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 171, *Rev. trim. D. H.*, 1998, p. 129, obs. F. RIGAUX, *D.*, 1997, p. 583, note S. GRATALOUP, *D.*, 1997, p. 362, obs. N. FRICERO, *Dr. fam.*, 1998, n° 47, note (relations affectives entre un transsexuel femme vers homme, sa partenaire et l'enfant de celle-ci né d'une procréation médicalement assistée avec tiers donneur). Pour plus de détails sur la notion de vie familiale dans la jurisprudence européenne : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginnselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., pp. 28 et s.

(12) C.E.D.H., *Johnston c. Irlande*, arrêt du 18 décembre 1986, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 112.

(13) C.E.D.H., *Oliari c. Italie*, arrêt du 21 juillet 2015, *N.J.B.*, 2015, liv. 34, p. 2364.

(14) J.P. Aalst, 1<sup>er</sup> septembre 1992, *J.J.P.*, 1992, p. 326 ; Trib. arr. Tongres, 1<sup>er</sup> avril 1992, *L.R.L.*, 1993, p. 59, obs. ; J.P. Aalst, 11 juin 1991, *R.W.*, 1993-1994, p. 1307 ; J.P. Merkssem, 5 mars 1981, *R.W.*, 1981-1982, col. 49, note J. PAUWELS. En sens contraire : Civ. Mons, 23 mai 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 648.

mariés. L'exemple le plus manifeste est celui des libéralités, longtemps suspectées de constituer des achats de faveurs sexuelles<sup>(15)</sup>. La jurisprudence récente n'invalide plus que celles qui le sont exclusivement et incontestablement<sup>(16)</sup>.

Quant à l'appréciation des différences de régime juridique entre le mariage et l'union libre au regard du principe constitutionnel d'égalité, la Cour constitutionnelle a, dans plusieurs arrêts, trouvé la justification du traitement différencié dans l'existence des droits et devoirs spécifiques des époux<sup>(17)</sup>. Le législateur fiscal tend vers la neutralité envers le

(15) Si l'ancien droit considérait les concubins incapables de se faire des libéralités (« Don de concubin à concubin ne vaut » ; L. RAUCENT, *Les libéralités*, Bruxelles, Bruylant, 1979, p. 66), le Code civil ne prévoit pas d'incapacité mais envisage de manière spécifique la licéité de leur cause, celle-ci pouvant être immorale lorsqu'elle est motivée par une relation sexuelle (art. 1131 et 1133). La jurisprudence a varié dans la définition des concepts et la charge de la preuve. La Cour de cassation a d'abord considéré que la libéralité au profit d'un concubin n'est annulable que si la relation de concubinage était son mobile prépondérant, et non si elle était essentiellement motivée par d'autres considérations (Cass., 14 mai 1903, *Pas.*, 1903, I, p. 216). Plus restrictive ensuite, elle énonce que sont nulles les libéralités entre concubins faites en vue de faire naître ou de maintenir des relations immorales, ou de les rémunérer, et que la cause est immorale dès qu'un de ses mobiles déterminants est tel (Cass., 13 novembre 1953, *Pas.*, 1954, I, p. 190, obs. R.H., *R.C.J.B.*, 1954, p. 5, note J. DABIN, *J.T.*, 1954, p. 167, note SPILMAN, *Rec. gén. enr. not.*, 1957, n° 19846, p. 332, *Rev. prat. not.*, 1954, p. 324, *R.W.*, 1953-1954, col. 1711, obs., *Bull. Ass.*, 1954, p. 296, obs.). Cette sévérité s'est accrue par la considération, jusque dans les années '70, que la seule existence d'un concubinage, surtout adultère, constituait une présomption de caractère déterminant du mobile sexuel (N. VERHEYDEN-JEANMART, « Le ménage de fait », *R.P.D.B.*, compl. t. VIII, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 376, n° 99). Un arrêt du 23 juin 1977 opère un tournant décisif quant à la preuve du caractère déterminant (Cass., 23 juin 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 1083, *J.T.*, 1978, p. 83) et la jurisprudence en revient progressivement au critère du mobile prépondérant (Bruxelles, 28 mai 2002, *J.L.M.B.*, 2006, p. 808 (action oblique) ; Anvers, 5 janvier 1987, *Rev. not. belge*, 1988, p. 247 ; Civ. Gand, 8 septembre 1992, *R.W.*, 1992-1993, p. 650 ; Liège, 7 avril 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 218). Sur l'ensemble de la question : N. VERHEYDEN-JEANMART, « Les libéralités entre concubins. La jurisprudence actuelle », in *Liber Amicorum Léon Raucent*, Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia/Bruylant, 1992, p. 469. En France : Cass. fr. (ass. plén.), 29 octobre 2004, *D.*, 2004, p. 2972, note, *J.C.P.*, 2004, 2011, *D.*, 2004, p. 3175, note D. VIGNEAU, *Gaz. Pal.*, 1-2 décembre 2004, p. 11, *Act. jur.*, 2005, p. 23, obs. F. BICHERON, *Dr. fam.*, 2004, p. 3, note B. BEIGNER, *Rép. Defrénois*, 2005, art. 38096, p. 234, note R. LIBCHABER, *Adde Cass. fr.* (1<sup>re</sup> civ.), 25 janvier 2005, *Gaz. Pal.*, 16-18 octobre 2005, p. 2, note G. DEHARO, *Dr. fam.*, 2005, comm., p. 95, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

(16) Un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers de 1998, reconnaissant la licéité du concubinage homosexuel, dispose que le caractère homosexuel ou hétérosexuel de la relation de concubinage n'est pas un critère d'annulation des libéralités entre concubins (Anvers, 12 mai 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 593. Voy. : H. CASMAN, « Erfrecht voor ongehuwde samenwoners ? », in *Contestatie van ons erfrecht* (H. WILLEKENS éd.), Gand, Mys & Breesch, 2001, p. 176).

(17) Voy. : C. const., 25 septembre 2014, n° 140/2014, *R.D.C.*, 2015, p. 549, note D. PASTEGER, *R.W.*, 2014-2015, p. 701 (somm.), *R.D.C.*, 2014, p. 936 ; C. const., 6 avril 2011, n° 53/2011, *NjW*, 2011, p. 458, note V. VERDEYEN, *Chron. D.S.*, 2012, p. 333 (somm.), *T.J.K.*, 2011, p. 255 (somm.) ; C. const., 12 novembre 2009, n° 181/2009, *R.A.B.G.*, 2010, p. 256, *R.W.*, 2009-2010, p. 638 (somm.) ; C.A., 14 septembre 2006, n° 140/2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 234, *E.J.*, 2006, p. 97, note P. SENAËVE, *Div. Act.*, 2007, p. 8, note J.-Chr. BROUWERS, *J.T.*, 2007, p. 52 (art. 2253 C. civ.) ; *contra* : C.J.C.E., 1<sup>er</sup> avril 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1020 (prestation de survie octroyée dans le cadre d'un régime de prévoyance professionnelle). Voy. : D. PIRE, « La cour constitutionnelle, les conjoints, la cohabitation légale et les concubins : un bien jolie allitération... », *Cour constitutionnelle et droit familial* (N. MASSAGER et J. SOSSON éd.), Limal, Anthemis, 2015, pp. 179-183 ; P. SENAËVE, « De rechtspraak van het Arbitragehof aangaande de ongelijke behandeling van de diverse samenlevingsvormen », in *Liber Amicorum Christian De Wulf*, Bruges, die Keure, 2003, p. 18.

statut du couple<sup>(18)</sup>. C'est à notre avis lorsque les demandes de résolution des conflits ou de protection patrimoniale émaneront paritairement ou majoritairement de couples non mariés que la question de l'égalité de traitement entre partenaires différemment protégés pourra recevoir une réponse différente.

## SECTION 2

### Absence d'effets personnels

#### § I. Cohabitation et fidélité

**376. Absence d'obligations de cohabitation et de fidélité. Conventions relatives à la rupture.** Les partenaires d'une union libre ne sont pas astreints à cohabiter et ne se doivent pas fidélité<sup>(19)</sup>. Des engagements en ce sens existent certainement mais ils ne sont que moraux (et légitimes de ce point de vue). Les partenaires ont donc à tout moment le droit de mettre fin à la relation et cesser la vie commune sans motivation particulière<sup>(20)</sup>. En tant que telle, la rupture ne donne lieu à aucune indemnité sauf si, comme en matière de fiançailles, elle a été l'occasion de comportements fautifs et générateurs d'un dommage<sup>(21)</sup>.

Une *convention de cohabitation* serait contraire à l'ordre public, au droit à la maîtrise du corps et à la liberté du mariage (art. 12 C.E.D.H.)<sup>(22)</sup>. Il en va de même d'une *obligation conventionnelle de fidélité*, pouvant empiéter sur le droit à la maîtrise du corps (art. 8 C.E.D.H.)<sup>(23)</sup>.

(18) Voy. : J. BEERNAERT, « Fiscalité familiale. Les barèmes nouveaux sont arrivés », *A.J. famille*, 2009, p. 45 ; J.-M. DEGÉE, « Les cohabitants et la fiscalité directe », in *Cohabitation légale et cohabitation de fait. Aspects civils et fiscaux* (Ph. DE PAGE et A. CULOT éd.), Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 131 ; M. EUBBEN, « La fiscalité directe des conjoints et des cohabitants », in *Différenciation ou convergence des statuts juridiques du couple marié et du couple non marié ? Droit belge et français* (J. HAUSER et J.-L. RENCHON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 337 ; A. NIJS, « Fiscalité en de diverse samenlevingsvormen in België », in *Gebuild of niet : maakt het iets uit ?* (C. FORDER et A. VERBEKE éd.), Anvers, Intersentia, 2005, p. 347 ; X. PARENT, « Mariage et cohabitation : aspects fiscaux (impôts sur le revenu) », in *Manuel de planification patrimoniale. I. Le couple. Vie commune* (Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS et M. BOURGEOIS éd.), Bruxelles, Larcier, 2009, p. 37 ; M.-Chr. VALSCHAERTS, « Fiscalité familiale », *Rép. not.*, t. XV, l. IV/1, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 39, n° 4.

(19) N. VERHEYDEN-JEANMART, « Le ménage de fait », *o.c.*, n° 41.

(20) Bruxelles, 6 mars 2002, *J.T.*, 2002, p. 695 (somm.) ; Liège, 18 avril 1989, *Rev. trim. dr. fam.*, 1990, p. 144.

(21) Liège, 18 avril 1989, précité (motif) ; Civ. Bruxelles, 24 novembre 1987, *Rev. trim. dr. fam.*, 1989, p. 27 ; J.P. Gand, 6 mai 1999, *T.G.R.*, 2000, p. 227 ; J. GERLO et G. VERSCHULDEN, *Handboek voor familierecht*, *o.c.*, p. 625, n° 1882. En France : Cass. fr. (1<sup>ère</sup> civ.), 3 janvier 2006, *Dr. fam.*, 2006, p. 85, obs. ; Rouen, 29 janvier 2003, *Dr. fam.*, 2003, n° 69, note H. LÉCUYER ; Bordeaux, 4 janvier 2000, *D.*, 2000 (somm.), p. 411, obs. J.-J. LEMOULAND, *Dr. fam.*, 2000, n° 34, obs. H. LÉCUYER.

(22) S. BRAT et A.-Ch. VAN GYSEL, « Les relations personnelles entre les concubins en droit civil », *J.T.*, 1998, p. 298 ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 404, n° 683 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, « Le ménage de fait », *o.c.*, n° 522.

(23) Rappr. : C.E.D.H., X. et Y. c. Pays-Bas, arrêt du 26 mars 1985, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 91, § 22. On peut invoquer l'autodétermination corporelle à l'appui de la validité d'une telle convention, mais

Quant aux *conventions relatives à la rupture*, elles ne sauraient déroger indirectement aux principes qui précèdent<sup>(24)</sup>. Tout au plus les parties pourront-elles modaliser l'exercice de leur liberté de rupture et, par exemple, prévoir un délai raisonnable pendant lequel l'un des partenaires continuera d'occuper la résidence du couple et, le cas échéant, sera défini le montant de la contribution financière du partenaire le plus aisé aux (dernières) charges du ménage<sup>(25)</sup>. Parce qu'une telle convention est conclue *avant la rupture*, ils veilleront à ce qu'elle ne limite pas leur droit de rompre<sup>(26)</sup>. Des indemnités éventuelles ne devront pas excéder sensiblement les dommages prévisibles – notamment celui causé par la vie commune (voy. ci-dessous) – ni s'apparenter à des clauses pénales<sup>(27)</sup>. Si les partenaires conviennent le versement d'une rente alimentaire, celle-ci doit être de durée limitée et d'ampleur raisonnable<sup>(28)</sup>.

## § 2. Secours

**377. Absence de devoir de secours et d'obligation de contribution aux charges du ménage.** L'union libre n'implique aucun partage des ressources. Le régime matrimonial primaire ne s'applique pas et aucune obligation alimentaire légale n'existe<sup>(29)</sup>. Cette lacune est source d'iniquités en cas de rupture d'une relation ayant entraîné dans le chef d'un des partenaires des concessions ou sacrifices en termes de revenus ou d'opportunités professionnelles, similaires à celles qu'il aurait consenties

---

elle lui imprime son régime (consentement éclairé et révocable, non véralité, etc.) (S. DEMARS, « La problématique générale des conventions de vie commune », in *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale* (J.-L. RENCHON et F. TAINMONT éd.), Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia/Bruylant, 2000, p. 92). Plus nuancé parce qu'une telle convention ne subsisterait de toutes façons pas après la rupture : J.-F. TAYMANS, « Les cohabitants : quelles limites à la liberté des conventions ? », in *Le défi du notaire. Entre liberté et contraintes normatives* (F.R.N.B. éd.), Bruxelles, Larcier, 2011, p. 140, n° 11.

(24) P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht, o.c.*, n° 2056.

(25) Voy. : S. DEMARS, « La problématique générale des conventions de vie commune », *o.c.*, pp. 91-92.

(26) Liège, 24 mai 2007, *Rev. not. belge*, 2007, p. 496 ; comp. : Anvers, 2 février 2005, *NjW*, 2006, p. 849, note G. VERSCHULDEN (charge de l'emprunt liée à l'habitation commune supportée par celui qui contraint l'autre à quitter l'immeuble). En France : Cass. fr. (1<sup>ère</sup> civ.), 20 juin 2006, *Dr. fam.*, 2006, p. 12, n° 155, note V. LARRIBEAU-TERNEYRE (contribution à l'entretien des enfants fixée à la moitié du salaire).

(27) Civ. Bruges, 9 avril 2001, *R.W.*, 2002-2003, p. 1552 ; J. HERBOTS, « Het concubinaat in het verbintenisrecht », in *Concubinaat. De buitenhuwelijkse tweerelatie* (P. SENAËVE éd.), Louvain, Acco, 1992, p. 109, n° 166 ; A.-Ch. VAN GYSEL et S. BRAT, « La rupture du couple : les recours judiciaires et les effets alimentaires », in *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale* (J.-L. RENCHON et F. TAINMONT éd.), Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia/Bruylant, 2000, p. 302, n° 86. Pour une clause : J.-F. TAYMANS, « La convention notariée de vie commune », in *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale* (J.-L. RENCHON et F. TAINMONT éd.), Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia/Bruylant, 2000, p. 116.

(28) Comp., plus nuancé, que les parties seraient légitimes à prendre en compte pour modaliser l'ampleur d'une pension ou indemnité d'autres facteurs que des paramètres économiques : J.-F. TAYMANS, « Les cohabitants : quelles limites à la liberté des conventions ? », *o.c.*, p. 139, n° 10.

(29) Mons, 6 octobre 1994, *J.T.*, 1995, p. 300.

en mariage et pour lesquelles il aurait trouvé compensation, notamment dans le régime de la communauté légale. La peine à dégager des solutions équitables en cette matière<sup>(30)</sup> n'est pas sans rapport avec l'opinion critiquable selon laquelle les partenaires, ayant au départ refusé tout statut (en connaissance de cause – *quod erat demonstrandum*), demeureraient rétifs à toute intervention du droit en faveur du partenaire lésé par la vie commune. Erigée en postulat, cette thèse est contestable, en soi et dans sa généralisation aux deux partenaires (*supra*, n° 374). Serait donc licite une convention de vie commune qui stipulerait en cas de rupture un partage égalitaire en valeur des acquêts ou le paiement d'indemnités non disproportionnées par rapport au dommage prouvé résultant de la vie commune<sup>(31)</sup>.

**378. Obligation alimentaire conventionnelle.** Si l'idéal est que les ex-partenaires conviennent *ex ante* une répartition équitable des acquêts et l'accompagnent, le cas échéant, d'une *obligation alimentaire conventionnelle* en faveur du partenaire nécessiteux, une telle convention peut également être souscrite après la rupture et ne limite certainement pas l'autodétermination (art. 1134, al. 1<sup>er</sup>)<sup>(32)</sup>.

Compte tenu de l'importance économique de tels engagements, la convention sera rédigée avec soin et l'on veillera à ajuster la pension alimentaire aux besoins du créancier, à la stipuler indexée et révisable selon les ressources et charges des parties, limitée dans le temps et caduque en certaines circonstances (ex. : remariage, nouvelle vie maritale, nouvelle relation affective, décès<sup>(33)</sup>, *etc.*)<sup>(34)</sup>. Il pourrait être stipulé que l'article 301 du Code civil relatif aux ex-époux s'appliquera par analogie.

En forme notariée, une telle convention aura la force exécutoire liée à l'acte authentique<sup>(35)</sup>. En tout état de cause, elle ne pourra mettre en péril la capacité du débiteur à s'acquitter de ses autres obligations alimentaires, notamment envers un conjoint ou un enfant.

(30) Voy. not. : V. DEHALLEUX, « La répétition de la contribution *excessive* aux charges du ménage : proposition d'une nouvelle issue aux conflits entre cohabitants de fait », R.G.D.C., 2009, pp. 144-151.

(31) Pour plus de détails : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 517, n° 165.

(32) Toujours sous réserve de ce qu'aucune rémunération de faveurs sexuelles ne soit due (P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 2064).

(33) Pour certains auteurs, une telle convention continuerait à produire des effets après le décès du partenaire débiteur, l'obligation contractuelle de celui-ci se transmettant à ses héritiers (S. DEMARS, « La problématique générale des conventions de vie commune », o.c., p. 94).

(34) Pour plus de détails : S. DEMARS, « La problématique générale des conventions de vie commune », o.c. ; M. PIETERS, « De notariële akte vaststelling onderhoudsgeld/afscheidsvgoeding », *T. Not.*, 1998, p. 480.

(35) J.-F. TAYMANS, « La convention notariée de vie commune », o.c., p. 104.

**379. Obligation naturelle de secours.** Il existe entre partenaires de fait une obligation naturelle de contribution aux charges du ménage<sup>(36)</sup>, apte à être novée en obligation civile par des paiements volontaires durant la relation, ou dans l'immédiat après-rupture ou décès<sup>(37)</sup> pour solder des dettes de ménage exigibles.

La jurisprudence en déduit à juste titre que les éventuelles participations inégales à ces charges, mais proportionnelles aux facultés respectives – par analogie avec le régime de l'article 221 du Code civil – ne donneront pas lieu à restitution sous prétexte d'un enrichissement sans cause du partenaire moins contributeur<sup>(38)</sup>.

En ce qui concerne le secours *après la rupture*, l'institution de l'obligation naturelle est impuissante à créer une obligation alimentaire au profit de l'ex-partenaire qui en a besoin<sup>(39)</sup>. Le problème ne réside

(36) Liège, 3 septembre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 328 (« vie courante »). Dans le même sens : V. ALLAERTS « Samenwoningsrecht », *o.c.*, pp. 66-70, n° 106 ; H. CASMAN, « Vereffening-verdeling na beëindiging van de relatie tussen ongehuwde samenwoners », *o.c.*, p. 352 ; V. DEHALLEUX, « La répétition de la contribution *excessive* aux charges du ménage : proposition d'une nouvelle issue aux conflits entre cohabitants de fait », *o.c.*, pp. 145-148, n°s 3 à 13 ; J. HERBOTS, « Het concubinaat in het verbintenisrecht », *o.c.*, p. 75, n° 105 ; J. ROODHOOF, « Onderhoudsrecht en concubinaat », in *Concubinaat. De buitenhuwelijkse tweerelatie*, *o.c.*, p. 122, n° 182 ; P. SENAËVE, « De onderhoudsverplichting tussen wettelijk samenwonenden en tussen concubinerenden », in *Onderhoudsgelden* (P. SENAËVE éd.), Louvain, Acco, 2001, pp. 167-168, n° 249 ; F. TAINMONT, « Les charges du ménage », in *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale* (J.-L. RENCHON et F. TAINMONT éd.), Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia/Bruylant, 2000, pp. 129-130, n° 6 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, « Le ménage de fait », *o.c.*, n°s 405 et s. *Contra* : J.P. Grâce-Hollogne, 19 juin 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 126.

(37) Gand, 17 janvier 2007, *NjW*, 2008, p. 223, note K. WILLEMS.

(38) Liège, 3 septembre 2008, précité ; Civ. Nivelles, 25 octobre 2012, *Le Pli juridique*, 2013, liv. 25, p. 7, note C. JASSOGNE ; Civ. Gand, 19 mai 2009, R.G. n° 07/4108/A, inédit, cité par V. ALLAERTS, « Samenwoningsrecht », *o.c.*, p. 70, n° 113 ; Bruxelles, 17 janvier 2003, *J.T.*, 2004, p. 482 (somm.) ; Liège, 20 juin 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 157 ; Mons, 16 septembre 1997, *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 693 ; comp. : Civ. Oudenaarde, 19 septembre 2005, R.A.B.G., 2006, p. 774 (contribution excessive aux charges du ménage de l'homme au foyer) ; comp. : Civ. Gand, 28 juin 2005, *T. Not.*, 2005, p. 464 (contribution excessive aux charges du ménage de l'homme rénovateur) ; Civ. Gand, 9 janvier 1984, R.W., 1984-1985, col. 2962, note J.-M. PAUWELS ; Civ. Bruxelles, 31 octobre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1044, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 137 ; J.P. Westerlo, 11 décembre 2006, *J.J.P.*, 2007, p. 354, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 257 (somm.) ; J.P. Charleroi, 26 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 655, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 132 ; J.P. Thuin, 23 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1053 (somm.). En ce sens : V. DEHALLEUX, « La répétition de la contribution *excessive* aux charges du ménage : proposition d'une nouvelle issue aux conflits entre cohabitants de fait », *o.c.*, p. 146, n° 8. Comp. : I. DE STÉFANI, « Les clauses de comptes et les conventions patrimoniales entre cohabitants », in *Cohabitation légale et cohabitation de fait. Aspects civils et fiscaux* (Ph. DE PAGE et A. CULOT éd.), Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 65-71, n°s 1 à 5 (critique de l'application par analogie de l'arrêt de la Cour de cassation du 22 avril 1976 [époux mariés en régime de séparation de biens pure et simple] aux cohabitants légaux ou aux concubins).

(39) Civ. Mons, 23 mai 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 648 ; J.P. Roeselare, 29 juin 1999, *J.J.P.*, 2000, p. 245, note S. MOSSELMANS ; Civ. Louvain, 3 juin 1991, R.W., 1992-1993, p. 130, note J. ROODHOOF ; Civ. Tournai, 2 avril 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1574 ; J.P. Charleroi, 3 mars 2003, *J.T.*, 2004, p. 101, *J.L.M.B.*, 2004, p. 664 (somm.) ; J.P. Gand, 6 mai 1999, *T.G.R.*, 2000, p. 227 ; J.P. Gand, 29 juin 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 629, note K. JACOBS, *T.G.R.*, 2000, p. 233 ; J.P. Saint-Gilles, 5 novembre 1997, *Div. Act.*, 1998, p. 45, note A.-Ch. VAN GYSEL, *J.J.P.*, 1999, p. 262.

pas tant dans l'absence de devoir moral et social en ce sens<sup>(40)</sup> – l'équité nous paraît l'imposer si la vie commune a causé une dépendance économique<sup>(41)</sup> – mais dans l'institution même de l'obligation naturelle : en aucun cas une exécution volontaire de celle-ci ou une promesse d'exécution ne fonde une créance pour l'avenir<sup>(42)</sup>, encore moins une créance alimentaire au régime si spécifique. Tout au plus l'obligation naturelle stabilise-t-elle les paiements effectués volontairement, car il est encore des partenaires qui voudraient effacer toutes traces de vie commune...<sup>(43)</sup>.

C'est donc à regret que nous devons critiquer la tendance jurisprudentielle accordant sur cette base une pension alimentaire au partenaire économiquement faible<sup>(44)</sup>. Sa diffusion révèle toutefois une lacune et appelle la création d'un droit impératif à la compensation des iniquités engendrées par la relation rompue (*supra*, n° 374).

(40) Sur les conditions de l'obligation naturelle : H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, *Les obligations (seconde partie)*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1950, pp. 77-78, n° 61 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Les obligations : les sources – Chronique de jurisprudence (1985-1995) », *J.T.*, 1996, pp. 689 et s.

(41) F. TAINMONT, « Les charges du ménage », *o.c.*, p. 135, n° 12 ; E. VIEUJEAN et Y.-H. LELEU, « Personnes et régimes matrimoniaux », *Chron. dr. not.*, 1997, vol. XXV, p. 382, n° 115 ; W. PINTENS, J. DU MONGH, Ch. DECLERCK et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, *o.c.*, p. 518, n° 969 ; *contra* : P. SENAËVE, « De onderhoudsverplichting tussen wettelijk samenwonenden en tussen concubinerenden », *o.c.*, p. 171, n° 256.

(42) Civ. Bruxelles, 31 mars 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 337 (somm.) (projets, cadeaux, dépenses supportées par l'auteur de la rupture) ; P. SENAËVE, « De onderhoudsverplichting tussen wettelijk samenwonenden en tussen concubinerenden », *o.c.*, p. 173, n° 298 ; J. SOSSON, « Du devoir moral à l'obligation civile de fournir des aliments : utilité actuelle et limites de la théorie des obligations naturelles », *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 525, n° 20 ; A.-Ch. VAN GYSEL et S. BRAT, « La rupture du couple : les recours judiciaires et les effets alimentaires », *o.c.*, p. 295, n° 66 ; plus généralement : C. BRUQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil ?*, Liège, Éd. Collection scientifique de la Faculté de droit, 1998, p. 85, n° 44 ; *contra* : J. HERBOTS, « Het concubinaat in het verbintenisrecht », *o.c.*, p. 76, n° 107.

(43) Un engagement exécuté et intitulé « paiement d'une indemnité de rupture » contenu dans un acte notarié ne doit pas être requalifié en donation... annulable pour vice de forme (Anvers, 1<sup>er</sup> février 2006, *R.W.*, 2007-2008, p. 1816, note L. WERMOES ; Civ. Charleroi, 12 octobre 2000, *Rec. gén. enr. not.*, 2001, n° 25115, p. 137, obs. B. GOFFAUX, *Div. Act.*, 2002, p. 18, note E. de WILDE d'ESTMAEL). Le partenaire survivant ne peut pas demander le remboursement de frais d'enterrement volontairement payés par lui (Gand, 17 janvier 2007, *NjW*, 2008, p. 223, note K. WILLEMS ; Gand, 4 juin 2002, *R.W.*, 2003-2004, p. 350 ; *contra* : Civ. Bruges, 16 janvier 1996, *T. Not.*, 1996, p. 221, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 238 (somm)).

(44) Anvers, 1<sup>er</sup> février 2006, précité ; Bruxelles, 13 novembre 1997, *Journ. proc.*, 1999, n° 382, p. 25, note J.-L. RENCHON ; Civ. Bruxelles, 6 mai 2008, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 93 ; Civ. Charleroi, 12 octobre 2000, *Rec. gén. enr. not.*, 2001, n° 25115, p. 137, obs. B. GOFFAUX, *Div. Act.*, 2002, p. 18, note E. de WILDE d'ESTMAEL ; Civ. Bruxelles (réf.), 18 mars 1997, *Div. Act.*, 1998, p. 44 ; Civ. Louvain, 27 septembre 1996, *Journ. proc.*, 1996, n° 313, p. 26, obs. P. LEGROS et J.-P. NIJS ; J.P. Charleroi, 26 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 655 ; J.P. Molenbeek-Saint-Jean, 26 septembre 2000, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 284, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 240 (somm.) ; J.P. Gand, 6 juillet 1998, *R.G.D.C.*, 1998, p. 468, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 113 (somm.) ; J.P. Gand, 4 novembre 1996, *A.J.T.*, 1996-1997, p. 323, note K. JACOBS, *R.W.*, 1997-1998, p. 266, note F. APS, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 176 (somm.). Pour un relevé complet et une analyse approfondie : S. EGGERMONT, « De afwikkeling van de samenwonningsrelatie », in *De beëindiging van de tweerelatie* (P. SENAËVE e.a. éd.), Anvers, Intersentia, 2012, pp. 287-288, n° 448

En pratique, une créance alimentaire ne pourra résulter, à défaut de convention, que d'une intention expresse ou tacite portant un engagement unilatéral de volonté, à prouver selon le droit commun<sup>(45)</sup>, sachant qu'il convient, selon nous, d'apprécier l'impossibilité morale de se procurer une preuve écrite en fonction du comportement du couple quant à la rédaction d'écrits contractuels durant la relation<sup>(46)</sup>. Une telle promesse lie le débiteur si elle est faite dans des termes clairs quant au montant et à la durée de l'exécution et, ajoutent certains, en connaissance du fait de ce qu'il n'était pas tenu sur le plan civil<sup>(47)</sup>. Et même ainsi établie, la créance n'emprunte pas le régime des obligations alimentaires (variabilité, prescription...) par le seul fait qu'elle vise à compenser un manque de ressources.

**380. Ersatz : la responsabilité civile.** Les juges pourraient-ils pallier l'absence de secours alimentaire légal (ou conventionnel) en accordant au partenaire délaissé qui en a besoin de substantiels dommages-intérêts sur la base de l'article 1382 du Code civil ? Ceux-ci ne compenseraient pas seulement le dommage lié aux *circonstances* de la rupture (*supra*, n° 376), mais également celui lié à la *vie commune*, sa fin ou son existence-même.

Pourraient être considérées comme un tel dommage tant la perte de soutien économique pour une période plus ou moins longue<sup>(48)</sup> que celle d'autonomie financière causée par la vie en couple. Le tout sauf preuve d'un choix des deux partenaires de s'exonérer de toute indemnisation d'un tel dommage.

Évidemment, le cadre légal de la responsabilité civile exige la preuve d'une faute. M<sup>me</sup> Verheyden-Jeanmart estime à juste titre fautif le fait pour un des partenaires d'avoir accepté de participer à une situation qui mettrait l'autre en état de ne pas assurer ses propres moyens de subsistance, voire d'avoir profité de cette situation<sup>(49)</sup>. Et d'en déduire qu'une

(45) Civ. Bruxelles, 31 mars 2009, précité ; Civ. Bruxelles, 6 mai 2008, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 93 ; J.P. Charleroi, 26 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 655, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 132, *R.G.D.C.*, 2002, p. 475, *R.R.D.*, 2002, p. 60 ; dans le même sens : S. EGGERMONT, « De afwikkeling van de samenwoningsrelatie », *o.c.*, p. 290, n° 450 ; J. SOSSON, « Du devoir moral à l'obligation civile de fournir des aliments : utilité actuelle et limites de la théorie des obligations naturelles », *o.c.*, p. 520, n° 18.

(46) Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, n° 354, p. 398.

(47) J.P. Roeselare, 29 juin 1999, *J.J.P.*, 2000, p. 245, note S. MOSSELMANS ; J. SOSSON, « Du devoir moral à l'obligation civile de fournir des aliments : utilité actuelle et limites de la théorie des obligations naturelles », *o.c.*, pp. 527 et s., n°s 21 et s. ; A.-Ch. VAN GYSEL et S. BRAT, « La rupture du couple : les recours judiciaires et les effets alimentaires », *o.c.*, p. 294, n° 65 ; P. SENAËVE, « De onderhoudsverplichting tussen wettelijk samenwonenden en tussen concubinerenden », *o.c.*, p. 173, n° 258 ; rapp. : G. GENICOT, « L'obligation naturelle du père biologique de fournir des aliments à son enfant », note sous Liège, 15 juin 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 311, n° 14.

(48) Gand, 25 mars 1991, *T.G.R.*, 1991, p. 110 (période « de transition » de 10 mois) ; J.P. Anvers, 29 juin 2004, *R.A.B.G.*, 2004, p. 1282, note S.B. (12 mois).

(49) N. VERHEYDEN-JEANMART, *Les effets civils de la vie commune en dehors du mariage*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 1986, p. 242, n° 40 et « Le ménage de fait », *o.c.*, n° 559.

rupture obligerait le premier à compenser la perte de soutien économique subie par le second, et à lui fournir des moyens de subsistance durant la période nécessaire à son « reclassement ».

Cette théorie, de portée modérée, a subi des critiques pour des motifs théoriques contestables<sup>(50)</sup>. Elle nous semble pourtant être – et avoir été avant l'heure – en phase avec les tentatives de trouver des modes de compensation équitables des préjudices patrimoniaux causés par une vie commune en couple (*supra*, n° 374).

### § 3. Résolution des crises entre partenaires

**381. Absence de mesures urgentes spécifiques.** Contrairement aux statuts du mariage (art. 223 ; art. 1253ter/4-5 C. jud. – *supra*, n° 355) et de la cohabitation légale (art. 1479 – *infra*, n° 408), il n'existe pas de mesures spécifiques d'aide à la résolution des crises entre partenaires<sup>(51)</sup>.

En principe, le droit commun s'applique, mais la jurisprudence s'assouplit, répondant à un incontestable besoin :

- Au provisoire et sur preuve de l'urgence, le *président du tribunal de première instance* peut mettre fin à des situations critiques, principalement celles où l'un des partenaires commet des *voies de fait* à l'égard de l'autre ou envers ses biens (art. 584, al. 1<sup>er</sup>, C. jud.)<sup>(52)</sup>. Récemment, le juge ose l'application par analogie du droit d'attribution en jouissance du logement familial à la victime de violences (appr. art. 1253ter/5, al. 3, C. jud.)<sup>(53)</sup>. Le *tribunal de la famille* est

(50) Il y aurait confusion entre faute et dommage, création d'une forme objective de responsabilité, et création par la victime de son propre risque par défaut de « précaution de passer l'anneau nuptial au doigt (du partenaire) » (A.-Ch. VAN GYSEL et S. BRAT, « La rupture du couple : les recours judiciaires et les effets alimentaires », *o.c.*, p. 299, n° 77 ; dans le même sens : P. SENAEVE, « De onderhoudsverplichting tussen wettelijk samenwonenden en tussen concubinerenden », *o.c.*, p. 175, n° 261). Sur la théorie dite « du cours normal des choses » qui permet de déduire la faute de la présence d'une situation (dommageable) anormale : Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, *o.c.*, p. 104, n° 127 et réf. cit.).

(51) L'art. 223 C. civ. et l'art. 1280 C. jud. ne peuvent être appliqués par analogie (Civ. Bruxelles, 24 novembre 1987, *J.T.*, 1988, p. 501, *Rev. trim. dr. fam.*, 1989, p. 27 ; Civ. Liège (réf.), 30 octobre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 564).

(52) Bruxelles, 15 avril 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 218 (résidence des époux dans l'attente de la sortie d'indivision) ; Civ. Liège (réf.), 14 février 2003, *Div. Act.*, 2004, p. 10, note J.-E. BEERNAERT (violences) ; Bruxelles, 4 février 2005, *NjW*, 2005, p. 635, note G.V. (séquestre) ; Anvers, 15 novembre 2005, *R.W.*, 2006-2007, p. 610 (rejet pour défaut d'urgence) ; Civ. Bruxelles (réf.), 16 septembre 2004, *Div. Act.*, 2005, p. 79 (attribution provisoire du logement familial) ; Civ. Liège, 14 février 2003, précité ; Civ. Gand (réf.), 27 juin 1995, *T.G.R.*, 1995, p. 238, note (mesures relatives aux enfants) ; Civ. Liège (réf.), 30 octobre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 564 ; Civ. Arlon (réf.), 16 octobre 1985, *Rev. trim. dr. fam.*, 1988, p. 185. Pour une analyse récente et d'autres références à la jurisprudence : S. EGGERMONT, « De afwikkeling van de samenwoningsrelatie », *o.c.*, pp. 271-272, n° 429.

(53) Civ. Liège (réf.), 14 février 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1627, *Div. Act.*, 2004, p. 10, note J.-E. BEERNAERT (violences conjugales) ; application de la jouissance du logement dans l'esprit de la loi du 28 janvier 2003 relative aux violences conjugales) ; J.P. Bruges, 2 juin 2005, *T.G.R.*, 2005, p. 170

compétent pour les demandes relatives à l'interdiction temporaire de résidence visées par la loi du 15 décembre 2012 (art. 572bis, 11°, C. jud.).

- Le *tribunal de la famille* est compétent en matière d'autorité parentale et de contribution à l'entretien des enfants, de même que pour les demandes en partage (art. 572bis C. jud.).
- Le *juge de paix* demeure compétent pour procéder à une apposition de scellés (art. 1148 C. jud.)<sup>(54)</sup> ou ordonner un inventaire (art. 1177 C. jud.).
- Une *médiation familiale* peut être organisée (*supra*, n° 356).

Cette situation morcelée, n'étant la créativité de certains juges, est regrettable car aux mêmes maux, en principe les mêmes remèdes<sup>(55)</sup>. Nous déplorons que la loi du 30 juillet 2013 n'ait pas mis fin en rendant le tribunal de la famille compétent pour l'ensemble des litiges entre partenaires non mariés<sup>(56)</sup>. Il n'est pas justifiable de cautionner ces lacunes du système de résolution des crises entre partenaires par leur prétendu choix (éclairé) d'absence de contraintes juridiques.

## SECTION 3

### Effets patrimoniaux.

#### Conventions de vie commune

**382-396. Effets patrimoniaux. Renvoi.** La matière est traitée dans notre ouvrage *Droit patrimonial des couples*, auquel nous renvoyons le lecteur.

**397-398. Conventions de vie commune.** La *validité* des conventions de vie commune<sup>(57)</sup> n'est plus contestée, mais l'autonomie de la volonté

(attribution du logement au concubin victime de violence). *Contra* en France : T.G.I. Lille, 21 février 2006, *D.*, 2006, p. 1350, note X. LABBEE.

(54) J.P. Oudenaarde, 25 mars 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 951 (somm.), *J.J.P.*, 2009, p. 30, note Th. VAN SINAY (défaut d'intérêt) ; J.P. Zelzate, 23 septembre 2003, *NjW*, 2004, p. 348, note GV (défaut d'intérêt) ; J.P. Charleroi, 17 septembre 2003, *J.T.*, 2003, p. 735 (somm.), *J.L.M.B.*, 2004, p. 222 (somm.), *J.J.P.*, 2003, p. 420, *Div. Act.*, 2004, p. 76, note D. CARRÉ (défaut d'intérêt).

(55) *Contra* : C.A., 23 janvier 2002, n° 24/2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 620, obs. D. PIRE, *Div. Act.*, 2002, p. 43, et p. 91, note S. BRAT, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 710 (pas de discrimination sur le plan de l'accès à la justice en vue de résoudre les conflits entre cohabitants de fait et cohabitants légaux) ; Civ. Gand (arr.), 15 décembre 2003, *R.W.*, 2004-2005, p. 1472, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 900 (somm.).

(56) La question a pourtant été posée au cours des travaux préparatoires : Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 0682/15, pp. 17 et s.

(57) Anvers, 2 février 2005, *NjW*, 2006, p. 849, note G.V. (validité ; reconnue après la dissolution du mariage des anciens partenaires). Pour plus de détails : I. DE STEFANI, « Les clauses de comptes et les conventions patrimoniales entre cohabitants », *o.c.*, pp. 71 et s. ; Y.-H. LELEU, « Les biens et le logement du couple non marié », *o.c.*, pp. 179 et s. ; J.-F. TAYMANS, « La convention notariée de vie commune », *o.c.*, p. 103 ; W. PINTENS, J. DU MONGH, Ch. DECLERCK et K. VANWINCKELEN, *Familiaal*

demeure limitée par le respect des normes impératives. L'indisponibilité de l'état des personnes cantonne la convention principalement au domaine patrimonial (*supra*, n° 376), tandis que la prohibition des pactes successoraux<sup>(58)</sup> empêche les dérogations à la dévolution légale<sup>(59)</sup>.

La *forme* d'une convention de vie commune est libre, mais l'acte notarié confère force exécutoire aux obligations qui s'y prêtent et y sont libellées avec suffisamment de précision. On y ajoutera l'avantage d'inclure dans la convention certaines déclarations pour lesquelles la loi prescrit la forme notariée (ex. : préférence pour un tuteur).

L'*inopposabilité* aux tiers de la convention de vie commune (art. 1165)<sup>(60)</sup> en relativise la portée. Les tiers peuvent s'en prévaloir, par exemple pour ce qui concerne les modes de preuve de la propriété des biens ou la solidarité des obligations en rapport avec le ménage. La convention prouve à tout le moins l'existence de la vie commune.

Le *contenu type* d'une convention de vie commune vise généralement à fournir aux partenaires un régime patrimonial plus équitable que le droit commun et un règlement minimal du partage des charges liées à la relation. Les partenaires peuvent ainsi modaliser la composition des patrimoines, la preuve de la propriété des biens, la gestion des biens indivis et leur partage<sup>(61)</sup>.

Les clauses stipulant le principe et les modalités d'un *devoir alimentaire* entre partenaires doivent être appréciées à l'aune de la liberté de rupture (*supra*, n° 376). Selon certains auteurs, si les partenaires concluent une convention visant à couvrir les besoins matériels de l'un d'eux pendant la vie commune, cette convention devrait s'appliquer après le *décès* au profit du survivant nécessaire<sup>(62)</sup>.

Le *cadre de vie* mérite protection. La convention peut modaliser l'exercice du droit de jouissance du partenaire seul propriétaire ou seul locataire, et notamment contenir stipulation d'un bail au profit du partenaire non propriétaire du logement ou, avec l'accord du bailleur, d'un droit de continuation du bail au profit du partenaire non locataire.

*vermogensrecht*, o.c., pp. 536 et s., spéc. n° 1002 ; J.-F. TAYMANS, « Les contrats de vie commune », in *Manuel de planification patrimoniale. 1. Le couple. Vie commune* (Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS et M. BOURGEOIS éd.), Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 157 et s. ; J.-F. TAYMANS, « Les cohabitants : quelles limites à la liberté des conventions ? », o.c., pp. 133, n° 4.

(58) Civ. Liège, 4 juin 2008, *Rev. not. belge*, 2008, p. 721.

(59) Mais non la stipulation d'une clause d'accroissement ou de tontine.

(60) Pour plus de détails : Ph. DE PAGE, « Le patrimoine des cohabitants et les difficultés en résultant – La cohabitation de fait », pp. 10-11 ; I. DE STEFANI, « Les clauses de comptes et les conventions patrimoniales entre cohabitants », o.c., p. 84, n° 15 ; Y.-H. LELEU, « Les biens et le logement du couple non marié », o.c., pp. 180-181, n° 57.

(61) Pour plus de détails : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 517-526, n° 454-455.

(62) H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, Gand, Mys & Breesch, 1991, pp. 172-173, n° 491 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, « Le ménage de fait », o.c., n° 407.

La convention de vie commune peut aussi contenir des dispositions relatives à l'exercice de l'*autorité parentale* en ce qui concerne les enfants communs, même pour la période consécutive à une rupture, mais de telles stipulations demeurent précaires (art. 387*bis* ; *infra*, n<sup>os</sup> 768 et s.).

Des *transmissions de patrimoine* peuvent être organisées, à divers degrés d'optimalité fiscale, au moyen, par exemple, d'une donation, d'une clause d'accroissement<sup>(63)</sup>, par l'acquisition en nue-propriété par un partenaire et en usufruit par l'autre, etc.<sup>(64)</sup>.

---

(63) Voy. sur les clauses d'accroissement et de tontine : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 519-526, n<sup>o</sup> 455.

(64) Pour plus de détails : F. TAINMONT, « Les mécanismes de transmissions patrimoniales entre cohabitants de fait autre que le testament », in *Manuel de planification patrimoniale. 1. Le couple. Vie commune* (Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS et M. BOURGEOIS éd.), Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 165-174.

## CHAPITRE 3

# LA COHABITATION LÉGALE

**399. Bibliographie.** L. BARNICH, « Union libre et cohabitation légale. Questions de droit international privé », in *Mélanges offerts à Roland De Valkeneer*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 1 ; P. BAURAIN, « La cohabitation légale : miracle ou mirage législatif ? », *Rev. not. belge*, 1998, p. 618 ; S. BRAT, « Le nouveau régime de la cohabitation légale : modèle revu et corrigé », *Div. Act.*, 1998, p. 121 ; F. BUYSSSENS, « Wettelijke samenwoning : het recht is geen zaak van billijkheid », *T. Fam.*, 2009, p. 65 ; H. CASMAN, « Wet van 28 maart 2007 tot regeling van het erfrecht van de langstlevende wettelijk samenwonende – Een eerste commentaar », *N.F.M.*, 2007, p. 125 ; H. CASMAN, « Wettelijke samenwoning », *NjW*, 2004, p. 182 ; C. COUQUELET, Y.-H. LELEU et E. VON FRENCKELL, « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale », in *Actualités de droit familial (1997-1999)* (Y.-H. LELEU éd.), Liège, CUP, vol. XXXIII, 1999, p. 7 ; N. DANDOY et F. TAINMONT, « Contours de la loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale », *R.R.D.*, 1999, p. 263 ; Ph. DE PAGE, « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale », *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 195 ; Ph. DE PAGE et A. CULOT (éd.), *Cohabitation légale et cohabitation de fait. Aspects civils et fiscaux*, Louvain-La-Neuve, Anthemis, 2008 ; E. DE KEZEL, « De wet tot invoering van de wettelijke samenwoning : een maat voor niets ? », *A.J.T.*, 1999-2000, p. 129 ; B. DELAHAYE et F. TAINMONT, « La cohabitation légale », *Rép. not.*, t. I, l. XX/1, Bruxelles, Larcier, 2013 ; P. DELNOY (éd.), *Le couple sous toutes ses formes. Mariage – cohabitation légale – cohabitation de fait*, Limal, Anthemis, 2013 ; L. DE SCHRIJVER, « De wet van 2 juni 2013 – Het juridisch arsenaal in de strijd tegen schijn- en gedwongen relaties andermaal uitgebreid », *R.G.D.C.*, 2015, p. 46 ; O. DE SCHUTTER et A. WEYEMBERGH, « La cohabitation légale. Une étape dans la reconnaissance des unions entre personnes du même sexe ? », *J.T.*, 2000, p. 93 ; I. DE STEFANI et Ph. DE PAGE, « La liquidation et le partage de la succession du cohabitant légal survivant – Rapports et réductions – De quelques difficultés imprévues », *Rev. not. belge*, 2010, p. 122 ; V. DEHALLEUX, « Le régime patrimonial des couples non mariés », in *Chroniques notariales* (Y.-H. LELEU coord.), vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 291 ; P. DELNOY, « Le successible par la cohabitation légale (Projet de loi) », in *Chroniques notariales* (Y.-H. LELEU coord.), vol. 45, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 554 ; S. EGGERMONT, « De afwikkeling van de samenwonningsrelatie », in *De beëindiging van de tweerelatie* (P. SENAËVE e.a. éd.), Anvers, Intersentia, 2012, p. 253 ; A. HEYVAERT, « De vermogensverhoudingen bij de wettelijke samenwoning », in *Familiaal vermogensrecht*, coll. Notariële actualiteit, n° 12, Bruges, die Keure, 2002, p. 33 ; Y.-H. LELEU, « De vermogensrechtelijke gevolgen van de wettelijke samenwoning. Commentaar bij de virtuele wet van 23 november 1998 », *N.F.M.*, 1999, p. 123 ; S. MOSSELMANS, « De wet van 23 november 1998 tot invoering van de wettelijke samenwoning en het gelijkheidsbeginsel », *R.W.*, 2000-2001, p. 1041 ; W. PINTENS, « Vermogensrechtelijke gevolgen van ongehuwd samenwonen. De wettelijke samenwoning », in *Familiaal vermogensrecht* (W. PINTENS éd.), Bruges,

die Keure, 2000, p. 1 ; P. SENAËVE et E. COENE, « De wet van 23 november 1998 tot invoering van de wettelijke samenwoning », *E.J.*, 1998, p. 150 ; J.-F. TAYMANS, « Cohabitation légale et pratique notariale », *Rev. not. belge*, 2004, p. 390 ; V. SAINT-GHISLAIN, « Cohabitations légales et mariages simulés : un renforcement légal », *J.T.*, 2014, p. 316 ; J.-F. TAYMANS, « Les cohabitants : quelles limites à la liberté des conventions ? », in *Le défi du notaire. Entre liberté et contraintes normatives* (F.R.N.B. éd.), Bruxelles, Larcier, 2011, p. 131 ; N. TORFS et E. VAN SOEST, « De redactie van een samenlevingsovereenkomst (wettelijke samenwoning) », in *Actualia Familiaal Vermogensrecht* (L. WEYTS, A. VERBEKE et E. GOOVAERTS éd.), Louvain, Universitaire Pers, 2003, p. 59 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « La cohabitation légale : *quo vadis* ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 9 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, « La cohabitation légale. Du contrat à l'institutionnalisation », in *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Bruges, die Keure, 2001, p. 323.

**400. Généralités.** La cohabitation légale (art. 1475-1479) a émergé en 1998 des longs débats parlementaires autour de l'institutionnalisation du ménage de fait, principalement pour répondre (très imparfaitement) aux demandes de protection juridique émanant des couples de même sexe. Il en est résulté une loi de compromis accordant certes aux couples qui ne peuvent ou ne veulent se marier une certaine protection patrimoniale, mais en retrait de propositions plus ambitieuses. En effet, pour éviter de concurrencer le mariage, on a minimisé la portée du statut et multiplié les symboles<sup>(1)</sup> : la cohabitation légale est ouverte à d'autres couples que ceux unis par une relation affective et sexuelle<sup>(2)</sup> ; elle figure au titre « *Des différentes manières d'acquérir la propriété* » ; elle se veut non modificative de l'état des cohabitants<sup>(3)</sup> ; elle demeure révocable *ad nutum*. Ces précautions paraissent vaines et mesquines, dès lors que le mariage est ouvert aux couples de même sexe.

En revanche, la cohabitation légale manifeste l'entérinement par le législateur de l'inhérente dissolubilité de tout statut juridique du couple<sup>(4)</sup>,

(1) Rappr. : F. BUYSSENS, « Wettelijke samenwoning : het recht is geen zaak van billijkheid », *o.c.*, p. 65.

(2) Partageant la même critique, et insistant sur la confusion des genres et des axes de solidarité patrimoniale (parents, alliés, partenaires affectifs...) : F. SWENNEN, *Het personen- en familierrecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, pp. 391-392, n° 663.

(3) En ce sens : Cass., 17 janvier 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 92, *R.W.*, 2013-2014, p. 903, note F. SWENNEN, *T. Fam.*, 2015, p. 132, note L. DE SCHRIJVER, selon laquelle la cohabitation légale organisée par les articles 1475 à 1479 du Code civil ne relève pas de l'état des personnes. Voy. également : P. SENAËVE et E. COENE, « De wet van 23 november 1998 tot invoering van de wettelijke samenwoning », *E.J.*, 1998, p. 154, n° 16 ; E. DE KEZEL, « De wet tot invoering van de wettelijke samenwoning : een maat voor niets », *A.J.T.*, 1999-2000, p. 136, n° 47. *Contra* : Gand, 27 novembre 2014, *T. Fam.*, 2015, p. 132, note L. DE SCHRIJVER ; Bruxelles, 15 juin 2006, *J.T.*, 2007, p. 598, note J.-L. VAN BOXSTAELE ; L. BARNICH, « Union libre et cohabitation légale. Questions de droit international privé », in *Mélanges offerts à Roland De Valkeneer*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 10, n° 13.

(4) Pour une critique : J.-L. RENÇON, « Mariage, cohabitation légale et union libre », *o.c.*, pp. 557 et s.

l'insertion d'un tel statut dans le domaine des volontés privées et l'ouverture de notre droit à la pluralité des modèles familiaux<sup>(5)</sup>.

Même ainsi conçue *a minima*, la cohabitation légale conserve un intérêt, et attire de plus en plus de couples<sup>(6)</sup> : elle facilite l'adoption de l'enfant du partenaire (*infra*, n° 684 et 708), permet la conclusion de conventions portant un régime patrimonial cohérent, octroie des droits successoraux et offre des avantages en matière de fiscalité. Elle se rapproche à certains égards du mariage<sup>(7)</sup>, qui, dans un mouvement inverse, devient de moins en moins contraignant et de plus en plus aisément dissoluble. Elle est confondue avec le mariage par certains couples moins informés sur l'infériorité de sa protection juridique. Cela n'est pas sans raisons ni dangers<sup>(8)</sup>, et cela confirme l'existence d'un besoin social d'unifier les régimes juridiques des institutions répondant aux besoins communs de tous les couples.

## SECTION I

### Accès au statut

**401. Définition.** Par « cohabitation légale », il y a lieu d'entendre (*sic*) « la situation de vie commune de deux personnes ayant fait une déclaration au sens de l'article 1476 du Code civil » (art. 1475, § 1<sup>er</sup>). Cette définition lourde et circulaire mêle conditions de fond et de forme d'accès au statut.

(5) Comp. : F. BUYSENS, « Wettelijke samenwoning : het recht is geen zaak van billijkheid », *o.c.*, p. 65.

(6) Pour une analyse : A.-Ch. VAN GYSEL, « La cohabitation légale : *quo vadis* ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, pp. 20-23.

(7) Notamment les législations régionales assimilent sur le plan des droits de succession époux et cohabitants légaux : Décr. fl. du 30 juin 2000 ; Décr. Rég. w. du 14 novembre 2001 ; Ord. Rég. Brux.-Cap. du 16 mai 2002 ; pour plus de détails, voy. not. A. CULOT, « Cohabitation de fait et cohabitation légale – Droits de succession », in *Manuel de planification patrimoniale. 1. Le couple. Vie commune* (Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS et M. BOURGEOIS éd.), Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 205-218 ; E. de WILDE d'ESTMAEL, « Les droits de succession et de donation entre cohabitants », in *Cohabitation légale et cohabitation de fait. Aspects civils et fiscaux* (Ph. DE PAGE et A. CULOT éd.), Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 151. En Région wallonne, l'art. 48 du Code des droits de succession imposait que la cohabitation légale ait duré un certain délai pour pouvoir bénéficier du tarif entre époux (un an, puis 6 mois après modification décrétole). Cet article a été jugé discriminatoire par la Cour constitutionnelle (C. const., 26 novembre 2009, n° 187/2009, *Rec. gén. enr. not.*, 2010, p. 65, note, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 311, *T.F.R.*, 2010, p. 414 (somm.)).

(8) Y.-H. LELEU, *Les collaborations économiques au sein des couples séparatistes : pour une indemnisation des dommages collaboratifs envers et contre tous choix*, *o.c.*, p. 67, n° 67 et *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 528, n° 456.

**402. Conditions de fond.** La cohabitation légale ne peut concerner que deux partenaires<sup>(9)</sup> capables (art. 1475, § 2, al. 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>). Les mineurs ne peuvent accéder à ce statut, faute d'un régime de dispense d'âge analogue au mariage (art. 145)<sup>(10)</sup>. Les personnes sous protection judiciaire déclarées incapables de faire une déclaration de cohabitation légale (art. 492/1, § 1<sup>er</sup>, al. 3, 10<sup>o</sup> ; *supra*, n<sup>o</sup> 182-4) ont la possibilité d'en demander l'autorisation au juge de paix (art. 1475, § 2, al. 2 à 4).

Les partenaires ne peuvent être unis par un mariage ni par une autre cohabitation légale (art. 1475, § 2, 1<sup>o</sup>)<sup>(11)</sup>. Le mariage ultérieur de l'un d'eux met fin de plein droit à la cohabitation légale (*infra*, n<sup>o</sup> 428).

La cohabitation légale concerne aussi bien des couples hétérosexuels qu'homosexuels, et des couples unis ou non par une relation affective. Elle est possible entre parents proches car il n'existe pas de prohibition à cohabitation légale inspirée de celle de l'inceste.

Le fait que la déclaration de cohabitation légale mentionne notamment le domicile commun (art. 1476, § 1<sup>er</sup>, al. 2, 3<sup>o</sup>) n'implique pas que la déclaration doive être précédée d'une cohabitation effective<sup>(12)</sup>.

**403. Déclaration écrite remise à l'officier de l'état civil.** La déclaration de cohabitation légale est faite au moyen d'un écrit remis contre récépissé à l'officier de l'état civil du domicile commun (art. 1476, § 1<sup>er</sup>). La déclaration peut avoir été rédigée antérieurement et être remise par mandataire. La loi n'exige pas la comparution personnelle des cohabitants<sup>(13)</sup>, mais celle-ci est conseillée afin de permettre à l'officier public de s'assurer de la volonté des partenaires d'établir une cohabitation légale<sup>(14)</sup>. L'officier de

(9) Certains auteurs plaident pour que la cohabitation légale soit ouverte à plus de deux personnes : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 391, n<sup>o</sup> 663 et p. 394, n<sup>o</sup> 667.

(10) En ce sens : C. COUQUELET, « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale – Le statut de cohabitant légal », in *Actualités de droit familial (1997-1999)* (Y.-H. LELEU éd.), Liège, CUP, vol. XXXIII, 1999, p. 44, n<sup>o</sup> 8 ; E. DE KEZEL, « De wet tot invoering van de wettelijke samenwoning : een maat voor niets ? », o.c., p. 130, n<sup>o</sup> 8 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n<sup>os</sup> 1436-1437.

(11) Le législateur qui a souhaité ne pas limiter la cohabitation légale au couple affectif crée ainsi une incompatibilité avec le seul couple affectif réglementé. Les cohabitants légaux peuvent avoir été mariés s'ils sont divorcés.

(12) A. HEYVAERT, *Het statuut van samenwoners. De samenwoning van volwassenen*, Anvers, Kluwer, 2001, p. 10, n<sup>o</sup> 13 ; Y.-H. LELEU, « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale – Le régime juridique de la cohabitation légale », in *Actualités de droit familial (1997-1999)* (Y.-H. LELEU éd.), Liège, CUP, vol. XXXIII, 1999, pp. 55-56, n<sup>o</sup> 40. *Contra* : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 394, n<sup>o</sup> 666 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « La cohabitation légale : *quo vadis* ? », o.c., p. 13, note 17.

(13) C. COUQUELET, « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale – Le statut du cohabitant légal », o.c., p. 47, n<sup>o</sup> 16 ; Ph. DE PAGE, « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale », *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 199, n<sup>o</sup> 9 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n<sup>o</sup> 1501 ; *contra* : A. HEYVAERT, *Het statuut van samenwoners. De samenwoning van volwassenen*, o.c., p. 15, n<sup>o</sup> 16.

(14) En ce sens : C. COUQUELET, « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale – Le statut du cohabitant légal », o.c., p. 47, n<sup>o</sup> 16.

l'état civil qui a reçu la déclaration vérifiée<sup>(15)</sup> si les parties satisfont aux conditions légales (art. 1476, § 1<sup>er</sup>, al. 3)<sup>(16)</sup>.

La cohabitation légale prend cours à dater non de la signature, mais de la remise de l'écrit<sup>(17)</sup>. Elle requiert que les partenaires soient en vie à ce moment<sup>(18)</sup>. Cette date revêt une grande importance depuis que le cohabitant légal est titulaire d'un droit successoral (*infra*, n° 422-1).

La déclaration contient, à peine d'irrecevabilité, les informations suivantes (art. 1476, § 1<sup>er</sup>, al. 2, 1°-6°) : date, noms, prénoms, lieu et date de naissance des parties ainsi que leurs signatures, leur domicile commun, la mention de leur volonté de cohabiter légalement, celle que les partenaires ont pris connaissance des dispositions du Code civil régissant la cohabitation légale<sup>(19)</sup> et, enfin, la mention d'une éventuelle convention de cohabitation<sup>(20)</sup>.

**404. Inscription au registre de la population.** Après ces vérifications, l'officier de l'état civil acte la déclaration dans le registre de la population (art. 1476, § 1<sup>er</sup>, al. 3 *in fine*) et non dans les registres de l'état civil.

La cohabitation légale peut être mentionnée sur les extraits du registre de la population et fait partie des données reprises dans le registre national (*supra*, n°s 60-61).

**404-1. Cohabitation légale simulée ou forcée.** L'émergence de cohabitations légales simulées à des fins d'obtention d'un titre de séjour a fait apparaître les lacunes du dispositif législatif. Le législateur a réagi par une loi du 2 juin 2013 édictant des mesures préventives et répressives,

(15) L'art. 64, §§ 3 et 4, C. civ. s'applique par analogie (art. 1476, § 1<sup>er</sup>, al. 4, L. 3 décembre 2005 ; *supra*, n° 332).

(16) En cas de refus, un recours est ouvert devant le tribunal de la famille (P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 1542).

(17) Bruxelles, 27 juin 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 552, *T. Fam.*, 2009, p. 70, note K. BOONE ; N. DANDUY et F. TAINMONT, « Contours de la loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale », *R.R.D.*, 1999, p. 264 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 1503 ; comp. : Ph. DE PAGE, « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale », o.c., p. 199, n° 9 (entrée en vigueur de la *convention* à la date de sa rédaction) ; P. DELNOY, « Le successible par la cohabitation légale (Projet de loi) », *Chroniques notariales* (Y.-H. LELEU coord.), vol. 45, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 560-561 ; F. TAINMONT, « La loi du 28 mars 2007 relative aux droits successoraux du cohabitant légal. Aspects civil », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 10 (date mentionnée sur le récépissé remis par l'officier d'état civil lors du dépôt de la déclaration de cohabitation légale).

(18) Bruxelles, 27 juin 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 552, *T. Fam.*, 2009, p. 70, note K. BOONE. Sur cette question controversée : B. DELAHAYE et F. TAINMONT, « La cohabitation légale », *Rép. not.*, t. I, l. XX/1, Bruxelles, Larcier, 2013, n° 10.

(19) La lecture de ces dispositions n'est pas imposée à l'officier de l'état civil qui reçoit la déclaration écrite.

(20) Ainsi que, selon nous, le nom du notaire dépositaire (dans le même sens : C. COUQUELET, « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale – Le statut de cohabitant légal », o.c., p. 46, n° 14).

similaires à leur équivalent en matière de mariage (art. 1476*bis-quinquies* ; art. 79*ter-quater*, L. du 15 décembre 1980 ; *supra*, n° 326)<sup>(21)</sup>.

Il « n'y a pas » de cohabitation légale lorsque « l'intention d'au moins une des parties vise manifestement uniquement l'obtention d'un avantage en matière de séjour » (art. 1476*bis*)<sup>(22)</sup>.

De même, la déclaration de cohabitation légale ne sera pas valable lorsque le libre consentement des deux cohabitants fait défaut ou lorsque l'un d'eux aura donné son consentement sous la violence ou la menace (art. 1476*ter*).

Comme pour un mariage, l'officier d'état civil peut *refuser* d'acter une déclaration de cohabitation légale lorsqu'il constate qu'elle se rapporte à une situation de simulation ou de violence (art. 1476*quater*). Pour les mêmes motifs et en présence de présomptions sérieuses, il peut *surseoir* à acter la déclaration de cohabitation, le cas échéant après avoir recueilli l'avis du procureur du Roi afin de procéder à une enquête complémentaire. La décision de refus est susceptible de recours devant le tribunal de la famille (art. 572*bis*, 2°, C. jud.).

En cas d'échec du mécanisme préventif, une action en *nullité* pourra être introduite devant le tribunal de la famille par les cohabitants légaux ou par toute personne y ayant un intérêt, notamment le procureur du Roi (art. 1476*quinquies*, § 1<sup>er</sup>).

À la manière d'un mariage putatif, la cohabitation légale annulée produit ses effets en faveur du cohabitant de bonne foi et, en toute hypothèse, en faveur des enfants (art. 1476*quinquies*, § 2).

(21) Voy. aussi : Circulaire du 6 septembre 2013 ; L. DE SCHRIJVER, « Schijn-wettelijke samenwoning », *Juristenkrant*, 2013, n° 276, p. 16 ; V. SAINT-GHISLAIN, « Cohabitations légales et mariages simulés : un renforcement légal », *J.T.*, 2014, p. 316 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « La cohabitation légale : *quo vadis* ? », *o.c.*, p. 9.

(22) On relève que la condition d'absence de volonté de créer une « communauté de vie durable » (art. 146*bis*) n'est pas reprise pour ne pas déroger à l'esprit de la cohabitation légale (A.-Ch. VAN GYSEL, « La cohabitation légale : *quo vadis* ? », *o.c.*, p. 12). À tort selon nous, A.-Ch. Van Gysel estime que l'officier de l'état civil devrait apprécier (positivement) si la cohabitation légale est « réelle », ce qui selon lui pose des difficultés vu l'absence de référence à la volonté de créer une vie commune durable, et vu les autres mobiles possibles d'une cohabitation légale (fiscaux, sociaux, *etc.*), non incriminés par le texte (*ibid.*, pp. 12-16). À notre avis, l'article 1476*bis* du Code civil impose la preuve d'une volonté de rechercher « manifestement uniquement » des avantages en termes de séjour en Belgique, preuve rapportée si le mobile déterminant d'un des cohabitants est prouvé tel selon la méthodologie éprouvée en matière de mariage simulé et préconisée par la circulaire du 6 septembre 2013, peu importe qu'il y ait cohabitation au moment de la déclaration.

## SECTION 2

### Effets personnels

#### § 1. Cohabitation et fidélité

**405. Renvois.** Pas plus qu'entre partenaires de fait, il n'existe entre cohabitants légaux un devoir de cohabitation ou de fidélité. Le statut est des plus précaires (*infra*, n° 427) et les propos consacrés aux modalités conventionnelles du droit de rupture entre cohabitants de fait valent *mutatis mutandis* (*supra*, n° 376).

#### § 2. Contribution aux charges de la vie commune

**406. Notion.** Comme les époux, les cohabitants légaux contribuent aux charges de la *vie commune* en proportion de leurs facultés (art. 1477, § 3). Cette obligation légale instaure une solidarité patrimoniale qui n'existe pas en union libre.

Pour les couples unis par une relation affective, les charges de la vie commune s'identifient à celles du mariage (art. 221) et englobent le nécessaire à l'organisation et au fonctionnement de la cohabitation<sup>(23)</sup>. Elles comprennent la prise en charge par le couple des frais d'éducation de l'enfant d'un seul des cohabitants.

En dépit de son caractère impératif, cette obligation est précaire comme le statut<sup>(24)</sup>. Elle sert surtout à fonder des demandes de paiement d'arriérés de contribution<sup>(25)</sup>, avec plus de chances de réussite que l'enrichissement sans cause en union libre, et suivant une méthode de calcul éprouvée<sup>(26)</sup>. Elle peut aussi justifier une dispense d'indemnité d'occupation pour usage exclusif d'un immeuble indivis, sauf à considérer qu'une telle situation signe la disparition de la « vie commune »<sup>(27)</sup>.

Notons que si le paiement d'arriérés de contribution est ordonné par le juge non en capital mais sous forme de paiements mensuels, cette mesure risque d'être vaine puisqu'il suffira au cohabitant y condamné

(23) Voy. : F. TAINMONT, « Les charges du ménage », *o.c.*, p. 143, n° 33.

(24) A. WYLLEMAN et R. DEKKERS, *Handboek burgerlijk recht. I. Personenrecht. Familierecht*, 3<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 240, n° 354.

(25) Lorsque, par exemple, la part contributive de l'autre cohabitant n'a pas été proportionnelle à ses facultés.

(26) Ph. DE PAGE, « Les créances et comptes entre cohabitants et la loi du 23 novembre 1998 », in *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale* (J.-L. RENCHON et F. TAINMONT éd.), Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia/Bruylant, 2000, p. 319, n° 13.

(27) En ce sens : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 11<sup>e</sup> éd., *o.c.*, n° 1471.

de mettre fin à la cohabitation légale pour ne plus devoir payer ces sommes<sup>(28)</sup>.

**407. Délégation de sommes.** L'article 1477, § 3, du Code civil ne reproduit pas les dispositions des alinéas 2 à 6 de l'article 221, relatives à la délégation de sommes. Ce mécanisme de paiement n'est donc pas envisageable sur cette base<sup>(29)</sup>, mais seulement à titre de mesure urgente et temporaire (art. 1479 *jo.* 1253*ter*/5, 6° C. jud.)<sup>(30)</sup>.

### § 3. Mesures urgentes pendant la cohabitation légale

#### I. Conditions

**408. Entente sérieusement perturbée.** La possibilité d'obtenir du tribunal de la famille (anciennement du juge de paix) qu'il résolve au provisoire les crises entre les cohabitants légaux a constitué une innovation et accentué le contraste avec la situation des partenaires de fait, confrontés à un éclatement des compétences en cas de crise dans le couple (*supra*, n° 381)<sup>(31)</sup>. Une catégorie particulière de mesures vise à aménager la *cession* de la cohabitation légale (art. 1479, al. 3) ; elle obéit à un régime spécifique (*infra*, n° 432).

Comme la cohabitation légale n'entraîne aucun « devoir » auquel on pourrait manquer, la seule condition d'obtention des mesures urgentes et provisoires est l'« entente sérieusement perturbée » (art. 1479, al. 1<sup>er</sup>)<sup>(32)</sup>.

**409. Compétence et procédure.** Le *tribunal de la famille* de la dernière résidence commune des cohabitants est compétent, sans préjudice de la compétence du tribunal de la famille précédemment saisi ou du tribunal du domicile ou de la résidence habituelle du mineur pour les demandes qui le concernent (art. 572*bis*, 3° et 629*bis* C. jud.).

La procédure est celle, rendue applicable par renvoi (art. 1479, al. 4), des demandes relatives aux droits et devoirs des époux

(28) Voy. : B. DELAHAYE, V. LÈBE-DESSARD et F. TAINMONT, « La cohabitation légale », in *Les personnes, Rép. not.*, t. I, l. X/1, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 60, n° 35.

(29) N. DANDOY et F. TAINMONT, « Contours de la loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale », *o.c.*, p. 272 ; Y.-H. LELEU, « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale – Le régime juridique de la cohabitation légale », *o.c.*, p. 62, n° 56 ; W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, *o.c.*, p. 491, n° 920 ; P. SENAEEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n° 1682.

(30) Ph. DE PAGE, « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale », *o.c.*, p. 207, n° 19.

(31) Situation non jugée discriminatoire par la Cour constitutionnelle (*supra*, n° 381, note 55).

(32) J. GERLO et G. VERSCHULDEN, *Handboek voor familierecht*, *o.c.*, p. 614, n° 1863 ; E. VON FRENCKELL, « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale – Les mesures urgentes et provisoires ordonnées par le juge de paix », in *Actualités de droit familial (1997-1999)* (Y.-H. LELEU éd.), Liège, CUP, vol. XXXIII, 1999, p. 87, n° 115.

(art. 1253ter-1253octies C. jud. ; *supra*, n° 361). Les causes réputées urgentes par l'article 1253ter/4 du Code judiciaire seront instruites comme en référé (*supra*, n° 362). Un renvoi de la cause devant la chambre de règlement à l'amiable sera, le cas échéant, ordonné, à la demande d'une des parties ou d'office (art. 731 C. jud.). Une médiation familiale pourra également être envisagée (*supra*, n° 356).

**410. Caractères.** Chacun des cohabitants peut demander la révision des mesures ordonnées en cas d'éléments nouveaux (art. 1253ter/7 C. jud.). Les mesures provisoires n'affectent pas la compétence du juge du fond<sup>(33)</sup>.

Elles sont limitées dans leur durée par le tribunal, qui n'est pas tenu par un délai maximal<sup>(34)</sup>, et cessent en toute hypothèse à la fin de la cohabitation légale<sup>(35)</sup>, sauf lorsqu'elles concernent les enfants communs (art. 1479, al. 2 *in fine*). C'est leur point faible : une déclaration unilatérale de cessation de la cohabitation suffit à les rendre caduques, au point qu'il faille conseiller au demandeur d'agir après avoir dénoncé la cohabitation légale, dans un délai de 3 mois, pour demander des mesures justifiées par la séparation (art. 1479, al. 2 ; *infra*, n° 432)<sup>(36)</sup>.

## 2. Mesures

**411. Séparation des cohabitants.** Le tribunal de la famille est habilité à organiser la séparation des cohabitants et l'occupation de la résidence commune (art. 1479, al. 1<sup>er</sup> *jo.* art. 1253ter/4, et 1253ter/5 C. jud.). Il modalise l'exercice tant du droit de propriété que du droit au bail sur le logement familial<sup>(37)</sup>. Il peut donc attribuer temporairement la jouissance exclusive d'un immeuble ou du bail à l'un des cohabitants et assortir son

(33) Gand, 7 octobre 2002, *NjW*, 2003, p. 63, R.A.B.G., 2003, p. 935, note M. GOVAERTS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 249 (somm.).

(34) Comp. *infra*, n° 432, en ce qui concerne les mesures urgentes liées à la cessation de la cohabitation légale (art. 1479, al. 3).

(35) Plus précisément le jour où l'officier de l'état civil acte la cessation de la cohabitation légale dans le registre de la population (art. 1479 *jo.* art. 1476, § 2, al. 6).

(36) En ce sens et partageant cette critique : A.-Ch. VAN GYSEL, « La cohabitation légale : *quo vadis* ? », *o.c.*, p. 25. Sur le sort de la demande de mesures urgentes en cas de cessation de la cohabitation légale avant le prononcé, et la possibilité d'étendre la demande à une mesure fondée sur l'article 1479, al. 3 : J.P. Beveren, 9 mai 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 828 (somm.), *T. Fam.*, 2013, p. 13, note S. EGGERMONT ; Civ. Dendermonde, 30 juin 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 827 (somm.), *T. Fam.*, 2013, p. 14, note S. EGGERMONT ; *contra* : J.P. Westerlo, 14 juillet 2010, *J.J.P.*, 2011, p. 40 ; J.P. Wavre, 14 février 2011, *J.J.P.*, 2012, p. 73 ; S. EGGERMONT, « De afwikkeling van de samenwoningsrelatie », *o.c.*, pp. 261 et s., n° 420.

(37) En ce sens : W. PINTENS, J. DU MONGH, Ch. DECLERCK et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, *o.c.*, p. 493, n° 924 ; E. VON FRENCKELL, « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale – Les mesures urgentes et provisoires ordonnées par le juge de paix », *o.c.*, p. 82, n° 104 ; *contra* : E. DE KEZEL, « De wet tot invoering van de wettelijke samenwoning : een maat voor niets ? », *o.c.*, p. 136, n° 42 ; P. SENAËVE et E. COENE, « De wet van 23 november 1998 tot invoering van de wettelijke samenwoning », *o.c.*, p. 158, n° 30.

ordonnance de mesures accessoires (expulsion, astreinte, interdiction de résider à proximité<sup>(38)</sup>, *etc.*). Il n'est par contre pas habilité à dispenser l'occupant du paiement d'une indemnité d'occupation, car l'absence de devoir légal de secours interdit d'assimiler l'occupation gratuite à une mesure alimentaire (sauf en ce qui concerne la part d'occupation par les enfants)<sup>(39)</sup>.

En cas de *violences entre partenaires* avérées, ou d'indices sérieux en ce sens, l'attribution provisoire de la jouissance de la résidence commune est de droit au profit de la victime, sauf circonstances exceptionnelles (art. 1253ter/5, al. 3 C. jud. ; *supra*, n° 366).

**412. Mesures relatives aux enfants.** Les enfants potentiellement concernés par les mesures de crise sont seulement ceux communs aux deux cohabitants<sup>(40)</sup>. Ces mesures portent sur l'exercice de l'autorité parentale et le devoir parental d'entretien<sup>(41)</sup>. Elles ne sont pas caduques dès la cessation de la cohabitation légale.

**413. Mesures patrimoniales.** La portée générale de l'article 1479 du Code civil et son parallélisme avec l'article 223 du même Code conduisent à penser que tous les biens du couple, y compris les biens personnels, sont potentiellement la cible des mesures patrimoniales<sup>(42)</sup> et que celles-ci sont analogues à celles concevables à l'égard d'un couple marié, dans le même respect du principe dispositif<sup>(43)</sup>.

(38) Telles sont vraisemblablement les seules mesures que le tribunal de la famille pourrait ordonner relativement à la « personne » des cohabitants (art. 1479, al. 1<sup>er</sup>).

(39) A.-Ch. VAN GYSEL, « La cohabitation légale : *quo vadis* ? », *o.c.*, p. 26.

(40) En ce sens : N. DANDUY et F. TAINMONT, « Contours de la loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale », *o.c.*, p. 277 ; E. DE KEZEL, « De wet tot invoering van de wettelijke samenwoning : een maat voor niets ? », *o.c.*, p. 136, n° 43. *Contra* : P. BAURAIN, « La cohabitation légale : miracle ou mirage législatif ? », *Rev. not. belge*, 1998, p. 625 ; A. HEYVAERT, *Het statuut van samenwoners. De samenwoning van volwassenen*, *o.c.*, p. 39, n° 28 ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 427, n° 704. Comp. : art. 1477, § 4 : solidarité des dettes contractées par l'un des cohabitants légaux pour les besoins des enfants « qu'ils éduquent ».

(41) J.P. Zomergem, 27 mai 2005, *T. Not.*, 2005, p. 495, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 256 (somm.), *J.J.P.*, 2007, p. 345.

(42) En ce sens : W. PINTENS, J. DU MONGH, Ch. DECLERCK et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, *o.c.*, p. 494, n° 925 ; E. VON FRENCKELL, « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale – Les mesures urgentes et provisoires ordonnées par le juge de paix », *o.c.*, p. 84, n° 111.

(43) La *sanction* d'une éventuelle interdiction d'aliéner ou d'hypothéquer des *immeubles* n'est pas claire (comp. : art. 1253sexies C. jud. jo. art. 507 C. pén. relativement aux *meubles*). L'art. 224, § 1<sup>er</sup>, 2, prescrivant la nullité des actes accomplis en violation d'une telle interdiction, n'a pas été rendu applicable à la cohabitation légale. En dépit de cette lacune, l'esprit de la protection légale commande que l'annulation des actes d'aliénation immobilière puisse être obtenue (argument tiré de l'art. 1477, § 2, rendant applicable l'art. 224, § 1<sup>er</sup>, 1, et de l'art. 1253sexies C. jud. prescrivant la publicité de la mesure ; en ce sens : A. HEYVAERT, *Het statuut van samenwoners. De samenwoning van volwassenen*, *o.c.*, p. 41, n° 42 ; Y.-H. LELEU, « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale – Le régime juridique de la cohabitation légale », *o.c.*, p. 58, n° 46 ; comp. : E. VON FRENCKELL, « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale – Les mesures urgentes et provisoires ordonnées

**414. Mesures alimentaires.** Il n'existe pas entre cohabitants légaux d'« obligation légale » de secours analogue à celle entre époux. Chacun peut tout au plus réclamer l'exécution de l'obligation de contribution aux charges de la vie commune<sup>(44)</sup>. À titre de mesure de crise, il peut obtenir soit une pension temporaire, soit une délégation de sommes<sup>(45)</sup>.

## SECTION 3

### Effets patrimoniaux

**415-422. Régime patrimonial impératif mais précaire. Analogie législative. Renvoi.** Le régime patrimonial impératif de la cohabitation légale est un embryon de régime primaire (art. 1477), tandis que le régime supplétif, secondaire, est caractérisé par l'indépendance patrimoniale (art. 1478).

Ce régime patrimonial s'applique dès la *remise* de la déclaration de cohabitation légale à l'officier de l'état civil (art. 1477, § 1<sup>er</sup> *in fine* ; *supra*, n° 403) et jusqu'à la cessation de celle-ci (*infra*, n° 427).

La technique utilisée par le législateur pour définir ce régime patrimonial est originale : tantôt la loi déclare applicables par analogie certains articles du régime matrimonial primaire (art. 215, 220, § 1<sup>er</sup>, et 224, § 1<sup>er</sup>, 1, relatifs au logement familial), tantôt elle en reprend d'autres qu'elle adapte à la cohabitation légale (art. 221 et 222 relatifs aux charges et dettes liées à la vie commune).

Ce régime est traité dans notre ouvrage *Droit patrimonial des couples*, la présente édition se limitant aux effets successoraux et aux conventions de cohabitation.

## § I. Droits successoraux

**422-1. Droits successoraux du cohabitant légal survivant.** Poursuivant l'uniformisation juridique des statuts patrimoniaux des couples, la loi du 28 mars 2007 a accordé un droit successoral *ab intestat* au cohabitant légal survivant<sup>(46)</sup>, ce qui a valu à l'institution un regain de succès, et aussi une plus grande confusion avec le mariage, dans l'imaginaire de certains.

par le juge de paix », *o.c.*, p. 85, n° 112, qui suggère, si l'on ne se rallie pas à cette thèse, de demander que la mesure d'interdiction d'aliéner soit assortie d'une astreinte.

(44) J.P. Zomergem, 27 mai 2005, précité (absence de ménage commun) ; B. DELAHAYE et F. TAINMONT, « La cohabitation légale », *o.c.*, n° 34.

(45) *Contra* : B. DELAHAYE et F. TAINMONT, « La cohabitation légale », *o.c.*, n° 36.

(46) Bibliographie : R. BARBAIX, « Art. 745octies B.W. », in *Erfenissen, schenkingen en testamenten – Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer* (M. COENE, W. PINTENS et A. VASTERSAVENDTS éd.), Malines, Kluwer, feuil. mob. ; E. BEGUIN, « Le cohabitant légal survivant : cohabitation *versus* mariage – Vers un mariage *bis...* », *Rev. not. belge*, 2007, p. 346 ; H. CASMAN, « Wet van 28 maart

Ce droit n'est pas réservataire et limité à l'usufruit de l'immeuble affecté durant la vie commune à la résidence de la famille et de ses meubles, ou au droit au bail relatif à ce même logement (art. 745octies, § 1<sup>er</sup>, al. 2)<sup>(47)</sup>.

Il n'est octroyé qu'au cohabitant légal qui n'est pas descendant du défunt, afin de maintenir l'égalité entre les héritiers (art. 745octies, § 1<sup>er</sup>, al. 3)<sup>(48)</sup>. Le cohabitant survivant doit être apte à succéder, ne pas être indigne (art. 727) et se trouver au moment du décès en relation de cohabitation légale<sup>(49)</sup>. Une séparation de fait n'a d'incidence que sur la destination familiale du logement.

Contrairement aux droits du conjoint survivant, ceux du cohabitant légal ne sont pas fonction des héritiers en concours<sup>(50)</sup>. Les règles de conversion de l'usufruit du conjoint survivant s'appliquent par analogie (art. 745octies, § 3) et donnent au cohabitant survivant la maîtrise de la conversion, ce qui est critiqué par certains<sup>(51)</sup>. Une controverse a surgi

---

2007 tot regeling van het erfrecht van de langstlevende wettelijk samenwonende – Een eerste commentaar », *N.F.M.*, 2007, p. 125 et « Erfrecht van de langstlevende wettelijk samenwonende Partner (LLP) – Clausules voor testamentaire beschikkingen », *N.F.M.*, 2008, p. 117 ; C. CASTELEIN, *Erfrecht wettelijk samenwonenden m.i.u. alle overige wijzigingen van het erfrecht door de wet van 28 maart 2007*, Gand, Larcier, 2007, « Het erfrecht van wettelijk samenwonende partners », *T. Not.*, 2007, p. 570, et « De wet van 28 maart 2007 tot invoering van een erfrecht voor wettelijk samenwonende partners en andere erfelijke innovaties », *T. Fam.*, 2007, p. 186 ; B. DELAHAYE et F. TAINMONT, « La cohabitation légale », *Rép. not.*, t. I, l. XX/1, Bruxelles, Larcier, 2013, n<sup>os</sup> 89 et s. ; I. DE STEFANI et Ph. DE PAGE, « La liquidation et le partage de la succession du cohabitant légal survivant – Rapports et réductions – De quelques difficultés imprévues », *Rev. not. belge*, 2010, p. 122 ; P. DELNOY, « La succession du cohabitant légal – De quelques questions controversées », in *Cohabitation légale et cohabitation de fait. Aspects civils et fiscaux* (Ph. DE PAGE et A. CULOT éd.), Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 91 ; F. TAINMONT, « La loi du 28 mars 2007 relative aux droits successoraux du cohabitant légal – Aspects civils », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 7 ; E. de WILDE d'ESTMAEL, « La nouvelle législation sur les droits successoraux du cohabitant légal », in *La nouvelle loi sur le droit successoral du cohabitant légal survivant* (E. de WILDE d'ESTMAEL éd.), Malines, Kluwer, 2007, p. 151 ; W. PINTENS et V. ALLAERTS, « Het erfrecht van de langstlevende wettelijk samenwonende – Een commentaar op de wet van 28 maart 2007 », *R.W.*, 2007-2008, pp. 258-270 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « La cohabitation légale : *quo vadis* ? », *o.c.*, p. 26.

(47) Il ne peut s'agir que d'un bail de résidence principale et non d'un bail à vie ou *intuitu personae* qui s'est éteint au décès (*Doc. parl.*, Sén., sess. 2006-2007, n<sup>o</sup> 3-2015/3, p. 7). Il ne peut s'agir d'un droit réel démembré (usage, habitation, superficie, emphytéose, usufruit). Le sort de la garantie locative est contesté (voy. : P. DELNOY, « La succession du cohabitant légal – De quelques questions controversées », *o.c.*, p. 101, n<sup>o</sup> 19 ; comp. : C. CASTELEIN, *Erfrecht wettelijk samenwonenden m.i.u. alle overige wijzigingen van het erfrecht door de wet van 28 maart 2007*, *o.c.*, pp. 27-28, n<sup>o</sup> 38 ; F. TAINMONT, « La loi du 28 mars 2007 relative aux droits successoraux du cohabitant légal – Aspects civils », *o.c.*, p. 23).

(48) Cette règle s'applique même si le descendant est exclu par la règle des degrés (ex. : une grand-mère qui est en cohabitation légale avec son petit-fils et dont le fils vit toujours) ou si le descendant renonce à la succession légale.

(49) Les moments auxquels la cohabitation légale commence (*supra*, n<sup>o</sup> 403) et prend fin (*infra*, n<sup>o</sup> 429-430) deviennent donc cruciaux.

(50) Pour une critique : A.-Ch. VAN GYSEL, « La cohabitation légale : *quo vadis* ? », *o.c.*, pp. 27-28.

(51) A.-Ch. VAN GYSEL, « La cohabitation légale : *quo vadis* ? », *o.c.*, p. 28.

sur la nature ordinaire ou anormale de la dévolution, avec des incidences sur le rapport des donations et sur la composition de la masse fictive<sup>(52)</sup>.

Pour accentuer le parallélisme, deux obligations alimentaires à charge de la succession ont été instaurées : l'une pour les enfants du prémourant dont le cohabitant légal n'est pas l'auteur ; l'autre pour les ascendants du prémourant à concurrence des droits dont ils sont privés par des libéralités faites au cohabitant survivant (art. 1477, §§ 5 et 6 ; *infra*, n<sup>os</sup> 793 et 805).

## § 2. Convention de cohabitation légale

**423-425. Conditions. Opposabilité aux tiers.** Les cohabitants règlent les modalités de leur cohabitation par convention « comme ils le jugent à propos », dans le respect de l'article 1477, des bonnes mœurs et des règles relatives à l'autorité parentale, à la tutelle et à l'ordre légal de la succession<sup>(53)</sup> (art. 1478, al. 4).

La convention est notariée et mentionnée au registre de la population, tout comme les modifications de celle-ci<sup>(54)</sup>. Cette mesure de publicité est jugée insuffisante : elle ne rend pas le contenu de la convention opposable aux tiers, mais seulement son existence et sa date<sup>(55)</sup>. Les tiers conservent les droits que leur reconnaissent le régime primaire et le régime secondaire de la cohabitation légale, et surtout les articles 7 et 8 de la loi hypothécaire.

**426. Contenu (renvoi).** Les cohabitants peuvent aménager leurs relations patrimoniales en créant des indivisions ou un patrimoine commun interne, en modalisant l'obligation de contribution aux charges de la vie commune, la gestion des biens indivis ou encore en prévoyant des mécanismes compensatoires des transferts entre patrimoines ainsi que des obligations alimentaires<sup>(56)</sup>.

(52) Pour une analyse approfondie : B. DELAHAYE et F. TAINMONT, « La cohabitation légale », *o.c.*, n° 98 (succession anormale).

(53) Auxquelles on ajoutera la présomption de libéralité (art. 1478, al. 3) (Ph. DE PAGE, « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale », *o.c.*, p. 212, n° 26 ; *contra* : P. SENAEVE et E. COENE, « De wet van 23 november 1998 tot invoering van de wettelijke samenwoning », *o.c.*, p. 157, n° 26). Sur ces restrictions : B. DELAHAYE et F. TAINMONT, « La cohabitation légale », *o.c.*, n° 69 ; J.-F. TAYMANS, « Les cohabitants : quelles limites à la liberté des conventions ? », *o.c.*, p. 141.

(54) B. DELAHAYE et F. TAINMONT, « La cohabitation légale », *o.c.*, n° 68 (le notaire n'est pas tenu de remplir cette formalité et en avertira les cohabitants).

(55) B. DELAHAYE et F. TAINMONT, « La cohabitation légale », *o.c.*, n° 75 ; Ph. DE PAGE, « Les créances et comptes entre cohabitants et la loi du 23 novembre 1998 », *o.c.*, p. 315 ; I. DE STEFANI, « Les clauses de comptes et les conventions patrimoniales entre cohabitants », *o.c.*, pp. 82-86, n<sup>os</sup> 11 à 16 ; Y.-H. LELEU, « Les biens et le logement du couple non marié », *o.c.*, pp. 177-178, n<sup>os</sup> 48-53 ; plus nuancé : J.-F. TAYMANS, « La convention notariée de vie commune », *o.c.*, pp. 105-106 ; *contra* : A. HEYVAERT, *Het statuut van samenwoners. De samenwoning van volwassenen*, *o.c.*, p. 27, n° 28.

(56) Pour plus de détails : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 541-546, n° 474-478.

D'autres aménagements du cadre juridique de la relation des cohabitants légaux sont concevables, notamment, mais avec prudence, en ce qui concerne la cessation unilatérale et ses conséquences ; les développements qui y ont été consacrés à propos de l'union libre valent *mutatis mutandis* (*supra*, n° 397).

## SECTION 4

### Cessation de la cohabitation légale

#### § I. Modalités

**427. Liberté de rupture.** L'organisation minutieuse par la loi de la cessation de la cohabitation légale (art. 1476, § 2) ne dissimule pas la précarité du statut : la volonté individuelle prime, sans contrôle judiciaire, et n'est pas limitée par des conséquences alimentaires ou patrimoniales.

**428. Cessation de plein droit.** La cohabitation légale cesse de plein droit par le *mariage* d'un des partenaires avec un tiers (ou avec son cohabitant) et à la date de celui-ci (art. 1476, § 2, al. 1<sup>er</sup>). Aucune obligation d'information n'est prévue<sup>(57)</sup>.

Le *décès* d'un des partenaires met également fin à la cohabitation légale dès ce moment (art. 1476, § 2, al. 1<sup>er</sup>). Il ouvre au cohabitant légal survivant un droit successoral (*supra*, n° 422-1), mais pas d'action alimentaire à charge de sa succession (*infra*, n° 803).

**429. Cessation amiable.** Une cessation de commun accord de la cohabitation légale (art. 1476, § 2, al. 2 et 3) ne doit pas être précédée de conventions liquidatives : l'accord des cohabitants ne porte que sur la cessation de la cohabitation légale.

Celle-ci prend effet *inter partes* par et à la date de la remise d'une déclaration écrite<sup>(58)</sup>, au contenu défini par la loi, à l'officier de l'état civil compétent<sup>(59)</sup>, qui l'acte dans le registre de la population (art. 1476, § 2, al. 3 et 6).

(57) Cette situation peut être douloureuse pour le cohabitant délaissé, mais aussi pour ses créanciers s'agissant de dettes contractées « pour les besoins de la vie commune ». Celles-ci demeurent solidaires si le créancier, de bonne foi, a cru à la subsistance d'une vie commune. Il est néanmoins de l'intérêt du cohabitant qui envisage de se marier de mettre préalablement fin à la cohabitation suivant la procédure légale, et même d'en avertir certains créanciers potentiels. Voy. à ce sujet : B. DELAHAYE et F. TAINMONT, « La cohabitation légale », *o.c.*, n° 80.

(58) B. DELAHAYE et F. TAINMONT, « La cohabitation légale », *o.c.*, n° 82. L'art. 1476 n'impose pas la remise de la déclaration par les deux cohabitants (*contra* : A. HEYVAERT, *Het statuut van samenwoners. De samenwoning van volwassenen*, *o.c.*, p. 48, n° 48).

(59) Celui de la commune du domicile commun ou de l'une des parties. Comp. : Ph. DE PAGE, « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale », *o.c.*, p. 203, n° 13. La rupture prend cours à dater de la remise à l'officier d'état civil de la déclaration d'intention conjointe de rompre la

À l'égard des tiers, elle prend effet au moment de l'inscription dans les registres de la population<sup>(60)</sup>.

**430. Cessation unilatérale.** Chaque cohabitant peut mettre fin unilatéralement à la cohabitation légale (art. 1476, § 2, al. 2 et 4). La simple séparation est toutefois insuffisante : la cessation doit être formalisée par une déclaration écrite – cette fois signée par un seul des cohabitants –, remise à l'officier de l'état civil compétent et actée dans le registre de la population (art. 1476, § 2, al. 4 et 6)<sup>(61)</sup>. La cessation unilatérale de la cohabitation est signifiée à l'autre cohabitant par l'officier de l'état civil, au moyen d'un exploit d'huissier, dans les 8 jours de la déclaration (art. 1476, § 2, al. 4)<sup>(62)</sup>.

Elle prend effet *inter partes* au moment de cette signification<sup>(63)</sup>. La connaissance par les cohabitants de cette condition est cruciale depuis que le cohabitant survivant jouit d'un droit successoral.

À l'égard des tiers, elle prend effet au moment de l'inscription dans les registres de la population<sup>(64)</sup>.

## § 2. Effets

**431. Absence de conséquences alimentaires.** En l'absence de devoir de secours, aucune obligation alimentaire n'accompagne la rupture. Tout au plus peut-on attendre des juges une attitude ouverte au développement des théories – imparfaites – favorisant en matière d'union libre la mise en

cohabitation (H. CASMAN, « Wet van 28 maart 2007 tot regeling van het erfrecht van de langstlevende wettelijk samenwonende – Een eerste commentaar », *o.c.*, p. 126 ; P. DELNOY, « Le successible par la cohabitation légale (projet de loi) », *o.c.*, pp. 563-565 ; F. TAINMONT, « La loi du 28 mars 2007 relative aux droits successoraux du cohabitant légal – Aspects civils », *o.c.*, p. 10).

(60) Cass., 19 février 2010, *Pas.*, 2010, p. 503, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1268 (somm.), *R. W.*, 2010-2011, p. 1001 ; B. DELAHAYE et F. TAINMONT, « La cohabitation légale », *o.c.*, n° 82 ; N. DANDOY et F. TAINMONT, « Contours de la loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale », *o.c.*, pp. 278-279 ; *Contra* : J.P. Westerlo, 14 juillet 2010, *J.J.P.*, 2011, p. 40 ; Ph. DE PAGE, « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale », *o.c.*, p. 203, n° 13.

(61) La facilité avec laquelle un partenaire peut mettre fin à la cohabitation légale a amené certains auteurs à qualifier ce mode de cessation de « répudiation », par un excès de langage qui déforce le propos (P. BAURAIN, « La cohabitation légale : miracle ou mirage législatif ? », *o.c.*, p. 622 ; N. DANDOY et F. TAINMONT, « Contours de la loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale », *o.c.*, p. 279).

(62) Les frais de la signification doivent être payés préalablement par la partie qui effectue la déclaration (art. 1476, § 2, al. 5).

(63) B. DELAHAYE et F. TAINMONT, « La cohabitation légale », *o.c.*, n° 82. *Contra* : P. DELNOY, « Le successible par la cohabitation légale (projet de loi) », *o.c.*, pp. 563-565.

(64) B. DELAHAYE et F. TAINMONT, « La cohabitation légale », *o.c.*, n° 82 ; N. DANDOY et F. TAINMONT, « Contours de la loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale », *o.c.*, pp. 278-279 ; *Contra* : Ph. DE PAGE, « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale », *o.c.*, p. 203, n° 13.

place d'un secours temporaire équitable (*supra*, n° 379)<sup>(65)</sup>. De même, ils pourront faire usage de la faculté d'ordonner le versement d'une pension temporaire à titre de mesure urgente et provisoire (art. 1479, al. 3 ; voy. ci-dessous). Un comportement fautif à l'occasion de la rupture ouvre un droit à indemnisation (*supra*, n° 380).

Les cohabitants légaux peuvent (et devraient) stipuler dans leur convention qu'une indemnité ou pension sera due au cohabitant nécessaire en cas de cessation unilatérale, mais la validité d'une telle clause est appréciée au regard de la liberté de rompre la relation<sup>(66)</sup>. Après la rupture, les anciens cohabitants peuvent librement convenir du versement d'une indemnité ou d'une pension à l'un d'eux.

**432. Mesures urgentes et provisoires d'aménagement de la rupture.** Après la cessation de la cohabitation légale, le tribunal de la famille est compétent pour ordonner des mesures urgentes et provisoires justifiées par la cessation de la cohabitation s'il est saisi dans les 3 mois de cette cessation, et pour une durée maximale de 1 an (art. 1479, al. 3).

En plus des mesures déjà rencontrées (*supra*, nos 411-414)<sup>(67)</sup>, il peut intervenir dans l'exécution des stipulations de la convention relatives à la rupture et à la liquidation patrimoniale<sup>(68)</sup>.

On a douté qu'il puisse accorder une *pension alimentaire* à l'un des ex-cohabitants sur cette (seule) base. Nous n'y voyons aucun obstacle légal, que du contraire en présence d'une obligation de contribuer aux charges de la vie commune et d'une justification par la fin de celle-ci<sup>(69)</sup>.

(65) *Contra* à tort : J.P. Zomergem, 27 mai 2005, *T. Not.*, 2005, p. 495, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 256 (somm.), *J.J.P.*, 2007, p. 345.

(66) En ce sens : B. DELAHAYE et F. TAINMONT, « La cohabitation légale », *o.c.*, n° 70 ; E. DE KEZEL, « De wet tot invoering van de wettelijke samenwoning : een maat voor niets ? », *o.c.*, p. 138, n° 59 ; Ph. DE PAGE, « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale », *o.c.*, p. 201, n° 12 ; J. GERLO et G. VERSCHULDEN, *Handboek voor familierecht*, *o.c.*, p. 612, n° 1860 ; A. HEYVAERT, *Het statuut van samenwoners. De samenwoning van volwassenen*, *o.c.*, p. 50, n° 50. Pour certains auteurs, la clause est en toute hypothèse interdite : P. BAURAIN, « La cohabitation légale : miracle ou mirage législatif ? », *o.c.*, p. 624 ; C. COUQUELET, « La loi du 28 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale – Le statut du cohabitant légal », *o.c.*, pp. 52-53, nos 32 et 35.

(67) J.P. Bruxelles, 11 août 2009, *J.T.*, 2010, p. 14, note (restitution de fonds, interdiction de retrait de fonds, restitution de documents). *Contra* : W. PINTENS, J. DU MONGH, Ch. DECLERCK et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, *o.c.*, p. 495, n° 929, pour lesquels les mesures doivent être différentes de celles concevables durant la relation, argument tiré de leur caducité à la cessation. Cet argument peut être renversé : le juge réitère des mesures caduques, à présent justifiées par la cessation.

(68) Certains auteurs limitent, à tort selon nous, les mesures patrimoniales aux biens indivis ou communs, interdisant notamment l'octroi d'un droit temporaire d'occupation d'un logement personnel à l'autre ex-cohabitant (W. PINTENS, J. DU MONGH, Ch. DECLERCK et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, *o.c.*, p. 495, n° 929 ; J.-L. RENCHON, « Mariage, cohabitation légale et union libre », *o.c.*, p. 555, n° 9).

(69) J.P. Bruxelles, 11 août 2009, précité (3 mois). Dans le même sens : C. COUQUELET, « La loi du 28 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale – Le statut du cohabitant légal », *o.c.*, p. 53, n° 36 ; Ph. DE PAGE, « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale », *o.c.*, p. 218,

D'autres auteurs, auxquels nous nous rallions, déplorent qu'il ne soit pas possible d'organiser sur cette base, mais seulement par les moyens imparfaits applicables aux partenaires de fait, des *réallocations de patrimoines* compensant d'éventuels préjudices causés par la vie commune<sup>(70)</sup>.

---

n° 32 et p. 202, n° 13 ; J. GERLO et G. VERSCHULDEN, *Handboek voor familierecht*, o.c., p. 616, n° 1868 ; A. HEYVAERT, *Het statuut van samenwoners. De samenwoning van volwassenen*, o.c., p. 52, n° 52 ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 399, n° 676 ; *contra* : P. SENAËVE et E. COENE, « De wet van 23 november 1998 tot invoering van de wettelijke samenwoning », o.c., pp. 161 et 163, nos 39 et 48 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « La cohabitation légale : *quo vadis* ? », o.c., p. 25. (70) F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 399, n° 676.



## CHAPITRE 4



# LE DIVORCE ET LA SÉPARATION DE CORPS

## SECTION I Généralités

**433. Notion. Divorce et faute.** Le divorce est la dissolution du mariage pour une des causes prévues par la loi, à savoir la désunion irrémédiable (art. 229) ou le consentement mutuel (art. 233)<sup>(1)</sup>. À la différence de l'annulation du mariage, le divorce dissout celui-ci sans rétroactivité. La séparation de corps est un quasi-divorce qui ne dissout pas le mariage mais dispense les époux de cohabiter et entraîne la liquidation du régime matrimonial (art. 308 ; *infra*, n<sup>os</sup> 592 et 593).

Le droit des familles qui n'a plus pour mission de structurer la société autour du seul modèle du couple marié, et encore moins celle de sauver les couples en difficultés, a cessé de décourager le divorce au nom de considérations éthiques, morales ou religieuses<sup>(2)</sup>. L'indissolubilité du mariage demeure néanmoins un idéal personnel, construit sur deux choix individuels, hors du champ du droit<sup>(3)</sup>. L'objectivation croissante des causes et les assouplissements successifs de la procédure de divorce confirment très certainement cette évolution<sup>(4)</sup>.

(1) On y ajoutera, pour être complet, la transformation d'une séparation de corps (*infra*, n<sup>o</sup> 596 : la procédure de *conversion* a été abrogée par la loi du 27 avril 2007).

(2) Sur la doctrine catholique de l'indissolubilité du mariage et sa transformation en règle de droit : F. RIGAUX, *Les personnes*, t. I, *Les relations familiales*, Bruxelles, Larcier, 1971, pp. 448-457, n<sup>os</sup> 1755-1796.

(3) F. RIGAUX, « Divorce-sanction et divorce-remède », *J.T.*, 1968, p. 234, n<sup>o</sup> 8.

(4) En 1792, la loi française révolutionnaire institue et régleme de manière libérale le divorce, en rupture avec la tradition empreinte de conceptions religieuses – seule la séparation de corps était admise, mais l'annulation du mariage était assez largement ouverte. Le Code Napoléon a maintenu l'admissibilité du divorce mais, dans un esprit de transaction, l'a sévèrement régleménté dans ses conditions de fond et de procédure (cela moins, comme on a pu le croire, pour des raisons morales ou religieuses que pour des motifs principalement d'ordre politique et économique – *supra*, n<sup>o</sup> 6). Aux divorces pour faute et par consentement mutuel, seuls admis par le Code civil, la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1974 a ajouté le divorce pour séparation de fait prolongée, d'abord fixée à 10 ans, puis ramenée à 5 ans (L. du 2 décembre 1982) et enfin à 2 ans (L. du 16 avril 2000). La procédure a été modernisée et assouplie par deux lois des 30 juin 1994 et 20 mai 1997. Ultime assouplissement, la loi du 27 avril 2007 a supprimé le divorce pour faute ainsi que le divorce pour cause de séparation prolongée et institué le

La réforme portée par la loi du 27 avril 2007 a résolu l'un des derniers problèmes subsistants : l'impact de la *faute* sur la dissolution du mariage et les effets du divorce. Cela répondait à une demande sociale d'autant plus sensible que le divorce connaît ces dernières années un essor sans précédent, résultant de la conception que se font les individus de la vie en couple, et non de l'évolution du droit du divorce (sauf dans les périodes immédiatement consécutives à une réforme dans le sens d'un assouplissement)<sup>(5)</sup>. Avant la réforme de 2007, les divorces pour faute et pour séparation prolongée attiraient vers eux moins du tiers des demandes<sup>(6)</sup>. Le ratio tend à présent vers une répartition par moitié entre le divorce judiciaire et le divorce par consentement mutuel<sup>(7)</sup>, ce qui est regrettable.

Le droit belge du divorce s'organise autour du principe selon lequel le mariage modifie l'état des personnes et crée des obligations juridiques entre époux et à l'égard des tiers pour une durée indéterminée. Par conséquent, il soustrait sa dissolution à l'autonomie des volontés individuelles. Tant le divorce par consentement mutuel que celui pour désunion irrémédiable en témoignent : le droit entérine une volonté commune ou unilatérale de divorcer, mais contraint à l'exprimer dans un cadre officiel, judiciaire en Belgique, administratif ailleurs<sup>(8)</sup>.

L'ancien droit du divorce était vivement critiqué, d'abord sur le plan des principes parce qu'il reflétait une certaine conception de l'indissolubilité du mariage<sup>(9)</sup>, ensuite sur le plan éthique parce qu'il pouvait encourager des époux au combat judiciaire et à allonger la procédure, enfin sur le plan de la logique à cause du lien entre un comportement relevant de la vie privée et une obligation alimentaire *ad vitam*. Le législateur a entendu ces critiques. Les comportements des époux ne sont plus la cause du divorce, mais leur appréciation est encore possible en

---

divorce pour cause de désunion irrémédiable, objectivant les causes et accélérant la procédure. Cette loi a également simplifié la procédure de divorce par consentement mutuel.

(5) Pour plus de détails : E. ALOFS, « Het echtscheidingsrisico in België », *T. Fam.*, 2013, p. 24 ; T. WUYTS, « Ontwikkelingen inzake echtscheiding op wetgevend vlak », in *Echtscheiding. XXXVste Post-Universitaire Cyclus W. Delva* (G. VERSCHELDEN éd.), Malines, Kluwer, 2010, n° 1 et les réf. cit. En ce qui concerne la réforme de 2007 : *Bull. Q. et R.*, Ch. repr., 22 juni 2009, pp. 76 et. s., question n° 27 (TERWINGEN).

(6) En 2004, 70 % des divorces ont lieu par consentement mutuel, les 30 % restants se répartissant entre le divorce pour faute et le divorce pour séparation de fait prolongée (1980 : 37,53 % / 62,47 %) (P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 8<sup>e</sup> éd., o.c., n° 1765).

(7) P. SENAËVE, « De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting : vereisten, bewijsrecht en rechtspleging », in *De beëindiging van de tweerelatie* (P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHELDEN éd.), Anvers, Intersentia, 2012, p. 54, n° 62.

(8) Sur l'opportunité d'un divorce administratif : J.-L. RENCHON, « Vers un divorce non judiciaire ? », in *Le service notarial : réflexions critiques et prospectives. Colloque en hommage à Michel Grégoire*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 187.

(9) Voy. : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., pp. 684-687, n° 651.

droit du divorce, soit à fins de *preuve* de la désunion irrémédiable, soit à fins d'exclusion du droit à une pension alimentaire s'ils constituent une « faute grave »<sup>(10)</sup>.

Le droit transitoire de la réforme de 2007 (*infra*, n<sup>os</sup> 434-1 et s.) a fait l'objet de controverses d'où ressort une tendance jurisprudentielle et doctrinale à prolonger l'applicabilité de l'ancien droit. Or la volonté du législateur était, par les dispositions transitoires, de favoriser l'entrée en vigueur rapide de la réforme, dans le respect des situations juridiques définitivement constituées.

**434. Droits fondamentaux.** C'est par le biais du *droit au mariage* (art. 12 C.E.D.H.) que la Cour européenne des droits de l'homme envisage le divorce. Elle n'en déduit pas un droit fondamental au divorce parce que, d'une part, dans une société adhérant au principe de la monogamie, l'interdiction du divorce ne saurait passer pour une atteinte à la substance même du droit au mariage et, d'autre part, une interprétation évolutive de l'article 12 est impuissante à y découvrir un droit délibérément exclu lors de sa rédaction<sup>(11)</sup>. Quant à l'article 8 garantissant le droit au respect de la *vie familiale*, il n'engendre pas à charge des États une obligation positive de prendre des mesures visant à rendre possible le divorce<sup>(12)</sup>. Par contre, le respect de la *vie privée et familiale* (art. 8 C.E.D.H.), combiné au droit d'*accès à un tribunal* (art. 6, § 1<sup>er</sup>, C.E.D.H.), impose aux États d'assurer à tout le moins une procédure (financièrement) accessible de dispense du devoir de cohabitation, par exemple la séparation de corps<sup>(13)</sup>. Cette jurisprudence restrictive est critiquée au nom de la prévention des violences intrafamiliales<sup>(14)</sup>, de l'intérêt des enfants et, plus fondamentalement, de la nécessité de faire primer l'épanouissement des membres du couple sur le principe de son indissolubilité<sup>(15)</sup>.

La Cour relève parfois des atteintes à la Convention dans les législations relatives au divorce. Ainsi la procédure de divorce exige-t-elle de

(10) Dans d'autres législations ayant objectivé leur droit du divorce, la faute prend la forme d'une « clause de dureté » dont dépend le prononcé ou le rejet du divorce (ex. : Allemagne : § 1565, II et 1568 B.G.B. Voy. : K. BOELE-WOELKI, B. BRAAT et I. SUMNER (éd.), *European Family Law in Action*, t. I, *Grounds for Divorce*, Anvers, Intersentia, 2003, pp. 187 et s.).

(11) C.E.D.H., *Johnston c. Irlande*, arrêt du 18 décembre 1986, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 112, §§ 52 et 53.

(12) C.E.D.H., *Johnston c. Irlande*, arrêt du 18 décembre 1986, précité, § 57.

(13) C.E.D.H., *Airey c. Irlande*, arrêt du 9 octobre 1979, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 32, §§ 26-28 et § 33.

(14) Pour un relevé des autres normes internationales à ce sujet : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., p. 256, n° 350.

(15) Voy. : J.-L. RENCHON, « La Convention européenne et la régulation des relations affectives et familiales dans une société démocratique », o.c., p. 113, n° 27 et p. 115, n° 28 ; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., pp. 265-268, n°s 362-365, qui propose de fonder un droit fondamental au divorce sur le droit au développement de sa personnalité découvert par la Cour européenne dans l'art. 8 de la Convention.

la part des États une « diligence particulière » pour éviter que de trop longs délais ne portent atteinte à la jouissance du droit au respect de la vie familiale<sup>(16)</sup>. De manière critiquable, la Cour n'estime pas contraire à l'article 8 de la Convention le droit de produire des lettres dans le cadre d'une procédure en divorce (*infra*, n° 469)<sup>(17)</sup>. Enfin, une loi qui, à titre de sanction, permet au juge d'imposer un délai de viduité de 3 ans au conjoint divorcé méconnaît le droit au (re)mariage (art. 12 C.E.D.H.)<sup>(18)</sup>.

En droit interne, l'un des objectifs de la réforme du divorce portée par la loi du 27 avril 2007 a été de garantir un droit au divorce. Déjà sous l'ancien droit, la Cour de cassation avait refusé de considérer que le divorce pour séparation de fait prolongée était contraire à l'article 12 de la Convention sous prétexte qu'il permettait à un époux d'imposer la séparation à l'autre<sup>(19)</sup>.

## SECTION 2

### Droit transitoire de la loi du 27 avril 2007

**Bibliographie.** F. BALOT et G. WILLEMS, « Divorce et droit transitoire. L'application dans le temps de la loi du 27 avril 2007 réformant le divorce », *J.T.*, 2009, pp. 37-42 ; D. CARRÉ, « Le droit transitoire relatif aux causes de divorce : (presque) la fin de l'histoire », *Act. dr. fam.*, 2010, pp. 12-13 ; D. CARRÉ, « Le droit transitoire relatif aux pensions alimentaires après divorce pour causes déterminées », *Act. dr. fam.*, 2008, pp. 185-187 ; M. DEMARET, « Le droit transitoire du nouveau divorce : de Charybde en Scylla », *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 597 ; Y.-H. LELEU, « Le droit transitoire de la réforme du divorce : un an après », in *Actualités de droit familial. Le point en 2008* (Y.-H. LELEU éd.), Liège, CUP, 2008, pp. 65-96 ; J.-L. RENCHON, « La réforme du divorce soumise à la censure de la Cour constitutionnelle », *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, pp. 977-1010 ; P. SENAËVE, « Het overgangsrecht van de wet van 27 april 2007. A never ending story », in *Echtscheiding. XXXVste Post-Universitaire Cyclus W. Delva* (G. VERSCHULDEN ed.), Malines, Kluwer, 2010.

**434-1 – 434-6. Finalité des dispositions transitoires. Déconstruction jurisprudentielle.** La réforme du divorce du 27 avril 2007 est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2007. Le législateur a adopté des dispositions

(16) C.E.D.H., *Laino c. Italie*, arrêt du 18 février 1999, § 22, CEDH, 1999-I, p. 361 ; C.E.D.H., *Bock c. Allemagne*, arrêt du 29 mars 1989, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 150, § 49. Pour plus de détails et d'autres réf. : D. VAN GRUNDEBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., p. 272, n° 371.

(17) C.E.D.H., *N.N. et T.A. c. Belgique*, arrêt du 13 mai 2008, *Juristenkrant*, 2008, n° 170, p. 3, obs. S. VANDROMME ; comp. : C.E.D.H., *L.L. c. France*, arrêt du 10 octobre 2006, *J.T.D.E.*, 2007, p. 30, *P. & B.*, 2007, p. 71 (rapports médicaux non pertinents ; violation de l'art. 8) ; G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2005-2008) », o.c., n°s 22-23.

(18) C.E.D.H., *F c. Suisse*, arrêt du 18 décembre 1987, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 128, §§ 32-33.

(19) Cass., 9 décembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 1079, *R.W.*, 1995-1996, p. 14, *Div. Act.*, 1995, p. 61, note E. de WILDE d'ESTMAEL, *E.J.*, 1995, p. 11, note B. POELEMANS.

transitoires pour les divorces en cours et pour les effets des anciens divorces (art. 42 et 43).

Ces articles dérogeaient dans une certaine mesure aux principes généraux du droit transitoire, mais moindre que dans le projet de loi initial, qui a été amendé à de nombreux endroits. L'objectif du projet initial était conforme à un principe général de droit transitoire : appliquer immédiatement les dispositions nouvelles dans le respect des situations juridiques définitivement constituées. En matière alimentaire, certaines situations pouvaient être qualifiées telles, par exemple l'obtention ou le refus de la pension en raison des torts, mais pas toutes, notamment les modalités de calcul et la durée, car une pension alimentaire est une conséquence non définitive d'un divorce en cours d'effets<sup>(20)</sup>. Aussi la nouvelle limitation de durée a-t-elle été rendue applicable dès le 1<sup>er</sup> septembre 2007 et a été, à notre avis, l'élément déclencheur des controverses<sup>(21)</sup>. Ces discussions et les arrêts de la Cour constitutionnelle sur recours préjudiciels ont eu pour conséquence de défaire le droit positif, ici les dispositions transitoires, avec des répercussions sur le droit matériel. Nous avons regretté le frein ainsi mis à l'entrée en vigueur de la loi pour les nombreux couples ayant dû subir de longs mois ou années supplémentaires les affres des anciennes procédures conflictuelles, et pour certains débiteurs alimentaires *ad vitam*.

À ce jour, ne sont plus d'application par aboutissement des dossiers les dispositions transitoires relatives aux causes et à la procédure. Pour les exceptionnels cas contraires, nous renvoyons le lecteur à l'édition précédente.

**434-7. Maintien à titre transitoire des conditions d'acquisition ou d'exclusion de la pension alimentaire.** Aux termes des dispositions transitoires, si le divorce a été prononcé avant l'entrée en vigueur de la loi, le droit à la pension alimentaire « reste acquis ou exclu » en vertu des conditions légales antérieures, basées comme on le sait sur la faute (art. 42, § 3).

Deux interprétations de cette disposition étaient possibles, l'une laissant régi par l'ancien droit seulement le principe d'octroi fondé sur la faute, l'autre laissant régis par l'ancien droit tant ce principe que les modalités de calcul et de révision de la pension.

Nous avons soutenu que l'article 42, § 3, devait être interprété restrictivement, à la fois en raison de ses termes (« droit à », « acquis »,

(20) P. ROUBIER, *Le droit transitoire*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1961, p. 329. Pour plus de détails et d'autres références à la doctrine du droit transitoire : Y.-H. LELEU, note d'orientation relative au droit transitoire, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2006-2007, n° 51-2341/018, pp. 90 et s.

(21) Sur la nature et l'intensité différente du débat sur la réforme du divorce en Flandre : Y.-H. LELEU, « Het nieuwe echtscheidingsrecht : volgzzaam en toch vooruitstrevend », in *Echtscheiding. XXXVste Post-Universitaire Cyclus W. Delva* (G. VERSCHULDEN éd.), Malines, Kluwer, 2010, n° 8 et *passim*.

« exclu ») et de sa nature dérogoire aux principes généraux de droit transitoire<sup>(22)</sup>. Cela n'aurait d'ailleurs pas surpris outre mesure les prévisions économiques des parties, car les nouvelles dispositions relatives aux modalités de calcul, formellement plus restrictives, le sont moins « en action »<sup>(23)</sup> (*infra*, n° 495).

En sens inverse milite certes la disposition transitoire relative à la durée de la pension (art. 42, § 5), prescrivant l'application aux anciennes pensions du *seul* article 301, § 4. On en a déduit que les autres paragraphes de l'article 301, notamment ceux relatifs aux modalités de calcul et aux causes de suppression (art. 301, §§ 5 et 10), ne seraient pas applicables à ces pensions.

La controverse a été tranchée par la Cour constitutionnelle<sup>(24)</sup> en faveur de la seconde interprétation au nom du respect de la « confiance légitime » : l'article 42, § 3, doit être interprété comme soumettant au droit ancien tant l'octroi de la pension alimentaire que les modalités de calcul et de révision de celle-ci.

**434-8. Application immédiate de la limitation de durée de la pension alimentaire.** C'est le régime transitoire de la *limitation de la durée* des pensions alimentaires qui a suscité la plus vive émotion. Était en jeu l'attente, que certains jugent légitime, de continuer à bénéficier d'une rente viagère octroyée ou refusée principalement selon les torts, subsidiairement en fonction des besoins. A même été jugée légitime l'attente des époux *mariés* avant la réforme de pouvoir encore bénéficier de ce régime après la réforme du divorce<sup>(25)</sup>. En sens inverse, militaient l'encouragement à l'indépendance financière par la limitation temporelle, un régime

(22) Le droit nouveau doit s'appliquer aux conséquences non définitives d'une situation en cours d'effets, ici le divorce (*supra*, n° 434-1).

(23) Dans le même sens : Civ. Louvain, 4 février 2008, R.A.B.G., 2008, p. 709, spéc. p. 714 ; Civ. Malines, 14 février 2008, R.A.B.G., 2008, p. 719.

(24) C. const., 16 juillet 2009, n° 115/2009, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 168, J.L.M.B., 2010, p. 1129, note J.-C. BROUWERS, *J.T.*, 2009, p. 568, note J.-P. MASSON, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 1118, R.W., 2009-2010, p. 866, note S. EGGERMONT, *T. Fam.*, 2009, p. 129, note P. SENAËVE ; C. const., 17 septembre 2009, n° 141/2009, *Act. dr. fam.*, 2009, pp. 168 et 171, note D. CARRÉ, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 1138. Dans le même sens : Cass., 8 septembre 2011, *Pas.*, 2011, p. 1905, R.W., 2012-2013, p. 339 (somm.), A.P.T., 2011, p. 460 (somm.) ; Cass., 24 mars 2011, *Pas.*, 2011, p. 867, J.L.M.B., 2011, p. 1626, note, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 858 (somm.) ; Cass., 17 mars 2011, *Pas.*, 2011, p. 827, J.L.M.B., 2011, p. 1621, note, R.A.B.G., 2011, p. 907, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 857 (somm.) ; Cass., 4 février 2011, *Pas.*, 2011, p. 431, J.L.M.B., 2011, p. 1617, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 659 (somm.), R.W., 2010-2011, p. 1071 (somm.) ; Cass., 16 avril 2010, *Pas.*, 2010, p. 1164, J.L.M.B., 2010, p. 1147, note J. BROUWERS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1056 (somm.) ; Cass., 12 avril 2010, *Pas.*, 2010, p. 1107, J.L.M.B., 2010, p. 1143, note J. BROUWERS, R.C.J.B., 2011, p. 461, note N. GALLUS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 310 (somm.) ; Cass., 8 mars 2010, *Pas.*, 2010, p. 739, J.L.M.B., 2010, p. 1137, note J. BROUWERS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 880 (somm.). Voy. : I. MARTENS, « Deux ans d'application du droit alimentaire après divorce pour cause de désunion irrémédiable et du droit transitoire », *Act. dr. fam.*, 2010, p. 2.

(25) J.-L. RENCHON, « La réforme du divorce soumise à la censure de la Cour constitutionnelle », *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 1010, n° 47.

transitoire équilibré et l'absence de justification objective qu'une pension *ad vitam* soit liée aux torts.

L'article 42, § 5, prescrivait que la durée d'une pension alimentaire ancien régime serait limitée à la durée du mariage, mais comptée seulement à partir du 1<sup>er</sup> septembre 2007, cela conformément aux principes généraux du droit transitoire<sup>(26)</sup>.

La Cour constitutionnelle<sup>(27)</sup> a annulé cette disposition, pour un motif technique lié à l'autorité de chose jugée de décisions judiciaires et un motif de fond, le non-respect des « attentes légitimes » des anciens créanciers alimentaires. Ce motif est surprenant et l'arrêt critiquable : la Cour a négligé ces attentes quand une loi a limité avec effet immédiat les pensions alimentaires après divorce pour séparation de fait au tiers des revenus du débiteur<sup>(28)</sup> ; la Cour ne motive pas la légitimité de l'attente d'un débiteur alimentaire au regard de la nature essentiellement révisable d'une pension<sup>(29)</sup> ; la Cour impose une solution contraire à la règle (légale) d'application immédiate de la loi nouvelle<sup>(30)</sup>. Fort heureusement, la Cour a rejeté le moyen du même acabit fondé sur les attentes légitimes liées à un *mariage* antérieur à 2007<sup>(31)</sup>.

Il en résulte que les pensions alimentaires anciennes *non limitées dans le temps* par décision judiciaire restent viagères. Une ancienne pension alimentaire *limitée dans le temps* par décision judiciaire expirera

(26) Certains le contestent, à tort, motif pris notamment de l'allusion que contiennent les travaux préparatoires (notre note d'orientation, précitée) aux principes généraux du droit transitoire en matière de *prescription* ; nous écrivions, avec guillemets s'agissant de la pension alimentaire, « imprescriptible » (J.-L. RENCHON, « La réforme du divorce soumise à la censure de la Cour constitutionnelle », *o.c.*, p. 993, n° 25). Si cette critique vise une confusion de concepts juridiques, elle est déplacée ; si elle concerne le raisonnement de droit transitoire, elle n'est pas fondée : il y a une cohérence entre le raisonnement à suivre, par un législateur, pour moduler les effets dans le temps de l'introduction d'une nouvelle prescription extinctive ou d'une modification de son délai, et le raisonnement à suivre pour régler les effets dans le temps de l'écoulement d'un délai (la durée du mariage) ayant le pouvoir d'éteindre un droit (la pension).

(27) C. const., 3 décembre 2008, n° 172/2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 1095, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 14, note J.-C. BROUWERS, A.C.C., 2008, p. 2683, *J.L.M.B.*, 2009, p. 100, *NjW*, 2009, p. 318, note G. VERSCHULDEN, R.A.B.G., 2009, p. 241, note S. BROUWERS, R.W., 2008-2009, p. 1466, *T. Fam.*, 2009, p. 10, note P. SENAËVE, *T. Not.*, 2009, p. 55, *J.T.*, 2009, p. 570, obs. J.-P. MASSON. Pour une analyse : I. MARTENS, « Deux ans d'application du droit alimentaire après divorce pour cause de désunion irrémédiable et du droit transitoire », *o.c.*, p. 2.

(28) Voy. notre 1<sup>re</sup> édition, n° 537.

(29) Il serait politiquement fâcheux que la Cour invalide dans le futur toute loi tendant à limiter la durée ou le montant d'allocations sociales octroyées.

(30) On rappellera qu'une pension alimentaire, même judiciaire, est une conséquence non définitive d'une situation en cours d'effets, le divorce (et non le mariage, contrairement à l'opinion de certains auteurs).

(31) Pour une critique : J.-L. RENCHON, « La réforme du divorce soumise à la censure de la Cour constitutionnelle », *o.c.*, p. 1010, n° 47.

au terme prévu, même si ce terme excède la durée du mariage calculée à partir du 1<sup>er</sup> septembre 2007<sup>(32)</sup>.

Demeurant convaincus de la nécessité d'appliquer à partir du 1<sup>er</sup> septembre 2007 la nouvelle limitation de durée aux anciennes pensions alimentaires<sup>(33)</sup>, par égard pour les débiteurs et encouragement à l'autonomie des créanciers, nous regrettons que, par le critère, du respect des « attentes légitimes », la Cour a mal pondéré les intérêts en présence et fait prévaloir une conception des effets du mariage contraire à celle clairement déduite de la volonté du législateur de 2007. L'âge des époux, l'époque de leur mariage, la date du divorce et la durée du mariage sont autant de critères que la Cour aurait dû prendre en considération. Toutes les attentes de tous les anciens créanciers alimentaires après divorce ne sont pas légitimes, et certainement pas celles des vainqueurs d'un combat à cheval sur les deux législations. C'est, à notre avis, depuis que les couples ne se représentent plus le mariage comme un engagement indissoluble, soit depuis bien longtemps, que nul époux ne peut légitimement nourrir l'espoir de devenir rentier viager de son conjoint. Il ne pouvait d'ailleurs jadis l'espérer qu'à la condition de « bien se conduire », une condition sans pertinence économique, et qu'à la condition que son débiteur en conserve les moyens, une condition sur laquelle il n'avait aucune prise. Il peut d'ailleurs encore l'être s'il fait état de circonstances exceptionnelles pour demander une prolongation de la durée limitée de sa pension alimentaire.

Nous espérons à tout le moins un accueil favorable par les juges du fond des demandes de révision ou de réduction de la durée des anciennes pensions viagères.

**434-9. La révisabilité des conventions alimentaires entre époux préalables à d'anciens divorces par consentement mutuel.** En vertu des principes généraux de droit transitoire, les conventions valablement conclues sous l'empire de la loi ancienne demeurent régies par celle-ci, sauf si la loi nouvelle est impérative, ce qui n'est pas le cas de l'article 301, § 7, du Code civil permettant, sauf convention contraire, de réviser une pension convenue dans les conventions préalables à divorce par consentement mutuel.

Cette règle nouvelle est équitable, et la jurisprudence antérieure tentait de l'introduire avec les moyens du bord. Elle est freinée, à tort selon nous, par l'absence de disposition transitoire spéciale<sup>(34)</sup>. Le juge

(32) P. SENAËVE, « Het overgangsrecht van de echtscheidingswet van 27 april 2007 na twee nieuwe arresten van het Grondwettelijk Hof : vervolgt maar (nog) geen einde », p. 133, n° 3.

(33) Y.-H. LELEU, « Le droit transitoire de la réforme du divorce : un an après », in *Actualités de droit familial. Le point en 2008* (Y.-H. LELEU éd.), Liège, CUP, vol. 103, 2008, pp. 89-93.

(34) Y.-H. LELEU, « Le droit transitoire de la réforme du divorce : un an après », *o.c.*, p. 93, n° 42.

aurait dû pouvoir réviser d'anciennes pensions alimentaires conventionnelles si la situation économique variait au point d'entraîner des iniquités, et l'aurait certainement fait avec prudence si la pension avait été convenue en considération d'autres dispositions du règlement transactionnel.

La Cour constitutionnelle<sup>(35)</sup> a estimé qu'il n'était pas discriminatoire que la révisabilité nouvelle ne s'applique qu'aux époux divorcés par consentement mutuel après le 1<sup>er</sup> septembre 2007.

**434-10. La déchéance des avantages patrimoniaux.** La déchéance des avantages patrimoniaux (art. 299) concerne à présent toutes les formes de divorce, celui par consentement mutuel inclus, et tous les époux, la condition relative aux torts ayant disparu.

La double extension du domaine de la déchéance frappe, à notre avis, tous les avantages maintenus en vertu de l'ancien droit au profit du seul conjoint innocent. En effet, le maintien d'un tel avantage au profit du conjoint innocent est, à l'instar de la pension alimentaire, un effet actuel de la situation juridique (le divorce) en cours d'effets<sup>(36)</sup>. La caducité n'entraîne pas de rétroactivité de la loi nouvelle car aucune situation juridique n'est définitivement constituée avant le premier décès.

Cette opinion est actuellement suivie par une jurisprudence majoritaire qui décrète la déchéance d'une institution contractuelle<sup>(37)</sup> ou d'une assurance-vie<sup>(38)</sup> souscrites au profit de l'ex-conjoint survivant, lorsque le divorce des parties a été prononcé avant l'entrée en vigueur de l'article 299 nouveau, mais que le décès de l'instituant ou du preneur s'est produit après cette date<sup>(39)</sup>.

## SECTION 3

### Le divorce pour cause de désunion irrémédiable

**435. Bibliographie.** J.-C. BROUWERS, *La nouvelle loi sur le divorce*, Malines, Kluwer, 2007 ; J.-C. BROUWERS, « Dix questions controversées sur le terrain des

(35) C. const., 17 septembre 2009, n° 138/2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 1138, *T. Fam.*, 2009, p. 179, note P. SENAËVE, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 176, note D. CARRÉ.

(36) En ce sens : 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. 138, n° 82. *Contra* : P. SENAËVE, « Het overgangsrecht van het echtscheidingsrecht », p. 242, n° 309.

(37) Bruxelles, 15 mai 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 331 (somm.), *T. Not.*, 2012, p. 351 ; *contra* : Liège, 17 décembre 2014, *Rev. not. belge*, 2015, p. 532.

(38) Mons, 19 janvier 2012, *Bull. ass.*, 2013, p. 69, note C. DEVOET.

(39) L'incertitude juridique résultant de l'opinion divergente de la cour d'appel de Liège, ainsi que d'un courant doctrinal contraire, nécessite une intervention de la Cour de cassation. Pour une synthèse : Y.-H. LELEU et A. PAULUS, « Les institutions contractuelles à l'épreuve du droit transitoire (L. du 27 avril 2007) », *Rev. not. belge*, 2015, p. 499.

effets alimentaires du divorce », *Act. dr. fam.*, 2008, p. 49 ; J.-C. BROUWERS, « La réforme du divorce (loi du 27 avril 2007) », *Rev. not. belge*, 2007, p. 582 ; J.-C. BROUWERS, J. BEERNAERT et H. VANDERVELLEN, *De nieuwe echtscheidingswet*, Malines, Kluwer, 2007 ; S. BROUWERS, « Echtscheiding en scheiding van tafel en bed. Overzicht rechtspraak 2007-2014 », *C.B.A.G.*, Gand, Larcier, 2015 ; J. CARBONNIER, « La notion de cause de divorce », *Rev. trim. dr. civ.*, 1937, p. 281 ; H. CASMAN, « Nieuw echtscheidingsrecht. Toelichting voor de notariële praktijk », *N.F.M.*, 2007, p. 277 ; N. DANDOY, « La réforme du divorce : les effets alimentaires », *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1065 ; A. DE WOLF, « Overzicht van rechtspraak (1994-2000) – Overspel als grond tot echtscheiding (art. 229 B.W.) », *E.J.*, 2001, p. 2 ; A. DUELZ, J.-C. BROUWERS et Q. FISCHER, *Le droit du divorce*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2009 ; J. FIERENS, « Le nouveau droit du divorce ou le syndrome Lucky Luke », in *Droit de la famille*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 1 ; J. FIERENS, « Le divorce pour cause de désunion irrémédiable », *Div. Act.*, 2007, p. 103 ; M. GOVAERTS, « De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk », in *Bestendig Handboek Echtscheiding*, Kluwer, Malines, feuil. mob. ; Y.-H. LELEU, « Het nieuwe echtscheidingsrecht : volgzzaam en toch vooruitstrevend », in *Echtscheiding. XXXVste Post-Universitaire Cyclus W. Delva* (G. VERSCHELDEN éd.), Malines, Kluwer, 2010 ; Y.-H. LELEU et D. PIRE (éd.), *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, Bruxelles, Larcier 2007 ; I. MARTENS, *Onderhoudsuitkering tussen ex-echtgenoten*, Anvers, Intersentia, 2014 ; J.-P. MASSON, « La loi du 27 avril 2007 réformant le divorce », *J.T.*, 2007, p. 537 ; J.-P. MASSON, « Un an d'application de la loi du 27 avril 2007 réformant le divorce », *J.T.*, 2008, p. 465 ; J.-P. MASSON, « Le tribunal de la famille et le divorce », in *États généraux du droit de la famille*, Limal/Bruxelles, Anthemis/Bruylant, 2014 ; J.-P. MASSON, Ph. DE PAGE et G. HIERNAX (éd.), *Démariage et coparentalité. Le droit belge en mutation*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1997 ; D. PIRE, « Le divorce pour désunion irrémédiable : un an d'application », in *Actualités de droit familial. Le point en 2008* (Y.-H. LELEU éd.), CUP, vol. 103, Liège, Anthemis, 2008, p. 7 ; J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce : le 'droit au divorce' », *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 925 ; J. ROODHOOFT, *De gerechtelijke begroting van de onderhoudsuitkeringen tussen ex-echtgenoten*, Anvers, Kluwer, 1997 ; P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHELDEN (éd.), *De beëindiging van de tweerelatie*, Anvers, Intersentia, 2012 ; P. SENAËVE (éd.), *Echtscheiding*, Louvain, Acco, 1990 ; P. SENAËVE, « De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht. Deel I. De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting », *T. Fam.*, 2007, p. 103 ; P. SENAËVE et W. PINTENS (éd.), *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*, Anvers, Maklu, 1997 ; P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHELDEN (éd.), *De hervorming van het echtscheidingsrecht. Commentaar op de wet van 27 april 2007*, Anvers, Intersentia, 2008 ; F. SWENNEN, S. EGGERMONT et E. ALOFS, « De wet van 27 april 2007 inzake echtscheiding. Knelpunten van materieel recht en van procesrecht », in *Knelpunten echtscheiding, afstamming en verblijfsregelingen* (P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHELDEN éd.), Anvers, Intersentia, 2009, pp. 1-52 ; F. SWENNEN et F. APS, « De Echtscheidingswet 2007 », *R.W.*, 2007-2008, p. 554 ; J. TREMMERY, *De nieuwe echtscheidingswet. Wet van 12 april 2007*, Anvers, Maklu, 2007 ; G. VERSCHELDEN (éd.), *Echtscheiding. XXXVI PUC Willy Delva* (G. VERSCHELDEN éd.), Malines, Kluwer, 2010 ; K. VERSTRAETE, « Hervorming echtscheidingsrecht. Wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming

van echtscheidingsrecht », *NjW*, 2007, p. 626 ; K. VERSTRAETE, « De hervorming van het echtscheidingsrecht », *T.V.W.*, 2007, p. 298.

## § I. Conditions

**436. La désunion irrémédiable « cause » de divorce. Division.** Dans la conception traditionnelle du « divorce-sanction », tout manquement aux devoirs du mariage était cause de divorce et eux seuls devaient fonder le divorce. Cette conception n'était plus tenable si le législateur entendait ainsi sanctionner tout comportement incompatible avec la communauté de vie. Le Code civil belge n'établissait d'ailleurs aucune correspondance entre les causes de divorce et les devoirs du mariage (art. 212-213), la seule cause ancienne en rapport direct avec ceux-ci étant l'adultère (art. 229 anc.).

Depuis la loi du 27 avril 2007, les anciennes causes de divorce ont été remplacées par une cause unique et objective : la désunion irrémédiable (art. 229) : « *Le divorce est prononcé lorsque le juge constate la désunion irrémédiable entre les époux. La désunion est irrémédiable lorsqu'elle rend raisonnablement impossible la poursuite de la vie commune et la reprise de celle-ci entre eux* »<sup>(40)</sup>.

La désunion irrémédiable doit être constatée par le juge. S'agissant d'une notion partiellement subjective, le législateur a retenu deux manières de l'établir : soit la preuve d'une *séparation* des époux durant un laps de temps déterminé par la loi ou de l'écoulement de délais procéduraux déterminés (art. 229, §§ 2 et 3), soit la preuve de *faits* l'attestant (art. 229, § 1<sup>er</sup>). Dans l'esprit de la loi, l'établissement de la désunion irrémédiable par l'écoulement des délais est la règle, celle par sa preuve factuelle l'exception. Cette dernière doit être réservée aux situations où le divorce s'impose d'urgence et où il est déraisonnable d'imposer l'attente de l'écoulement des délais<sup>(41)</sup>.

Aussi la jurisprudence relative aux causes anciennes de divorce (adultère, excès, sévices et injures graves) conserve-t-elle une pertinence, circonscrite à la preuve (exceptionnelle) de la désunion irrémédiable. Les faits révélant une violation des devoirs du mariage ne sont en aucun cas une cause du divorce. Il en résulte que les devoirs du mariage ne sont plus sanctionnés par la dissolution de celui-ci et ont un impact alimentaire

(40) À l'origine, le projet de loi ne définissait pas le concept de « désunion irrémédiable ». La précision par la deuxième phrase de l'art. 229, § 1<sup>er</sup> a été insérée suite à l'amendement n° 121 de M<sup>me</sup> MARGHEM, M. SWENNEN et M<sup>me</sup> LAHAYE-BATTHEU (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2005-2006, n° 2341/012, p. 1).

(41) Exposé des motifs du projet de loi, p. 13 ; J.-L. RENÇON, « La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce : le 'droit au divorce' », *o.c.*, p. 937 ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 357, n° 602 ; F. SWENNEN et F. APS, « De Echtscheidingswet 2007 », *R.W.*, 2007-2008, p. 558.

nettement diminué. Sur le plan théorique, cela confirme la perte de normativité des devoirs *personnels* du mariage, une évolution inéluctable et salutaire, car donner force contraignante par voie de sanctions financières à des obligations de cohabitation ou de fidélité est inefficace, non objectivement justifiable et même contraire au droit à la maîtrise du corps et au respect de la vie privée ou familiale<sup>(42)</sup>.

### I. La règle : établissement de la désunion irrémédiable par l'écoulement de délais

**437. Principes.** En principe, la désunion irrémédiable est établie par l'écoulement du temps. Cette règle s'impose au juge qui ne peut examiner les circonstances qui ont provoqué la désunion ou l'ont rendue irrémédiable.

Les délais sont soit de pur fait, une séparation dont la durée est fixée par la loi, soit procéduraux, imposés entre deux audiences même sans séparation de fait.

**438. Séparation de fait : notion et preuve.** La séparation de fait doit être voulue par au moins l'un des époux<sup>(43)</sup> et présenter une continuité raisonnable<sup>(44)</sup>. Si tel n'est pas le cas, il s'impose d'attendre l'écoulement des délais procéduraux<sup>(45)</sup>.

La preuve de la durée utile de la séparation doit être rapportée par l'époux demandeur (art. 229, § 3) ou par les deux conjoints (art. 229, § 2). Sa réalité et sa durée peuvent être prouvées par toutes voies de droit, excepté l'aveu et le serment (art. 1255, § 4, C. jud. ; *infra*, n° 466).

Cette preuve consistera, dans la plupart des cas, en la production de certificats de domicile ou d'extraits du registre national des personnes physiques démontrant des inscriptions à des adresses différentes (art. 1255, § 4, C. jud.). Une décision judiciaire fixant des résidences

(42) Rappr. : F. APS, « Het 'recht op nieuwsgierigheid tussen echtgenoten' na de Echtscheidingswet van 27 april 2007 », note sous Anvers, 19 décembre 2007, *R.W.*, 2008-2009, p. 1560.

(43) Civ. Nivelles, 29 octobre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 136, obs. G. HIERNAX ; Civ. Arlon, 29 février 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 211 ; F. SWENNEN et F. APS, « De Echtscheidingswet 2007 », *o.c.*, p. 560. Sur le caractère intentionnel de la séparation de fait ancienne cause de divorce, not. : Cass., 17 novembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 297, *J.T.*, 1984, p. 198, *Rev. trim. dr. fam.*, 1984, p. 27, *Rev. not. belge*, 1984, p. 36, *R.W.*, 1984-1985, col. 1079.

(44) J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce : 'le droit au divorce' », *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 960. Des contacts sporadiques, voire des relations sexuelles, ne l'interrompent pas, en principe : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 361, n° 609 ; Civ. Liège, 12 septembre 2012, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1732.

(45) En ce sens et pour plus de détails : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, nos 1779-1780 ; K. VERSTRAËTE, « Hervorming echtscheidingsrecht. Wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van echtscheidingsrecht », *NjW*, 2007, p. 629.

séparées (art. 1253<sup>ter</sup>/5, 3°, C. jud. ; *supra*, n° 365) pourra également constituer le point de départ de la séparation de fait<sup>(46)</sup>. D'autres documents, tels que le contrat de bail souscrit par l'époux qui a quitté la résidence commune, des factures de consommation d'eau, de gaz, d'électricité, voire des attestations, sont également probants.

La durée minimale de séparation requise est appréciée au jour de l'audience<sup>(47)</sup>. Le temps écoulé depuis le dépôt de la requête ou la signification de la citation est donc, le cas échéant, pris en compte.

**439. Demande unilatérale : délais d'1 an.** Sur demande unilatérale d'un époux, le juge prononce le divorce s'il constate que les parties sont séparées de fait depuis plus d'1 an, ou si 1 an s'est écoulé entre l'audience d'introduction de la demande et une seconde comparution au cours de laquelle l'époux demandeur requiert à nouveau le prononcé du divorce (art. 229, § 3 ; art. 1255, § 2, C. jud.).

Deux cas de figure peuvent se présenter :

1. Il est établi à l'audience d'introduction que les époux sont séparés de fait depuis plus d'1 an : le juge prononce immédiatement le divorce.
2. La séparation de fait de plus d'1 an n'est pas établie au jour de l'audience d'introduction : le juge fixe une nouvelle audience à une date immédiatement ultérieure à l'écoulement du délai d'1 an de séparation<sup>(48)</sup>, ou 1 an<sup>(49)</sup> après la première audience<sup>(50)</sup>. Lors de cette deuxième audience, si l'une des parties le requiert, en général mais pas obligatoirement le demandeur originaire, le juge prononce le divorce (art. 1255, § 2, C. jud.).

Si, en cours de procédure, l'époux défendeur marque son accord sur la demande initiée par son conjoint (divorce dit « sur demande

(46) Bruxelles, 4 avril 2011, *T. Not.*, 2012, p. 298, note C. DE BUSSCHERE, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 879 (fixation des résidences séparées à la même adresse, à des étages différents). Comp. Bruxelles, 13 janvier 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 323 (résidences à la même adresse, mais demande de délégation de sommes introduite devant le juge de paix).

(47) P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht, o.c.*, n° 1799 ; F. SWENNEN, « Doelstellingen van de hervorming. De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk », *o.c.*, p. 33, n° 43.

(48) Sur l'obligation de retenir une date immédiatement ultérieure à l'écoulement de ce délai : D. PIRE, « Le divorce pour désunion irrémédiable : un an d'application », in *Actualités de droit familial. Le point en 2008* (Y.-H. LELEU éd.), CUP, vol. 103, Liège, Anthémis, 2008, p. 31.

(49) Dans le projet de loi initial, le délai procédural prévu en ce cas était de 6 mois et non d'1 an. Toutefois, il existait une volonté politique de ne pas permettre le divorce sur demande unilatérale en moins d'un an. La cohérence du système est cependant perdue, car il est légitime d'abrégier le délai de séparation quand la volonté de divorcer, même unilatérale, est exprimée deux fois devant un juge. En cas de demande conjointe, suivant cette logique, ce délai est abrégé (*infra*, n° 440).

(50) *Contra* (au motif que les parties n'étaient pas encore séparées à cette date) : Civ. Bruxelles, 13 juin 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 947, note J.-L. RENÇON.

acceptée »), il y aura lieu d'appliquer les délais abrégés prescrits en cas de demande conjointe (art. 1255, § 3, C. jud. ; voy. ci-dessous)<sup>(51)</sup>.

**440. Demande conjointe : délais de 6 ou 3 mois.** Sur demande formée par les deux époux, le juge prononce le divorce s'il est établi que les parties sont séparées de fait depuis plus de 6 mois, ou si un délai de 3 mois s'est écoulé entre l'audience d'introduction de la demande et une seconde audience au cours de laquelle les époux confirment leur volonté de divorcer (art. 229, § 2, art. 1255, § 1<sup>er</sup>, C. jud.).

Deux cas de figure peuvent se présenter :

1. Il est établi dès l'audience d'introduction que les époux sont séparés de fait depuis plus de 6 mois : le juge prononce immédiatement le divorce.
2. La séparation de fait de plus de 6 mois n'est pas établie lors de l'audience d'introduction : le juge fixe une nouvelle audience à une date immédiatement ultérieure à l'écoulement du délai de 6 mois de séparation, ou 3 mois après la première audience. Lors de cette deuxième audience, si les parties confirment leur volonté, le juge prononce le divorce (art. 1255, § 1<sup>er</sup>, C. jud.).

## 2. L'exception : preuve de la désunion irrémédiable

**441. Principes.** Si un époux<sup>(52)</sup> souhaite divorcer sans attendre l'écoulement des délais légaux, il peut tenter d'obtenir le prononcé du divorce en soumettant à l'appréciation du juge des faits de nature à prouver l'existence d'une désunion irrémédiable (art. 229, § 1<sup>er</sup>).

L'époux demandeur pourra établir, par exemple, un ou plusieurs *manquements de son conjoint aux devoirs du mariage*, voire le comportement violent de celui-ci, et devra prouver que ces faits ont entraîné une désunion irrémédiable qui rend impossible la poursuite et la reprise de la vie commune, tout le contraire d'une réconciliation<sup>(53)</sup>.

(51) Bruxelles, 13 décembre 2011, *T. Fam.*, 2012, p. 111, note S. MATTHE, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 871 (somm.) ; Bruxelles, 14 mars 2011, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1640 ; Civ. Liège, 23 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 357. Pour plus de détails, notamment sur les conséquences de l'accord donné à l'audience d'introduction ou lors d'une audience ultérieure, voire en cours de procédure d'appel : P. SENAËVE, « De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting : vereisten, bewijsrecht en rechtspleging », *o.c.*, pp. 79-85, n<sup>os</sup> 101-112.

(52) Certains auteurs (F. SWENNEN, « Doelstellingen van de hervorming. De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk », *o.c.*, p. 21, n<sup>o</sup> 21) estiment que deux époux ne pourraient pas introduire, conjointement, une demande fondée sur l'art. 229, § 1<sup>er</sup>. Comp. : Civ. Bruxelles, 14 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2010, p. 316 (demande principale et demande reconventionnelle fondées sur l'art. 229, § 1<sup>er</sup>).

(53) Rappr. : Bruxelles, 16 février 2012, *Rev. trim. dr. ; fam.*, 2012, p. 685 (demande fondée sur l'article 229, § 1<sup>er</sup>, rejetée au vu des nombreuses séparations et réconciliations du couple, prononcé du

Le demandeur peut invoquer sa propre faute si elle est contestée par le défendeur<sup>(54)</sup> ; son aveu ne peut être collusoire (*infra*, n° 466).

Dans son appréciation, le juge pourra s'inspirer de la jurisprudence ancienne en matière d'adultère, d'excès, sévices et injures graves (*infra*, n°s 442 et s.), mais il saura se départir de réflexes contraires à l'esprit de la réforme : le divorce pour désunion irrémédiable prouvée est une exception, la cause est objective, et les violations des obligations du mariage ne sont appelées qu'à preuve de celle-ci.

L'objectivation de la cause de divorce, même prouvée par des faits de la vie privée du couple, rend possible l'invocation de faits qui ne sont pas des fautes. Ainsi un état gravement dépressif ou l'aliénation mentale d'un des conjoints pourraient suffire s'ils révèlent une désunion irrémédiable<sup>(55)</sup>.

Le pouvoir d'appréciation du juge s'exerce tant sur l'existence d'une désunion irrémédiable<sup>(56)</sup> que sur l'opportunité de prononcer immédiatement le divorce. Il apprécie souverainement, au regard de l'ensemble des circonstances de la cause, d'une part si le manquement ou le fait invoqué établit la désunion irrémédiable, et, d'autre part, s'il doit prononcer le divorce « *de plano* » ou remettre la cause à une date ultérieure<sup>(57)</sup>.

Les faits invoqués comme preuve de la désunion irrémédiable doivent se situer pendant le mariage. La désunion irrémédiable peut résulter d'une dissimulation de faits antérieurs au mariage, pour autant que cette dissimulation rende impossible la poursuite de la vie commune ou sa reprise (ex. : stérilité dissimulée d'un époux). Cette sanction compense, d'un point de vue fonctionnel, l'impossibilité d'annuler le mariage pour dol ou erreur sur les qualités de la personne (*supra*, n° 327).

divorce sur la base de l'article 229, § 2) ; Civ. Nivelles, 29 octobre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 136, note G. HIERNAUX (exception de réconciliation soulevée par le défendeur, rejetée).

(54) En ce sens : Civ. Bruxelles, 4 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 132, note J.-P. MASSON ; comp. : Civ. Nivelles, 29 octobre 2008, précité (faute non contestée, assassinat des enfants communs).

(55) A. DUELZ, J.-C. BROUWERS et Q. FISCHER, *Le droit du divorce*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2009, p. 69, n° 77 ; J.-P. MASSON, « La loi du 27 avril 2007 réformant le divorce », *J.T.*, 2007, p. 538.

(56) Civ. Bruxelles, 8 octobre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 62 (prouvée) ; Civ. Bruxelles, 23 mars 2011, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1650 (prouvée) ; Civ. Arlon, 3 octobre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 235 (non prouvée).

(57) J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce : 'le droit au divorce' », *o.c.*, p. 969. *Contra* : J.-P. MASSON, « La loi du 27 avril 2007 réformant le divorce », *o.c.*, p. 538 ; P. SENAËVE, « De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting : vereisten, bewijsrecht en rechtspleging », *o.c.*, pp. 69-70, n°s 93-94.

**442. Ancien catalogue<sup>(58)</sup>. Adultère.** L'adultère n'est plus une cause de divorce mais peut prouver la désunion irrémédiable<sup>(59)</sup>.

La notion d'adultère demeure inchangée ; c'est le fait pour un époux d'avoir des relations sexuelles<sup>(60)</sup> avec une autre personne que son conjoint<sup>(61)</sup>. Le juge appelé à se prononcer sur l'existence d'un adultère dispose d'un large pouvoir d'appréciation et peut se baser sur un ensemble de présomptions indiquant l'existence d'une relation affective, sans nécessairement obtenir ou requérir la preuve formelle des relations sexuelles<sup>(62)</sup>.

Très déterminée par la conception sociale et juridique du mariage et par les mutations subies par celui-ci<sup>(63)</sup>, la notion juridique d'adultère a subi de profondes modifications. L'adultère a été pénalement sanctionné, pendant longtemps plus sévèrement pour la femme que pour l'homme<sup>(64)</sup>, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 20 mai 1987. Bien qu'il ne puisse plus fonder le divorce, il conserve par sa nature même une certaine prééminence parmi les faits de nature à prouver la désunion irrémédiable. De plus, sa preuve est facilitée par une procédure du constat, maintenue à tort dans la nouvelle législation (*infra*, n° 464). L'adultère n'est plus présumé grave ou outrageant, et il appartient au juge d'apprécier s'il a rendu impossible la poursuite de la vie commune et sa reprise<sup>(65)</sup>.

**443. (suite) Relations homosexuelles.** Pendant longtemps, l'interprétation restrictive de la notion d'adultère a exclu son application aux relations homosexuelles<sup>(66)</sup>, avec d'importantes conséquences procédurales pour le demandeur. Un huissier de justice ne pouvait être désigné pour

(58) Pour un nouveau catalogues, complet avec référence à la jurisprudence publiée et inédite : P. SENAËVE, « De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting : vereisten, bewijsrecht en rechtspleging », o.c., pp. 70-78, n<sup>os</sup> 95-97.

(59) Bruxelles, 10 janvier 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 317 ; Gand, 27 mars 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 945 (somm.), *NjW*, 2009, p. 277, note G.V. ; Civ. Oudenaarde, 23 décembre 2008, *R.W.*, 2008-2009, p. 1741 ; Civ. Nivelles, 13 novembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 341, obs. J.-P. MASSON ; Civ. Liège, 23 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 357 (somm.).

(60) Le critère de la « consommation » des relations sexuelles (H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 700, n° 662) doit être abandonné autant en raison des difficultés de preuve que pour une difficulté de définition compte tenu de la diversité des pratiques ; le juge appréciera le comportement au regard du sens usuel des termes « relation sexuelle » (Y.-H. LELEU, « L'adultère revisité », *J.L.M.B.*, 1999, p. 813, n° 3).

(61) Sur l'adultère : J.-P. BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes*, o.c., pp. 370 et s.

(62) Liège, 15 novembre 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 891.

(63) Pour une analyse approfondie : J.-L. RENÇON, « L'adultère 'outrageant'. À propos d'une résistance tenace de la jurisprudence belge à rechercher les intentions, les émotions et les sentiments constitutifs d'un véritable outrage », *Rev. trim. dr. fam.*, 1985, pp. 213-282.

(64) Une loi du 28 octobre 1974 a aboli cette différence.

(65) Civ. Bruxelles, 2 octobre 2012, *R.A.B.G.*, 2013, p. 278, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 824 (somm.) (constat d'adultère jugé insuffisant à prouver la désunion irrémédiable).

(66) Voy. : P. SENAËVE, « Over lesbisch spel : al dan niet overspel ? », *E.J.*, 1999, p. 18.

constater des relations homosexuelles<sup>(67)</sup> et leur constatation fortuite rendait le constat irrecevable comme preuve d'un adultère au sens strict<sup>(68)</sup>. Cette jurisprudence était critiquable et la Cour de cassation y a mis fin par un arrêt du 17 décembre 1998<sup>(69)</sup>. Elle ne conserve une pertinence que dans la mesure où, de manière regrettable, elle permet d'envoyer huissier, policier et serrurier dans la chambre des amant(e)s.

**444. (suite) Infidélités non constitutives d'adultère.** Les infidélités<sup>(70)</sup> affectives ou sexuelles ne répondent pas toujours à la définition, relativement stricte, de l'adultère. Elles peuvent néanmoins avoir provoqué une désunion irrémédiable<sup>(71)</sup>. La présence d'un tiers dans le ménage de l'époux, même séparé de fait, peut constituer une infidélité conjugale<sup>(72)</sup>, de même que des tentatives de transgression du devoir de fidélité qui dépassent le seuil des pensées<sup>(73)</sup>. Les dépenses dans des lieux de débauche

(67) Anvers, 18 décembre 1995, R.W., 1996-1997, p. 365 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 232 (somm.) ; Mons, 29 mars 1988, J.T., 1988, p. 408 ; Civ. Anvers, 24 novembre 1994, R.W., 1995-1996, p. 509, note F. APS ; *contra* : Civ. Bruxelles (réf.), 30 avril 1998, *Div. Act.*, 1999, p. 9, note F. LIGOT, J.L.M.B., 1999, p. 831 (somm.) ; Civ. Nivelles, 29 octobre 1996, J.T., 1997, p. 116.

(68) *Contra* : Liège, 21 décembre 1998, J.L.M.B., 1999, p. 807, obs. Y.-H. LELEU, R.R.D., 1999, p. 40, *Div. Act.*, 1999, p. 103, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 525.

(69) Cass., 17 décembre 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 1242, R.G.D.C., 1999, p. 245, obs. Y.-H. LELEU, E.J., 1999, p. 25, R.W., 1998-1999, p. 1075, note F. APS, R. Cass., 1999, p. 107, note P. BORGHIS, J.L.M.B., 1999, p. 1682 (rapport d'activité de la Cour de cassation).

(70) Voy. : C. PHILIPPE, « Quel avenir pour la fidélité ? », *Dr. fam.*, 2003, chron., n° 16.

(71) Civ. Liège, 23 octobre 2007, J.L.M.B., 2008, p. 357 (somm.). Sur l'exigence ancienne de preuve du caractère gravement injurieux de ces infidélités : Bruxelles, 12 avril 2005, *NjW*, 2005, p. 955, note G.V., E.J., 2005, p. 197, note F. APS (sessions de « chat ») ; Bruxelles, 12 juillet 2005, *Div. Act.*, 2006, p. 85, obs. H. VANDERVELLE et F. CHRISTIAENS (internet) ; Bruxelles, 19 octobre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1163 ; Gand, 30 septembre 2004, E.J., 2006, p. 54, note K. UYTTERHOEVEN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 307 (somm.) (exposition publique avec un autre partenaire) ; Liège, 19 novembre 2002, J.L.M.B., 2003, p. 1146, J.T., 2003, p. 343 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 334 ; Bruxelles, 24 septembre 2002, J.T., 2003, p. 255 (somm.) ; Mons, 12 juin 2001, *Div. Act.*, 2001, p. 137, note M. HUSTINX ; Liège, 21 décembre 1998, J.L.M.B., 1999, p. 807, obs. Y.-H. LELEU, R.R.D., 1999, p. 40, *Div. Act.*, 1999, p. 103 (demande reconventionnelle du mari contre son épouse ayant réservé une chambre d'hôtel pour deux, juste après avoir appris qu'il entretenait une relation homosexuelle) ; Anvers, 26 juin 1996, A.J.T., 1996-1997, p. 297, note E. DE GROOTE ; Liège, 11 décembre 1995, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 343 (reconnaissance de deux enfants issus d'une autre femme que son épouse) ; Bruxelles, 21 mars 1995, *Div. Act.*, 1996, p. 80 (chronique de jurisprudence) (annoncer en public que l'on sort avec d'autres hommes que son mari ; partir en voyage à l'étranger avec un tiers) ; Civ. Liège, 8 juin 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 382, note N. DANDROY (courrier adressé à l'épouse révélant l'homosexualité refoulée, mais passive et intellectuelle, du mari) ; Civ. Bruxelles, 7 mars 1995, *Div. Act.*, 1996, p. 78 (chronique de jurisprudence).

(72) Mons, 8 décembre 1998, *Div. Act.*, 2000, p. 120, note E. de WILDE d'ESTMAEL ; Mons, 7 octobre 1997, *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 262 ; Civ. Liège, 9 mars 2000, J.L.M.B., 2001, p. 566 ; Civ. Liège, 26 mars 1992, *Rev. trim. dr. fam.*, 1993, p. 134. Comp. : Mons, 15 novembre 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 282 ; Liège, 30 juin 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 506.

(73) Liège, 15 juin 1998, J.T., 1998, p. 778, R.R.D., 1999, p. 430 (annonce matrimoniale ; sur le courtage matrimonial, voy. *supra*, n° 317) ; comp. : Mons, 28 novembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 87 (intentions d'infidélité).

ou en achat de matériel pornographique<sup>(74)</sup> ont été jugées injurieuses plus en raison de l'affront moral que de leur impact financier.

**445. (suite) Impossibilité ou excès de relations sexuelles.** Alors que la sexualité est une des composantes les plus protégées de la vie privée, l'ancien droit du divorce sanctionnait le refus d'entretenir des relations sexuelles. La gravité de l'injure dépendait toutefois des circonstances de la cause<sup>(75)</sup>, notamment de l'attitude du couple envers la sexualité<sup>(76)</sup>.

L'impossibilité physique d'entretenir des relations sexuelles n'était cause de divorce que si, préexistante au mariage, elle avait été dissimulée de manière injurieuse au conjoint.

Actuellement, l'on présentera de telles situations comme facteurs d'incompatibilité personnelle pouvant, en fonction des circonstances, avoir empêché ou scellé la fin de l'harmonie sexuelle et rendu impossible la poursuite de la vie commune et sa reprise.

**446. (suite) Abandon du domicile conjugal.** L'abandon du domicile conjugal n'est en soi plus fautif, car il fait courir les délais de séparation établissant la désunion irrémédiable. À titre exceptionnel, il peut être reproché par l'autre époux et servir à établir, en fait, la désunion irrémédiable pour permettre un divorce avant l'expiration des délais légaux. Ont ainsi été jugées de nature à *prouver* la désunion irrémédiable, une séparation de 10 mois matérialisée par une radiation d'office de la dernière résidence conjugale<sup>(77)</sup> et une séparation de 8 mois, précédée d'une première séparation quelques années auparavant<sup>(78)</sup>.

Sous l'ancienne jurisprudence, la négation du devoir de cohabitation devait être injurieuse. La jurisprudence était, à juste titre, sévère dans son appréciation<sup>(79)</sup>, parce que l'obligation de cohabitation était la première à devoir céder en cas de crise pour d'évidentes raisons de protection de l'intégrité et psychique et physique des époux (et des enfants)<sup>(80)</sup>.

(74) Anvers, 20 février 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 599 ; Liège, 25 mai 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 271.

(75) Liège, 20 septembre 1999 et Civ. Liège, 3 décembre 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 295, note J.-L. RENCHON (rejet de la demande) ; Mons, 3 novembre 1998, *R.G.D.C.*, 2000, p. 173 ; Trib. trav. Gand, 12 septembre 1994, *R.W.*, 1996-1997, p. 1194.

(76) Bruxelles, 28 juin 1988, *R.W.*, 1988-1989, p. 340 ; Civ. Tournai, 30 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1584, *E.J.*, 1998, p. 92, note E. COENE (rejet de la demande).

(77) Civ. Liège, 16 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 356 (somm.).

(78) Civ. Liège, 9 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 355 (somm.) ; *adde* : Civ. Anvers, 19 février 2008, *R.A.B.G.*, 2008, p. 730, note S. BROUWERS.

(79) Pour plus de détails : A. DUELZ, *Le droit du divorce*, 3<sup>e</sup> éd., pp. 82-84, n° 96 ; G. HIERNAUX, in *Précis de droit de la famille* (A.-Ch. VAN GYSEL dir.), 1<sup>ère</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 245.

(80) Liège, 13 octobre 1997, *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 265.

À cela s'ajoutait le souci d'éviter les collusions<sup>(81)</sup>. Le demandeur devait établir des circonstances de nature à montrer que l'abandon du domicile était intervenu sans raison particulière<sup>(82)</sup> et contre sa volonté de maintenir la vie commune<sup>(83)</sup>. Ce grief était inopérant dès lors que le conjoint était autorisé par le juge à résider séparément<sup>(84)</sup>.

**447. (suite) Violences.** En plus du droit pénal qui doit être activé, le divorce peut (et doit) être prononcé en cas de brutalités, graves ou légères<sup>(85)</sup>. Une tentative de meurtre, une séquestration, des coups et blessures, ou une attitude harcelante, jadis causes de divorce<sup>(86)</sup>, pourront prouver la désunion irrémédiable<sup>(87)</sup>.

On rappellera la possibilité d'attribution de la jouissance du logement familial au conjoint victime d'actes de violence physique de son partenaire à titre de mesure provisoire (art. 1253ter/5, al. 3, C. jud. ; *supra*, n° 366) et d'attribution définitive en propriété dans la liquidation-partage du régime de communauté (art. 1447, al. 2)<sup>(88)</sup>.

**448-454. (suite) Varia.** Divers comportements pouvant, sous l'ancien droit, être considérés comme des excès, sévices et injures graves seront également de nature, dans certaines circonstances, à emporter la conviction du juge quant à l'existence d'une désunion irrémédiable.

(81) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 707, n° 671.

(82) Anvers, 28 septembre 2005, R.A.B.G., 2006, p. 518, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 889 (somm.) ; Bruxelles, 13 janvier 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 413 ; Mons, 19 octobre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1128 ; Bruxelles, 18 septembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 462 ; Gand, 10 octobre 1994, A.J.T., 1994-1995, p. 164, J.L.M.B., 1995, p. 1592 (somm.) (admission en hôpital psychiatrique).

(83) Bruxelles, 3 février 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 90 ; Mons, 8 mai 2001, *Div. Act.*, 2001, p. 134, note M. HUSTINX (non injurieux).

(84) Mons, 14 février 1989, J.L.M.B., 1989, p. 1440, obs. Chr. PANIER.

(85) Voy. not. : A. BOAS et J. LAMBERT (éd.), *La violence conjugale*, o.c. ; K. HERBOTS, « Overzicht van rechtspraak (1994-2000) – De echtscheiding op grond van grove beledigingen, geweldddaden en mishandelingen (art. 231 B.W.) », *E.J.*, 2000, p. 86 ; A. JACOBS, « Les violences au sein du couple (article 410, alinéa 3 du Code pénal) », in *Le point sur le droit pénal* (A. JACOBS éd.), Liège, CUP, 2000, p. 173 ; L. STEVENS, « De wet van 24 november 1997 strekkende om het geweld tussen partners tegen te gaan », *E.J.*, 1998, p. 18 ; C. VERSCHUEREN, « De wet van 24 november 1997 ertoe strekkende het geweld tussen partners tegen te gaan : een schoolvoorbeeld van hedendaagse wetgeving ? », *R.W.*, 1998-1999, p. 1059.

(86) Liège, 14 mars 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 461, note J.-P. MASSON ; Mons, 8 mai 2001, *Div. Act.*, 2001, p. 134, note M. HUSTINX ; Liège, 20 novembre 1995, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 340 ; Liège, 18 mai 1992, *Rev. trim. dr. fam.*, 1993, p. 97 ; Gand, 4 novembre 1929, *Pas.*, 1931, II, p. 13 ; Civ. Anvers, 23 février 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 889 (somm.), R.A.B.G., 2007, p. 156, note E. VANGOLDSENHOVEN ; Civ. Bruxelles, 4 janvier 1985, *Rev. trim. dr. fam.*, 1987, p. 400.

(87) Civ. Bruxelles, 9 novembre 2007, J.L.M.B., 2008, p. 338 ; Civ. Bruxelles, 9 novembre 2007, J.L.M.B., 2008, p. 340 ; Civ. Liège, 9 octobre 2007, J.L.M.B., 2008, p. 355 (somm.).

(88) Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 274, n° 255.

L'on peut notamment citer, à titre d'exemple, en renvoyant pour le surplus à la première édition du présent ouvrage (n<sup>os</sup> 449 à 454) :

- la passivité déraisonnable envers une pathologie physique ou psychique curable ayant des incidences sur la communauté de vie, par exemple un état dépressif<sup>(89)</sup> ou une infécondité réversible<sup>(90)</sup> ;
- le défaut de contribution aux charges du mariage (art. 221) en argent<sup>(91)</sup> ou par le travail au foyer<sup>(92)</sup>, ou la négligence financière ou matérielle dans l'éducation des enfants<sup>(93)</sup> communs (art. 203 et 221) ;
- le manque de respect par un des conjoints de son devoir d'assistance qui implique un soutien moral en toutes circonstances<sup>(94)</sup> ;
- selon les circonstances, une tentative de suicide, ultime abandon du conjoint<sup>(95)</sup> ;
- l'alcoolisme ou la toxicomanie de l'un des époux rendant impossible la poursuite de la vie commune et sa reprise<sup>(96)</sup> ;
- des insultes récurrentes et/ou exprimées en public et portant atteinte à l'honneur du conjoint ;

(89) Comp. : Liège, 30 juin 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 278.

(90) Cass., 14 décembre 2001, *Pas.*, 2001, p. 2129, concl. DU JARDIN, *J.L.M.B.*, 2002, p. 532, obs. Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *J.T.*, 2002, p. 261, obs. C. TROUET, *R.G.D.C.*, 2002, p. 328, concl. DU JARDIN, note C. TROUET, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.494, concl. DU JARDIN, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 239, note J.-L. FAGNART, *J.L.M.B.*, 2003, pp. 8 et 32 (rapport d'activité de la Cour de cassation) ; Cass., 6 octobre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 136.

(91) Civ. Bruxelles, 4 janvier 1985, *Rev. trim. dr. fam.*, 1987, p. 400.

(92) Mons, 30 avril 2001, *Div. Act.*, 2001, p. 133, note M. HUSTINX (demande rejetée) ; Liège, 7 octobre 1996, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 101.

(93) Civ. Bruxelles, 9 novembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 337 ; Civ. Liège, 5 décembre 1985, *Rev. trim. dr. fam.*, 1987, p. 420.

(94) Cass., 24 février 1978, *R.W.*, 1978-1979, col. 1032 ; Mons, 22 septembre 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 510.

(95) Civ. Nivelles, 13 octobre 1998, *Div. Act.*, 1999, p. 13 ; Civ. Anvers, 24 mars 1975, *R.W.*, 1974-1975, col. 2542.

(96) Mons, 17 février 2004, *J.T.*, 2004, p. 524, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 598, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1677 ; Mons, 12 juin 2001, *Div. Act.*, 2001, p. 137, note M. HUSTINX ; Anvers, 13 janvier 1999, *R.G.D.C.*, 2000, p. 174 ; Mons, 22 septembre 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 510 ; Bruxelles, 27 janvier 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 57 ; Liège, 9 septembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 391 ; Liège, 17 mars 1997, *J.T.*, 1997, p. 500, *J.L.M.B.*, 1998, p. 708, *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 252. Comp. : Liège, 15 juin 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1103, note J.-L. RENCHON, *Div. Act.*, 2006, p. 20 ; Mons, 18 octobre 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 61 ; Liège, 30 juin 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 506.

- les indécitesses<sup>(97)</sup> et conflits d'argent<sup>(98)</sup>, ainsi que les tracasseries fiscales<sup>(99)</sup>, professionnelles<sup>(100)</sup> ou administratives<sup>(101)</sup> imposées par un des époux à son conjoint ;
- des divergences idéologiques ou religieuses graves et persistantes<sup>(102)</sup>, l'adhésion à une secte<sup>(103)</sup> ou des pratiques religieuses excessives ou intempestives<sup>(104)</sup> ;
- l'aversion persistante de l'un des époux envers un enfant commun ou l'enfant de son conjoint ;
- le harcèlement téléphonique pratiqué par l'un des époux à l'égard de son conjoint<sup>(105)</sup> ;
- le fait pour un époux de faire obstacle à tout contact entre son conjoint et les enfants communs<sup>(106)</sup> ;
- l'incompatibilité d'humeur, par un curieux retour de l'histoire, si sa preuve peut être rapportée<sup>(107)</sup>.

(97) Bruxelles, 9 mars 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 603 (retrait bancaire par le mari) ; Bruxelles, 21 janvier 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 241 (somm.) (donner une grande part des biens communs à ses filles) ; Civ. Nivelles, 3 septembre 2002, *Div. Act.*, 2006, p. 1, note H. HIERNAX (laisser son épouse dans l'ignorance de la manière dont sont gérés les avoirs communs) ; Civ. Arlon, 10 janvier 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1576, *R.G.D.C.*, 1998, p. 58 (falsification d'une procuration sur le compte bancaire de son mari ; condamnation pénale ; pas d'injure grave).

(98) Bruxelles, 15 février 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 92 (soustraction d'avoirs communs) ; Liège, 10 décembre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1027 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 358 (souscription d'emprunts à l'insu de son conjoint). Comp. : Civ. Nivelles, 11 avril 1995, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 197 (retrait de fonds d'un compte commun ; pas d'injure grave).

(99) Liège, 27 octobre 1998, *R.R.D.*, 1999, p. 38, *E.J.*, 2000, p. 29, note F. APS (dénonciation) ; Bruxelles, 19 janvier 1982, *Rev. trim. dr. fam.*, 1982, p. 270, obs. P. MAHILLON, *Rev. not. belge*, 1982, p. 257 (*idem*).

(100) Bruxelles, 20 avril 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 788.

(101) Civ. Bruxelles, 26 mai 1999, *R.G.* n° 98/10.577, cité par P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 8<sup>e</sup> éd., o.c., n° 1796 (dénonciation à l'Office des étrangers).

(102) Gand, 31 janvier 1947, *R.W.*, 1948-1949, col. 627 ; Civ. Liège, 12 décembre 1978, *J.L.*, 1978-1979, p. 150. Sur le refus d'avoir des relations sexuelles pour des motifs religieux, *supra*, n° 445.

(103) Sur la question : M. HUYETTE, « Les sectes et le droit », *D.*, 1999, p. 383.

(104) Gand, 18 décembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 888 (somm.), *R.A.B.G.*, 2006, p. 511 ; Mons, 8 septembre 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 267 ; Civ. Mons, 7 février 1995, *Div. Act.*, 1996, p. 78 ; Civ. Liège, 20 décembre 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 134 ; comp. Civ. Tournai, 30 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1584, *E.J.*, 1998, p. 92, note E. COENE (rejet de la demande). Pour une critique au regard de la protection constitutionnelle de la liberté de culte de la compétence du juge à se prononcer dans un tel débat : P. DE POOTER et F. JUDO, « De grenzen van de godsdienstvrijheid in het ouderlijk gezag verkend », note sous Gand, 13 février 2003, *R.W.*, 2003-2004, pp. 1735-1736.

(105) Bruxelles, 19 octobre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1163 ; Mons, 26 septembre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 726.

(106) Anvers, 21 avril 2004, *NjW*, 2004, p. 1167, note G.V. ; Mons, 17 février 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1082.

(107) Civ. Liège, 16 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 356 (somm.).

## § 2. Procédure

### I. Caractères de l'action

**455. Action d'état.** Le divorce modifie l'état des personnes par une action d'état avec ses caractéristiques fondamentales :

- L'action est *personnelle* : seuls les époux en sont titulaires, et non leurs héritiers<sup>(108)</sup> ni leurs créanciers. L'action en divorce est éteinte par le décès d'un des époux en cours d'instance. Le ou les époux demandeurs doivent durant toute la procédure être suffisamment capables en fait de l'introduire et de la poursuivre, c'est-à-dire disposer des capacités mentales et volitives suffisantes pour prendre consciemment attitude quant à l'opportunité de la rupture du lien matrimonial et se rendre compte, le cas échéant, de la nature des faits sur lesquels repose la demande en divorce<sup>(109)</sup>.

Rappelons que la personne sous protection judiciaire déclarée incapable de demander le divorce par le juge de paix (art. 492/1) pourra y être autorisée (*supra*, n° 182-4). La représentation d'un incapable, de droit ou de fait, en qualité de *demandeur* est toutefois impossible et la personne devra introduire seule sa demande.

Par contre, lorsqu'une demande unilatérale (art. 229, § 1<sup>er</sup> ou § 3) est formée contre une personne sous protection judiciaire (art. 488/1, al. 1<sup>er</sup>) cette personne sera représentée en qualité de *défendeur* par son administrateur ou, à défaut, un administrateur *ad hoc*<sup>(110)</sup> désigné par le tribunal de la famille (art. 1255, § 7, C. jud.). L'administrateur (*ad hoc*) peut être chargé de représenter l'époux dans les actes ultérieurs de liquidation-partage ou de placement des fonds qui lui reviennent<sup>(111)</sup>. Une incapacité de droit ou de fait survenue en cours de procédure suspend celle-ci<sup>(112)</sup>.

- En théorie, l'action est *indisponible*, de sorte qu'un acquiescement ou un désistement en cours de procédure ne pourrait avoir comme

(108) P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, n° 1805. Le décès avant le jugement définitif de divorce éteint l'action et dissout le mariage ; le décès entre le moment où le jugement de divorce acquiert force de chose jugée et sa transcription n'affecte pas le divorce (art. 1278, al. 3, C. jud.). Les héritiers ne peuvent même pas poursuivre une action déjà introduite.

(109) Cass., 7 mars 1907, *B.J.*, 1907, p. 873, *Pas.*, 1907, I, p. 154. P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 1806.

(110) Dont la désignation par le président du tribunal sera requise, au préalable, par l'époux demandeur : F. APS, « De rechtspleging en het bewijs inzake echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting », in *De hervorming van het echtscheidingsrecht. Commentaar op de wet van 27 april 2007* (P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHULDEN éd.), Anvers, Intersentia, 2008, p. 116, n° 148 ; A. DUELZ, J.-C. BROUWERS et Q. FISCHER, *Le droit du divorce*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 104, n° 138.

(111) Civ. Bruxelles, 10 octobre 1991, *R.W.*, 1992-1993, p. 681. Pour plus de détails : N. GALLUS, *Le divorce pour séparation de fait*, p. 38, n° 63.

(112) P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 1806.

conséquence la dissolution du mariage mais seulement son maintien<sup>(113)</sup>. Ce principe est contestable, en droit parce que c'est le jugement et non la volonté qui modifie l'état, en opportunité parce que l'appelant peut se rendre compte tardivement de la faiblesse de ses moyens (d'appel). La jurisprudence ancienne admettait à juste titre que l'on se désiste d'un appel interjeté contre un jugement prononçant le divorce, sauf si la volonté n'est pas libre ou si la démarche est collusoire et vise à obtenir un divorce sans motif légal<sup>(114)</sup>.

- L'action en divorce est *imprescriptible* ; les faits invoqués à l'appui de la demande fondée sur la preuve de la désunion irrémédiable peuvent dater de plus de 10 ans<sup>(115)</sup>.

## 2. Déroulement de l'instance

**456. Compétence.** L'action en divorce pour cause de désunion irrémédiable ressortit à la compétence *matérielle* du tribunal de la famille (art. 572*bis*, 1<sup>o</sup>, C. jud.).

La compétence *territoriale* est déterminée, en droit interne, par le domicile du défendeur ou par la dernière résidence conjugale (art. 629*bis*, § 5, C. jud.).

Toutefois, lorsque l'acte introductif d'instance contient des demandes relatives à l'autorité parentale, l'hébergement et les obligations alimentaires à l'égard d'un enfant mineur, c'est le tribunal du domicile ou, à défaut, de la résidence habituelle du mineur qui sera compétent (art. 629*bis*, § 2, C. jud.), sauf si l'intérêt de l'enfant commande le renvoi devant le tribunal d'un autre arrondissement (art. 629*bis*, § 7, C. jud.). En toutes hypothèses, si un tribunal de la famille a auparavant été saisi d'une demande entre les parties dans une matière familiale, ce tribunal reste compétent pour leurs demandes ultérieures, en ce compris une demande en divorce (art. 629*bis*, § 1<sup>er</sup> C. jud.)<sup>(116)</sup>.

(113) Selon la Cour de cassation, l'époux demandeur peut se désister de sa demande en divorce et maintenir le mariage (Cass., 23 mai 1872, *Pas.*, 1872, I, p. 348), mais celui aux torts duquel le divorce a été autorisé ne peut se désister de l'*appel* interjeté contre ce jugement, car cela consoliderait le changement d'état (Cass., 26 septembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 94, *Rev. trim. dr. fam.*, 1981, p. 417, R.W., 1980-1981, col. 2477). Voy. not. : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes, o.c.*, pp. 719-720, n<sup>o</sup> 678.

(114) Gand, 7 octobre 2004, *T.G.R. – T.W.V.R.*, 2004, p. 373 (somm.) ; Bruxelles, 26 novembre 2002, *J.T.*, 2004, p. 120 (somm.) ; Bruxelles, 16 octobre 2001, *J.T.*, 2002, p. 451 ; Liège, 20 décembre 1999, *J.T.*, 2000, p. 186, *J.L.M.B.*, 2000, p. 799, obs. Y.-H. LELEU, *R.R.D.*, 2000, p. 165 ; Bruxelles, 28 octobre 1999, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 751, *Div. Act.*, 2000, p. 146, note H. BOULARBAH.

(115) Comp. : art. 2262*bis*, § 1<sup>er</sup> ; anciennement : Anvers, 30 janvier 1980, *Rev. trim. dr. fam.*, 1981, p. 24.

(116) Pour plus de détails : J. SAUVAGE, « L'agencement des compétences matérielles et territoriales », in *o.c.*, pp. 56-68.

**457. Introduction de la demande.** Conformément au droit commun, la demande en divorce *peut* toujours être introduite par *citation*<sup>(117)</sup> (art. 700 C. jud.) ou *requête conjointe* (art. 706 C. jud.). L'exploit de citation contient, en plus de la convocation à comparaître, l'exposé de la demande et des renseignements concernant les époux et les enfants, y compris ceux d'un des époux. Ces modes d'introduction ne sont toutefois requis, à l'exclusion de la requête, que pour la demande fondée sur l'article 229, § 1<sup>er</sup>, du Code civil (désunion irrémédiable prouvée)<sup>(118)</sup>.

La demande fondée sur l'article 229, § 2, du Code civil (demande conjointe) *doit* être introduite par une *requête* signée par chacun des époux ou par au moins un avocat ou un notaire (art. 1254, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, C. jud.). La demande fondée sur l'article 229, § 3, du Code civil (demande unilatérale) *peut* également être introduite par requête (art. 1254, § 1<sup>er</sup>, al. 2, C. jud.).

Dans tous les cas, la requête doit répondre aux exigences posées par les articles 1034*bis* à 1034*sexies* du Code judiciaire (art. 1254, § 1<sup>er</sup>, al. 3, C. jud.) et notamment énoncer l'exposé de la demande, et être déposée au greffe du tribunal compétent qui veillera à sa notification à la partie adverse, laquelle emporte convocation à comparaître.

L'époux demandeur, ou les deux en cas de demande conjointe, sont tenus de joindre à l'acte introductif d'instance de nombreuses pièces d'état civil, dont le relevé figure à l'alinéa 7 de l'article 1254, § 1<sup>er</sup> du Code judiciaire et dont la principale est l'extrait d'acte de mariage<sup>(119)</sup>.

Outre les mentions habituelles prescrites à peine de nullité<sup>(120)</sup>, l'article 1254, § 1<sup>er</sup>, alinéas 4 et 5, du Code judiciaire énonce celles que l'acte introductif doit ou peut contenir, notamment relatives aux enfants<sup>(121)</sup>. Ces mentions ne sont pas prescrites à peine de nullité, le juge pouvant

(117) Pour une critique envers ce mode « agressif » d'introduction de l'instance : rapport MERCKX-VAN GOEY, *Doc. parl.*, Ch. repr., S.E. 1991-1992, n° 545/14, pp. 51-64.

(118) Depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2007, le nouvel art. 700 C. jud. prévoit que la sanction du non-recours à la citation est la nullité, nullité qui ne peut toutefois être prononcée que si la partie défenderesse l'invoque et prouve qu'elle a subi un grief (art. 861 C. jud.), ce qui ne sera *a priori* le cas que si la partie défenderesse était défaillante parce qu'elle n'a pas été touchée par la convocation (Civ. Louvain, 4 février 2008, R.A.B.G., 2008, p. 709 ; Civ. Nivelles, 29 octobre 2008, J.L.M.B., 2009, p. 136, obs. G. HIERNAX ; comp. : Civ. Liège, 27 novembre 2007, J.L.M.B., 2008, p. 344, obs. D. PIRE). Pour plus de détails : F. APS, « De rechtspleging en het bewijs inzake echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting », *o.c.*, p. 106, n° 136 ; D. PIRE, « Le divorce pour désunion irrémédiable : un an d'application », *o.c.*, p. 16.

(119) En principe, si les époux sont inscrits au Registre national des personnes physiques, ils peuvent être dispensés d'en fournir certaines (preuves d'identité, actes de naissance des enfants, acte de mariage lorsque le mariage a été célébré en Belgique), qui seront récoltées par le greffe, mais la pratique ne rencontre pas cet objectif de simplification administrative.

(120) Art. 43 et 702 C. jud. pour la citation et 1034*ter* C. jud. pour la requête contradictoire.

(121) Pour plus de détails : J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce : 'le droit au divorce' », *o.c.*, pp. 980 et s.

inviter les parties à communiquer les informations et pièces requises si elles sont incomplètes (art. 1254, § 4, C. jud.)<sup>(122)</sup>.

Comme par le passé et dans le même objectif de simplification et d'économie assigné par la loi du 30 juin 1994, l'acte introductif d'instance peut contenir les demandes éventuelles relatives aux *mesures provisoires* (art. 1254, § 1<sup>er</sup>, al. 6, C. jud.).

**458. Audience d'introduction. Comparution personnelle.** À l'audience d'introduction, la comparution personnelle des parties est obligatoire seulement si la cause contient des demandes relatives aux résidences séparées, aux enfants mineurs ou aux obligations alimentaires, sauf dérogation accordée par le juge pour circonstances exceptionnelles (art. 1253<sup>ter</sup>/2, al. 1 et 3, C. jud.). Le défendeur non personnellement présent s'expose à un jugement par défaut (art. 802 C. jud.) ou à une convocation à une audience ultérieure (art. 803 C. jud.). S'il ne comparait pas à cette nouvelle audience, le tribunal prononcera, sauf circonstances exceptionnelles, un jugement réputé contradictoire (art. 1253<sup>ter</sup>/2, al. 2).

Lorsque la demande porte uniquement sur le divorce, la comparution personnelle n'est donc pas exigée, mais le juge peut l'ordonner à la demande d'une des parties ou du ministère public, notamment à fins de conciliation (art. 1255, § 6, al. 1<sup>er</sup>).

De manière générale, lorsque la comparution personnelle est exigée par la loi ou ordonnée par le juge, l'époux défaillant pourra, à l'appréciation du juge, soit être déchu de son action, soit voir la cause renvoyée au rôle particulier de la chambre. Elle pourra dans ce cas être ramenée à l'audience dans un délai de 15 jours à la demande d'une des parties (art. 1263).

La loi impose au juge d'informer les parties sur les possibilités de résoudre leur conflit par le biais de la conciliation, de la médiation ou de tout autre mode alternatif de résolution des conflits (*supra*, n° 355-1). Il peut ordonner une surséance d'1 mois maximum afin de permettre aux parties de recueillir toutes informations utiles à ce propos (art. 1255, § 6, al. 2). Il renverra le dossier devant la chambre de règlement amiable à la demande d'une partie ou s'il l'estime opportun (art. 1255, § 6, al. 3).

Si la cause n'appelle que des débats succincts (art. 735 C. jud.), le tribunal peut en connaître dès l'audience d'introduction et la prendre ensuite en délibéré. Tel sera le cas s'il est prouvé que le délai de séparation de fait requis est atteint ou si le juge acquiert, au regard des éléments de

(122) L'absence de certaines pièces ou informations est sanctionnée par une simple fin de non procéder (D. PIRE, « Le divorce pour désunion irrémédiable : un an d'application », *o.c.*, p. 26).

preuve et à l'écoute des déclarations éventuelles des parties, la conviction que la désunion est irrémédiable.

C'est aussi à l'audience d'introduction que le défendeur peut marquer son accord sur une demande unilatérale (art. 1255, § 3), ce qui n'implique pas l'admission de la réalité de faits éventuellement avancés à preuve de la désunion irrémédiable. En ce cas, les délais propres à la demande conjointe s'appliquent (art. 1255, § 1<sup>er</sup>).

Le juge peut également, à cette audience, homologuer un *accord* complet ou partiel sur les mesures provisoires (art. 1256, al. 1<sup>er</sup>), ou le refuser s'il est manifestement contraire à l'intérêt des enfants (art. 1256, al. 2)<sup>(123)</sup>.

À défaut d'accord ou en cas d'accord partiel, le juge, à la demande d'une des parties, renvoie la cause à la première audience utile relative aux causes urgentes au sens de l'article 1253<sup>ter</sup>/4 du Code judiciaire (art. 1256, al. 3).

**459. Audiences ultérieures éventuelles.** En fonction du mode d'établissement de la désunion irrémédiable, le prononcé du divorce pourra être reporté à une deuxième audience à laquelle le juge aura fixé la cause dans les délais légaux.

1. En cas de *demande unilatérale*, la deuxième audience est fixée à une date immédiatement ultérieure à l'expiration du délai d'1 an de séparation de fait, ou 1 an après l'audience d'introduction si les époux n'étaient pas séparés lors de la première audience (art. 229, § 3, C. civ. et 1255, § 2, C. jud.). Il convient que l'une des parties requiert le prononcé du divorce lors de cette audience, sans que la loi n'impose qu'il s'agisse encore de l'époux demandeur<sup>(124)</sup>.
2. En cas de *demande conjointe*<sup>(125)</sup>, la deuxième audience est fixée à une date immédiatement ultérieure à l'expiration du délai de 6 mois de séparation de fait, et au maximum 3 mois après l'audience d'introduction, notamment si les époux n'étaient pas séparés lors de la première audience (art. 229, § 2, C. civ. et 1255, § 1<sup>er</sup>, C. jud.). Le juge ne prononcera toutefois le divorce que si les deux époux confirment leur volonté (art. 1255, § 1<sup>er</sup>, al. 2). Si l'un d'eux a changé d'avis, la demande initialement conjointe devient unilatérale et le juge devra respecter les délais légaux propres à cette

(123) Le ministère public donne, le cas échéant, son avis quant aux mesures relatives aux enfants mineurs (art. 765/1, C. jud.) (pour plus de détails : M. DEMARET, « Les mesures provisoires : beaucoup de bruit pour pas grand chose ? », p. 75, n° 15).

(124) A. DUELZ, J.-C. BROUWERS et Q. FISCHER, *Le droit du divorce*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 100, n° 126.

(125) Conjointe depuis l'origine ou parce que le défendeur originaire a marqué son accord sur la demande initiée par son époux (*supra*, n° 439).

demande, en remettant la cause à une échéance permettant le prononcé du divorce.

3. En cas de demande de *preuve de la désunion irrémédiable* (art. 229, § 1<sup>er</sup>), l'affaire est fixée à une audience de plaidoiries après avoir été instruite par les parties. Le juge prendra ensuite la cause en délibéré et pourra<sup>(126)</sup> prononcer le divorce sans délai s'il est parvenu à l'intime conviction que la désunion est irrémédiable (art. 229, § 1<sup>er</sup>, C. civ. et art. 1255, § 5, C. jud.). Dans le cas contraire, il pourra remettre la cause à une échéance immédiatement postérieure à l'écoulement d'un des délais légaux.

Le juge peut également, lors de la deuxième audience, homologuer l'accord des parties sur les mesures provisoires (art. 1255, § 1<sup>er</sup>, al. 3, et 1256, al. 1<sup>er</sup>).

**460. Demandes nouvelles et accessoires.** En cours d'instance, la demande en divorce peut subir divers avatars. Jusqu'à la clôture des débats, les parties, ou l'une d'elles, peuvent étendre ou modifier la cause ou l'objet de leur demande (*demande ampliative*). Elles peuvent également introduire, par voie de conclusions, des *demandes reconventionnelles* (art. 1254, § 5)<sup>(127)</sup>.

Les demandes ampliatives et reconventionnelles ne constituent pas des demandes nouvelles<sup>(128)</sup>. Elles sont introduites par conclusions contradictoirement prises (art. 1254, § 5). La demande reconventionnelle possède toutefois une autonomie sur les plans de la recevabilité et du fond<sup>(129)</sup>.

Une demande originairement conjointe (art. 229, § 2, C. civ.) peut ainsi devenir unilatérale (art. 229, § 3) si un seul des époux se ravise. De même, un époux qui ne parvient pas à prouver la désunion irrémédiable (art. 229, § 1<sup>er</sup>) peut former à titre subsidiaire une demande de l'établir par l'écoulement d'un délai d'1 an. Il est conseillé de le faire dès l'acte introductif<sup>(130)</sup>.

Toutefois, dès lors qu'il n'existe plus qu'une seule cause de divorce contentieux, la désunion irrémédiable, et que la cause n'a plus d'impact

(126) En ce sens : J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce : 'le droit au divorce' », *o.c.*, p. 968, n° 59. *Contra* : J.-P. MASSON, « La loi du 27 avril 2007 réformant le divorce », *o.c.*, p. 538 ; F. SWENNEN, « Doelstellingen van de hervorming. De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk », *o.c.*, p. 23, n° 24.

(127) Pour une analyse approfondie : P. SENAËVE, « De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting : vereisten, bewijsrecht en rechtspleging », *o.c.*, pp. 110 et s., n°s 159 et s.

(128) Cass., 10 mars 2003, *E.J.*, 2003, p. 92, note S. MOSSELMANS, *Pas.*, 2003, p. 507, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 101, *R.W.*, 2004-2005, p. 1100 (à propos d'une demande reconventionnelle).

(129) Elle subsiste en cas de désistement du demandeur au principal.

(130) P. SENAËVE, « De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting : vereisten, bewijsrecht en rechtspleging », *o.c.*, p. 78, n° 98.

de droit sur les effets de la dissolution du mariage, dès que le jugement prononçant le divorce sur la base d'une des demandes devient définitif, les autres demandes perdent leur objet<sup>(131)</sup>. Rien n'empêche toutefois le juge de prononcer le divorce, dans le même jugement, tant sur la base de la demande principale que sur celle d'une demande reconventionnelle<sup>(132)</sup>.

**461. Prononcé du divorce. Voies de recours.** Le tribunal rend son jugement en principe dans le mois (art. 770 C. jud.). S'il fait droit à la demande (unilatérale ou conjointe, principale ou reconventionnelle), il prononce le divorce (art. 1255, § 1<sup>er</sup>, §§ 2 et 5) et, le cas échéant, homologue les accords entre époux quant aux effets du divorce (art. 1255, § 1<sup>er</sup>, al. 3).

Le jugement doit être signifié au défendeur par exploit d'huissier de justice, dont une copie est transmise au greffier (art. 1275, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>)<sup>(133)</sup>. Cette signification fait courir les délais de recours (art. 1276, al. 2).

Le jugement qui prononce le divorce pour cause de désunion irrémédiable sur *demande unilatérale* (art. 229, §§ 1<sup>er</sup> et 3 C. civ.) peut être frappé d'opposition s'il a été rendu par défaut<sup>(134)</sup>.

Il peut être frappé d'appel dans le même délai d'1 mois. L'on peut toutefois considérer que si une partie interjette appel d'une décision qui prononce le divorce suite à l'écoulement du délai de séparation, il s'agira le plus souvent d'un appel dilatoire qui pourrait entraîner une condamnation à une amende et à des dommages et intérêts (art. 780*bis* C. jud.)<sup>(135)</sup>.

Un pourvoi en cassation est possible dans les 3 mois de la signification du jugement ou de l'arrêt (art. 1073 et s. et 1276, al. 2, C. jud.).

Le jugement qui prononce le divorce sur *demande conjointe* (art. 229, § 2, C. civ.) ou sur demande acceptée (art. 1255, § 3, C. jud.) n'est pas susceptible d'appel, puisqu'il s'apparente à un jugement d'accord (art. 1043 C. jud.)<sup>(136)</sup>. Il doit, curieusement, être signifié pour que

(131) Gand, 27 mars 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 945 (somm.), *NjW*, 2009, p. 277, note G.V.

(132) Gand, 27 mars 2008, précité ; F. Aps, « De rechtspleging en het bewijs inzake echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting », *o.c.*, p. 115, n° 147 ; J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce : 'le droit au divorce' », *o.c.*, p. 993.

(133) L'initiative de la signification peut être prise par la partie demanderesse comme par la partie défenderesse.

(134) La partie défaillante doit citer la partie demanderesse à comparaître devant la juridiction qui a rendu la décision contestée dans le mois de la signification qui lui en a été faite (art. 1047 et s. C. jud. ; A. DUELZ, J.-C. BROUWERS et Q. FISCHER, *Le droit du divorce*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 102, n° 132).

(135) D. PIRE, « Le divorce pour désunion irrémédiable : un an d'application », *o.c.*, p. 42. Rappr. : Bruxelles, 4 décembre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 711, note M. FALLON (appel téméraire et vexatoire). Sous l'ancien droit : Bruxelles, 29 juin 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1152.

(136) D. PIRE, « La réforme du divorce : aspects de droit judiciaire », in *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 59, n° 53.

soient accomplies les formalités de sa transcription dans les registres de l'état civil<sup>(137)</sup>.

Les recours contre une décision prononçant le divorce sont suspensifs (art. 1399, C. jud). Par exception au droit commun, ce principe s'applique également au pourvoi en cassation (art. 1274 C. jud.).

La jurisprudence récente admet les désistement et renonciation aux voies de recours<sup>(138)</sup> (*supra*, n° 455).

**461-1. Transcription dans les registres de l'état civil.** Tout exploit de signification d'un jugement ou arrêt prononçant le divorce est communiqué immédiatement en copie au greffier (art. 1275, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, C. jud.).

Lorsque le jugement ou l'arrêt ayant prononcé le divorce a acquis force de chose jugée, le greffier adresse dans le mois un extrait comprenant son dispositif et la mention du jour où celui-ci a acquis force de chose jugée à l'officier de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré ; lorsque le mariage n'a pas été célébré en Belgique, c'est à l'officier de l'état civil de Bruxelles que la notification est faite (art. 1275, § 2, al. 1<sup>er</sup>, C. jud.).

Dans le mois de la notification à l'officier de l'état civil, celui-ci transcrit le dispositif sur ses registres ; mention en est faite en marge de l'acte de mariage s'il a été dressé ou transcrit en Belgique (art. 1275, § 2, al. 3, C. jud.)<sup>(139)</sup>.

**462. Dates de la dissolution du mariage.** Les effets du divorce interviennent à trois dates différentes selon leur nature et les personnes en cause, ce qui n'est pas sans ajouter à la complexité de la liquidation des conséquences du mariage :

1. Dans les *rappports personnels internes*, les époux sont divorcés à compter du jour où le jugement acquiert force de chose jugée (art. 1278, al. 1<sup>er</sup>, C. jud.).
2. Dans les *rappports patrimoniaux internes*, le jugement ou l'arrêt prononçant le divorce produit ses effets rétroactivement au jour de

(137) P. SENAËVE, « De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting : vereisten, bewijsrecht en rechtspleging », *o.c.*, p. 119, n<sup>os</sup> 174-175. Pour une critique de cette obligation, coûteuse : F. APS, « De rechtspleging en het bewijs inzake echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting », *o.c.*, p. 123, n° 159. Certains greffes considéraient, de manière prétorienne, qu'en cas de divorce prononcé sur demande conjointe, la signification par exploit d'huissier pouvait être remplacée par l'acquiescement simultané des deux parties au greffe. Cette pratique est toutefois interdite depuis le 1<sup>er</sup> mars 2010 en application d'une circulaire du Procureur général de Liège.

(138) Pour plus de détails : P. SENAËVE, « De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting : vereisten, bewijsrecht en rechtspleging », *o.c.*, pp. 120-123, n<sup>os</sup> 176-181.

(139) Pour plus de détails : A. DUELZ, J.-C. BROUWERS et Q. FISCHER, *Le droit du divorce*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 110, n° 147-149.

la première demande en divorce<sup>(140)</sup>, qu'elle ait abouti ou non<sup>(141)</sup> (art. 1278, al. 2), mais à condition qu'elle coexiste « dans le temps » avec la première<sup>(142)</sup>. Une simple reprise de vie commune entre les deux demandes est sans incidence et ne permet pas de postposer la dissolution du régime matrimonial à la seconde de deux demandes<sup>(143)</sup>, au contraire d'une véritable réconciliation, constatée par une décision de justice, éteignant l'action en divorce<sup>(144)</sup>. Cette solution donnée à la vive controverse jurisprudentielle à ce sujet ne satisfait pas entièrement<sup>(145)</sup>. L'*indivision post-communautaire* prend cours à partir de cette date<sup>(146)</sup>.

3. Dans les *rappports avec les tiers*, les époux sont divorcés à partir de la transcription du dispositif du jugement dans les registres de l'état civil, à l'initiative du greffier (art. 1278, al. 1<sup>er</sup> *in fine* jo. art. 1275, § 2)<sup>(147)</sup>.

**462-1. Dépens.** En matière de divorce, le sort des dépens est réglé en fonction de la base de la demande (art. 1258 C. jud.<sup>(148)</sup>).

(140) À savoir : le jour de la signification de la citation en divorce en cas de demande introduite par citation ; le jour du dépôt de la requête contradictoire ou conjointe au greffe et de son inscription au rôle en cas de demande introduite par requête (D. PIRE, « La réforme du divorce : aspects de droit judiciaire », *o.c.*, p. 38, n° 16).

(141) Cass., 5 février 2004, *Arr. Cass.*, 2004, p. 189, *E.J.*, 2006/5, p. 80, note H. VANBOCKRIJCK, *Pas.*, 2004, p. 210, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 724 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 245 (solution critiquable en raison de l'absence de lien procédural entre la première et l'ultime des nombreuses demandes – voy. et comp. Cass., 24 février 2005, cité ci-dessous).

(142) Cass., 24 février 2005, *Pas.*, 2005, p. 463, *E.J.*, 2006, p. 82, note H. VANBOCKRIJCK, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 602, *R.W.*, 2005-2006, p. 1101, note C. DECLERCK et J. DU MONGH, *T. Not.*, 2007, p. 30, note F. BOUCKAERT ; Anvers, 31 mai 2006, *T. Not.*, 2007, p. 318, note F. BOUCKAERT, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 260 (somm.) ; Anvers, 18 février 2004, *R.G.D.C.*, 2004, p. 562, note C. DE BUSSCHERE (solution implicite).

(143) C. const., 25 mars 2009, n° 61/2009, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 108, note A.-Ch. VAN GYSEL, *T. Fam.*, 2009, p. 159, note H. VANBOCKRIJCK, *NjW*, 2009, p. 807, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 1105 ; Cass., 24 février 2005, précité.

(144) C. const., 28 octobre 2010, n° 126/2010, *NjW*, 2011, p. 225, note A. VANDERHAEGHEN, *R.A.B.G.*, 2011, p. 365, note S. BROUWERS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 308 (somm.), note J.-L. RENCHON, *R.D.J.P.*, 2010, p. 207, *R.W.*, 2010-2011, p. 686.

(145) La coexistence « dans le temps » (Cass., 24 février 2005 précité) est un critère trop formel. Nous considérons que la coexistence doit être « procédurale » et que la demande signalant la date de dissolution du régime matrimonial doit s'inscrire dans une « unité de processus divortial » avec celle qui a fondé le divorce (Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 219-222, n° 217 et « Examen de jurisprudence (1997 à 2005). Régimes matrimoniaux », *o.c.*, p. 97, n° 69).

(146) Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 231 et s., n°s 215 et s.

(147) Si un époux décède après que la décision de divorce ait acquis force de chose jugée mais avant la transcription, les époux sont considérés, à l'égard des tiers, comme divorcés, sous la condition suspensive de la transcription (art. 1278, al. 3, C. jud. ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 365, n° 617). En cas de décès auparavant, le mariage est dissous par décès (P. SENAËVE, « De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting : vereisten, bewijsrecht en rechtspleging », *o.c.*, p. 123, n° 182).

(148) L'art. 1258 C. jud. issu de la réforme du 27 avril 2007 a été censuré par la Cour constitutionnelle (C. const., 21 octobre 2008, n° 137/2008, *Act. dr. fam.*, 2008, p. 204, note J.-C. BROUWERS, *J.T.*, 2008, p. 637, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1636, obs. D. PIRE, *NjW*, 2008, p. 878, note A. VANDERHAEGEN, *R.W.*, 2008-2009, p. 1341, note F. SWENNEN et S. EGGERMONT, *T. Fam.*, 2009, p. 25, note K. UYTTERHOEVEN ;

- Si le divorce est prononcé sur demande conjointe (art. 229, § 2), les dépens sont, sauf convention contraire, partagés à égalité.
- Si le divorce est prononcé sur demande unilatérale (art. 229, § 1<sup>er</sup> ou § 3), sauf convention contraire<sup>(149)</sup>, chaque partie supporte ses dépens, ce qui exclut une indemnité de procédure. Le juge peut toutefois en décider autrement, et aussi imposer une indemnité de procédure, compte tenu de toutes les circonstances de la cause, notamment le comportement de l'un des conjoints<sup>(150)</sup>.

Ces règles dérogoires au droit commun des dépens ne s'appliquent pas aux autres demandes, par exemple d'une pension alimentaire<sup>(151)</sup>.

### 3. Administration de la preuve

**463. Généralités.** En matière de divorce, la preuve de la séparation de fait ou, à titre exceptionnel, de la désunion irrémédiable est rapportée par toutes voies de droit, à l'exception de l'aveu et du serment pour ce qui concerne la preuve de la séparation de fait uniquement (art. 1255, § 4, C. jud.)<sup>(152)</sup>. Le divorce est dit « prononcé *de plano* » lorsque le tribunal s'estime convaincu dès l'audience d'introduction par les preuves fournies et que la cause est en état d'être plaidée.

L'administration de la preuve dans le procès en divorce revêt une connotation particulière dans la mesure où elle oblige à franchir les limites du respect de la vie privée<sup>(153)</sup>, limites que la Cour de cassation abaisse au nom des devoirs personnels du mariage<sup>(154)</sup> de manière exa-

B. DE CONINCK, « La loi du 17 novembre 2009 modifiant le Code judiciaire quant à la répartition des dépens entre parties dans le cadre d'une procédure en divorce », *J.T.*, 2010, p. 157 ; P. SENAËVE, « De wet van 17 november 2009 tot wijziging van de kostenverdeling bij een procedure tot echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting », *T. Fam.*, 2010, p. 2).

(149) Civ. Liège, 27 novembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 344, obs. D. PIRE.

(150) Civ. Liège, 9 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 355 (1<sup>ère</sup> espèce) ; Civ. Liège, 9 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 355 (2<sup>e</sup> espèce) ; Civ. Liège, 9 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 355 (3<sup>e</sup> espèce) ; Civ. Bruxelles, 22 février 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1042. En cas d'appel non fondé d'un jugement de divorce, le juge peut mettre les dépens à charge de la partie appelante succombante (Cass., 4 janvier 2013, *T. Fam.*, 2014, p. 23, note B. VANLERBERGHE).

(151) Voir la jurisprudence inédite citée par P. SENAËVE, « De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting : vereisten, bewijsrecht en rechtspleging », *o.c.*, p. 115, n° 167.

(152) Civ. Nivelles, 3 février 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 237 (mais désunion irrémédiable prouvée – art. 229, § 1<sup>er</sup>).

(153) M.-F. LAMPE, « Les causes de divorce et leur preuve », in *Le divorce en Belgique. Controverses et perspectives* (J. DE GAVRE éd.), Bruxelles, E. Story-Scientia, 1988, p. 55 ; J. LARUELLE, « Vie privée des (ex-)partenaires affectifs versus droit à la preuve », *o.c.*, pp. 118-119. *Adde* : J.-L. RENÇON, F. REUSENS et G. WILLEMS, « Le droit au respect de la vie privée dans les relations familiales », *o.c.*, pp. 131-136 ; F. SWENNEN, « Privéleven is personenrecht is familierecht », *R. W.*, 2011-2012, p. 41

(154) Cass., 1<sup>er</sup> avril 2011, *Pas.*, 2011, I, p. 971, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 585 (somm.) (correspondance entre un époux et ses enfants) ; Cass., 27 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 224, *R. W.*, 2000-2001, p. 812, note F. APS, *J.T.*, 2001, p. 74 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 79 (correspondance entre époux) ; Cass., 29 janvier 1999, *Pas.*, 1999, p. 111, *Journ. proc.*, 1999, n° 375, p. 30, note J. KIRKPATRICK, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1683 (rapport d'activité de la Cour de cassation) (constat d'adultère).

gérée selon nous<sup>(155)</sup>, plus encore après la réforme de 2007 qui a affaibli la portée juridique des devoirs personnels du mariage. La jurisprudence prenait aussi la précaution d'éviter les « collusions »<sup>(156)</sup>, et la loi persiste à écarter l'aveu ou le serment des modes de preuve de la séparation de fait pour éviter le contournement des délais de séparation requis.

La durée de la *séparation de fait* est en général prouvée par les certificats de résidence des parties établissant leur inscription à des adresses différentes depuis la durée légale requise. Elle peut l'être par d'autres moyens (ex. : contrat de bail, attestations crédibles...).

La *désunion irrémédiable* est prouvée par toutes voies de droit, aveu et serment compris, mais avec d'importantes nuances quant à ces derniers modes de preuve (*infra*, n° 466). Les limites posées par la jurisprudence ancienne relative aux modes de preuve demeurent applicables *mutatis mutandis*.

**464. Constat d'adultère.** Le constat d'huissier de justice (art. 1016*bis* C. jud.)<sup>(157)</sup> est le mode de preuve privilégié mais non exclusif de l'adultère<sup>(158)</sup>. Substitut fonctionnel de l'ancien dossier répressif, il fait l'objet d'une réglementation précise pour passer le test de conformité à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>(159)</sup>. Même si l'adultère peut servir à prouver la désunion irrémédiable, ou à supprimer la

(155) Dans le même sens : A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed : theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, 3<sup>e</sup> éd., o.c., p. 313, n° 805 ; comp. J. LARUELLE, « Vie privée des (ex-)partenaires affectifs versus droit à la preuve », o.c., p. 128, n° 21 et *passim*.

(156) Cass., 4 décembre 1964, *Pas.*, 1965, I, p. 341 (aveu).

(157) Voy. : J.-E. BEERNAERT, « Des us et coutumes en matière de constat d'adultère », *Div. Act.*, 2001, p. 175 ; K. BROECKX, « Vaststelling van overspel bij gerechtsdeurwaarder : enkele actuele knelpunten », *E.J.*, 1996, p. 18 ; M.-Th. CAUPAIN et E. LEROY, « La procédure en divorce pour cause déterminée et le coût de l'exploit d'huissier », *Div. Act.*, 1996, p. 18 ; G. de LEVAL, « Le constat d'adultère par huissier de justice », *Ann. dr. Liège*, 1988, p. 223 ; G. HIERNAUX, « À propos du constat d'adultère par huissier de justice », *Rev. trim. dr. fam.*, 1989, p. 373 ; E. LEROY, « Le constat d'adultère », *Div. Act.*, 1998, p. 146 ; K. TOBBACK et A. DE WOLF, « De vaststelling van overspel door gerechtsdeurwaarder : de juiste man op de verkeerde plaats ? », *E.J.*, 1996, p. 66.

(158) Bruxelles, 24 février 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1513 (attestations ; relevé d'appels téléphoniques) ; Liège, 18 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 374, obs. Y.-H. LELEU, *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 277 (aveu) ; Bruxelles, 24 avril 1997, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 371, *Div. Act.*, 1998, p. 89, *J.L.M.B.*, 1998, p. 359 (correspondance) ; Bruxelles, 13 juin 1996, *E.J.*, 1997, p. 29, note K. TOBBACK (aveu) ; Civ. Bruxelles, 31 mars 1998, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 526 (traitement de l'épouse pour une grossesse extra-utérine, mari incarcéré) ; Civ. Nivelles, 25 novembre 1997, *J.T.*, 1998, p. 186 (correspondance).

(159) Cass., 29 janvier 1999, précité ; Cass., 17 décembre 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 1242, *R.G.D.C.*, 1999, p. 245, obs. Y.-H. LELEU, *E.J.*, 1999, p. 25, R.W., 1998-1999, p. 1075, note F. Aps, *R. Cass.*, 1999, p. 107, note P. BORGHS, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1682 (rapport d'activité de la Cour de cassation) ; *contra* : A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed : theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, 3<sup>e</sup> éd., o.c., p. 313, n° 805. Comp. : Civ. Charleroi, 2 mars 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 815 (rejet d'un constat établi à la requête d'un tiers sans explication sur les circonstances ayant permis à un époux d'être en sa possession) ; Civ. Bruxelles (réf.), 16 novembre 1993, *Div. Act.*, 1996, p. 76 (chronique de jurisprudence) (interdiction pour l'huissier de pénétrer dans chacune des chambres d'un hôtel).

pension alimentaire (art. 301, § 2, al. 2)<sup>(160)</sup>, il n'est pas certain que la procédure de constat réussirait ce test depuis que la violation du devoir de fidélité n'est plus, en soi, une cause de divorce<sup>(161)</sup>.

L'époux qui souhaite faire procéder à un constat d'adultère adresse une requête unilatérale au tribunal de la famille de l'arrondissement dans lequel les constatations doivent être faites<sup>(162)</sup>. Un huissier est désigné aux fins de dresser le constat aux endroits précis<sup>(163)</sup> indiqués par le requérant. L'huissier est accompagné d'agents de la force publique<sup>(164)</sup> et d'un serrurier pour éventuellement forcer l'accès au lieu de résidence du conjoint<sup>(165)</sup>. Il doit agir entre 5 et 21 heures<sup>(166)</sup>.

Les faits relevés par l'huissier<sup>(167)</sup> sont consignés dans un acte authentique et, comme tels, ne sont pas susceptibles de preuve contraire hormis en cas de faux<sup>(168)</sup>. Sur la base de ces constatations, le juge se forge une conviction, non sur le caractère grave ou outrageant de l'adultère, mais sur le caractère raisonnablement impossible de la poursuite et de la reprise de la vie commune<sup>(169)</sup>.

(160) Un constat d'adultère ne peut être obtenu pour faire établir ce fait *après le divorce* : P. SENAËVE, « De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting : vereisten, bewijsrecht en rechtspleging », *o.c.*, p. 94, n° 131.

(161) En ce sens : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 359, n° 604. Comp. : Bruxelles, 13 mars 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 1147 (sur l'art. 229 anc. C. civ.) ; F. APS, « Het 'recht op nieuwsgierigheid tussen echtgenoten' na de Echtscheidingswet van 27 april 2007 », note sous Anvers, 19 décembre 2007, *R.W.*, 2008-2009, p. 1560 (eu égard à la nécessité de prouver la faute grave exclusive du droit à la pension alimentaire).

(162) Le juge peut avoir égard à un constat établi par un huissier de justice à la demande d'un des époux (Liège, 25 février 1991, *Rev. trim. dr. fam.*, 1992, p. 291), mais sans « violation de domicile » ni aide de la force publique (Civ. Hasselt, 22 mai 2001, *L.R.L.*, 2001, p. 327).

(163) Il peut également s'agir d'un hôtel (Civ. Liège (réf.), 29 novembre 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 911, *R.R.D.*, 1994, p. 204), mais il faut connaître la chambre... (Civ. Bruxelles (réf.), 16 novembre 1993, *Div. Act.*, 1996, p. 76 (chronique de jurisprudence)). Voy. également Bruxelles, 15 juin 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 488 (appartement différent de ceux visés dans l'ordonnance).

(164) Civ. Liège (réf.), 29 novembre 1993, précité.

(165) Civ. Liège (réf.), 29 novembre 1993, précité ; Civ. Nivelles, 14 janvier 1992, *Rev. trim. dr. fam.*, 1994, p. 726, *Div. Act.*, 1996, p. 77. Sur la prise en charge des frais de serrurier : Liège, 1<sup>er</sup> février 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1077 ; Civ. Liège, 25 juin 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 257.

(166) Pour que l'huissier puisse procéder à un constat un samedi, un dimanche ou un jour férié, il doit être expressément y avoir été autorisé par le président : Anvers, 18 juin 2003, *R.W.*, 2006-2007, p. 1537, *R.G.D.C.*, 2007, p. 244, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 887 (somm.) ; Civ. Mons, 27 janvier 1995, *Div. Act.*, 1996, p. 77 (chronique de jurisprudence) (motifs).

(167) Il n'entre pas dans sa mission de recueillir l'aveu du conjoint adultère ni de procéder à son interrogatoire (comp. : Liège, 29 juin 1999, *R.G.D.C.*, 2000, p. 612).

(168) Bruxelles, 13 juin 1996, *E.J.*, 1997, p. 29, note K. TOBBACK ; A. DUELZ, *Le droit du divorce*, 3<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 72, n° 80 ; J.-P. MASSON, « Examen de jurisprudence (1984-1990) – Les personnes », *R.C.J.B.*, 1993, p. 384, n° 102 ; *contra* : Liège, 18 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 374, obs. Y.-H. LELEU, *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 277 ; Civ. Charleroi, 11 avril 1989, *R.G.D.C.*, 1990, p. 242 ; G. de LEVAL, « Le constat d'adultère par huissier de justice », *o.c.*, p. 214 ; G. HIERNAUX, *Divorce et séparation de corps. Chronique de jurisprudence 1989-1999*, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 153, n° 187.

(169) Mons, 2 octobre 2008, *Act. dr. fam.*, 2008, p. 210.

**465. Actes de procédure.** Les dossiers répressifs établis à l'occasion d'un procès *pénal* sont probants dans une procédure en divorce<sup>(170)</sup> pour les faits qualifiés infraction de nature à établir la désunion irrémédiable (ex. : coups et blessures, viol de l'époux ou d'un tiers, abandon de famille, *etc.*). Comme « le criminel tient le civil en l'état », l'action en divorce devrait en principe être suspendue jusqu'à la décision pénale, mais telle n'est pas l'orientation prise par une jurisprudence majoritaire<sup>(171)</sup>. L'autorité de la chose jugée attachée à une décision de condamnation couvre la matérialité du fait et son imputabilité, au sens pénal. Une décision d'acquiescement ne prive cependant pas le demandeur en divorce de puiser des éléments probants dans le dossier répressif<sup>(172)</sup>. Le juge ne peut toutefois, sous peine de méconnaître les droits de la défense, se fonder de manière déterminante sur des déclarations anonymes recueillies par les services de police pour déterminer les torts des parties<sup>(173)</sup>. Un procès-verbal de plainte à la police est probant en la forme, mais ne fait pas à lui seul foi de son contenu<sup>(174)</sup>.

Le contenu d'un jugement *civil*<sup>(175)</sup> est probant dans son dispositif et ses motifs déterminants. Ainsi, une demande accueillant une contestation de paternité ou homologuant une reconnaissance de paternité peut-elle établir indirectement un adultère ou une infidélité<sup>(176)</sup>.

**466. Aveu.** L'aveu, au sens civil (art. 1354-1356), est admis comme preuve en matière de divorce à condition qu'il n'y ait pas eu collusion entre les

(170) Bruxelles, 27 avril 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 186. Sur la procédure de communication du dossier répressif : F. LIGOT, « Les preuves », in *Divorce. Commentaire pratique* (G. BOLIAU éd.), Bruxelles, Kluwer, II.2.2., n° 2.19.

(171) Liège, 14 mars 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 461, note J.-P. MASSON ; Anvers, 29 janvier 2003, *E.J.*, 2005, p. 8, note T. ROBERT (procédure en référé) ; Mons, 30 janvier 2007, *J.T.*, 2007, p. 245 ; Civ. Nivelles, 29 octobre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 136, obs. G. HIERNAUX ; *contra* : Bruxelles, 18 octobre 2005, *Div. Act.*, 2007, p. 184, note N. VAN DER EECKEN ; Civ. Mons, 7 octobre 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 311, note J.-P. MASSON.

(172) Cass., 17 mars 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 767.

(173) Cass., 17 décembre 2007, *J.T.*, 2008, p. 60, *R.G.D.C.*, 2008, p. 287, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 863.

(174) P. SENAËVE, « De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting : vereisten, bewijsrecht en rechtspleging », *o.c.*, p. 92, n° 128.

(175) Sur la communication du jugement : E. VIEUJEAN, « Examen de jurisprudence (1979 à 1983) – Les personnes », p. 166, n° 137.

(176) Civ. Namur, 18 janvier 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 354. Des informations concernant le sort des enfants, recueillies dans le cours d'une procédure, par exemple sur la base de l'art. 223, ne sont cependant pas admises en tant que preuve d'un fait constitutif d'une cause de divorce : Civ. Bruxelles, 1<sup>er</sup> avril 1994, *Div. Act.*, 1996, p. 79 (chronique de jurisprudence). *Contra* : Civ. Bruges, 25 septembre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 890 (somm.), *T.G.R.*, 2006, p. 262, note F.M., qui admet comme preuve le rapport d'enquête social établi dans le cadre de la procédure en référé établissant qu'un époux entretient avec d'autres personnes des relations outrageantes pour son conjoint.

époux<sup>(177)</sup>, et à l'exclusion de la preuve de la séparation de fait (art. 1255, § 4, C. jud.).

Selon certains, l'expression claire et non collusoire par les deux époux du caractère irrémédiable de la désunion pourrait suffire à prouver l'existence d'une désunion irrémédiable<sup>(178)</sup>. Bien qu'une jurisprudence y soit favorable<sup>(179)</sup>, cette interprétation est critiquable en ce qu'elle permet de contourner les délais légaux<sup>(180)</sup>.

L'aveu doit porter sur un fait concret contesté par l'autre partie, dont le juge doit encore déduire la désunion irrémédiable<sup>(181)</sup>, par exemple un adultère<sup>(182)</sup>. L'aveu au sens strict ne peut émaner que du *défendeur*<sup>(183)</sup>.

L'aveu est *extrajudiciaire* s'il a lieu en dehors du procès et sans que son auteur ait eu l'intention de fournir une preuve à la partie adverse<sup>(184)</sup>. L'aveu est *judiciaire* s'il est formulé dans l'instance en divorce<sup>(185)</sup>.

(177) Cass., 7 mars 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 695 ; Cass., 12 janvier 1933, *Pas.*, 1933, I, p. 71 ; Gand, 4 décembre 2003, R.A.B.G., 2006, p. 494, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 888 (somm.) ; Mons, 2 avril 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 366 ; Bruxelles, 12 février 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 487, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1222 (somm.) ; Liège, 18 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 374, obs. Y.-H. L., *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 277 ; Civ. Mons, 12 février 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 661 ; Civ. Arlon, 10 janvier 1997, R.G.D.C., 1997, p. 446, *J.T.*, 1998, p. 460.

(178) Civ. Nivelles, 4 mars 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 215 (entre autres motifs) ; J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce : 'le droit au divorce' », *o.c.*, p. 972

(179) Bruxelles, 1<sup>er</sup> avril 2011, *J.T.*, 2011, p. 677, note J.-P. MASSON, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 871, note J.-L. RENCHON ; Civ. Bruxelles, 14 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2010, p. 316 ; Civ. Neufchâteau, 2 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1609.

(180) P. SENAËVE, « De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting : vereisten, bewijsrecht en rechtspleging », *o.c.*, p. 91, n° 126.

(181) A. DUELZ, J.-C. BROUWERS et Q. FISCHER, *Le droit du divorce*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 80, n° 94 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n° 1818.

(182) Gand, 11 mars 2010, *T. Fam.*, 2010, p. 79, note P. SENAËVE, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 956 (somm.) ; G. HIERNAUX, « L'adultère, la « faute grave » et le droit du divorce », *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 331, n° 16 et la jurisprudence inédite citée. Voy. toutefois : Cass., 12 janvier 1933, *Pas.*, 1933, I, p. 71 (l'aveu du défendeur ne fait pas preuve absolue du fait invoqué comme cause de divorce, car ce serait faire dépendre la dissolution du mariage de la volonté ou de la collusion des époux).

(183) Arg. art. 1356, al. 2 ; en ce sens : J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce : le 'droit au divorce' », *o.c.*, p. 967 ; F. SWENNEN, S. EGGERMONT et E. ALOFS, « De wet van 27 april 2007 inzake echtscheiding. Knelpunten van materieel recht en van procesrecht », in *Knelpunten echtscheiding, afstamming en verblijfsregelingen* (P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHULDEN éd.), Anvers, Intersentia, 2009, p. 10, n° 11. *Contra* : Civ. Nivelles, 29 octobre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 136, obs. G. HIERNAUX ; Civ. Bruxelles, 4 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 132, obs. J.-P. MASSON ; Civ. Louvain, 4 février 2008, R.A.B.G., 2008, p. 709 ; Civ. Bruxelles, 22 février 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1042 ; Civ. Liège, 9 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 355 (somm.).

(184) Liège, 15 juin 1998, *J.T.*, 1998, p. 778, R.R.D., 1999, p. 430 ; Liège, 18 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 374, obs. Y.-H. L., *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 277 ; Civ. Bruxelles, 8 janvier 2002, *Div. Act.*, 2002, p. 37 ; Civ. Charleroi, 2 mars 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 815 ; Civ. Bruxelles, 27 janvier 1972, *J.T.*, 1972, p. 268.

(185) Civ. Arlon, 10 janvier 1997, R.G.D.C., 1997, p. 446, *J.T.*, 1998, p. 460 (dans les conclusions d'avocat) ; comp. : Civ. Arlon, 17 novembre 1995, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 368 (absence de mandat en ce sens donné à l'avocat).

**467. Témoignages.** Pourvu qu'ils n'émanent pas des enfants<sup>(186)</sup>, les témoignages sont admis en matière de divorce et recueillis dans le cadre d'une enquête (art. 915 et s. C. jud.)<sup>(187)</sup>. Celle-ci doit être autorisée par le juge et vise seulement le rapport de la preuve de faits précis et pertinents pour la cause<sup>(188)</sup>. La force probante du témoignage est appréciée compte tenu notamment des liens entre le témoin et les époux (ex. : amitié, subordination, rétribution, etc.) (art. 937 C. jud.)<sup>(189)</sup>. Les témoignages indirects sont considérés avec circonspection<sup>(190)</sup>.

La procédure d'enquête était abondamment utilisée avant la réforme du divorce, chaque fois qu'un époux demandeur était dans l'impossibilité d'obtenir le prononcé du divorce *de plano*. Dans la mesure où il n'est plus nécessaire actuellement d'apporter la preuve d'un grief pour obtenir le divorce après environ un an de procédure, la tenue d'enquêtes, généralement longues, a perdu tout intérêt. Elle pourrait cependant conserver une utilité pour établir la « faute grave » pouvant exclure le droit à une pension alimentaire (*infra*, n° 488).

L'époux autorisé à faire entendre des témoins doit faire diligence dans la tenue de l'enquête (art. 922 et s. C. jud.)<sup>(191)</sup> et ne pas demander

(186) Les enfants (communs) : Civ. Louvain, 23 octobre 1995, *E.J.*, 1997, p. 125, note K. HERBOTS ne peuvent être entendus dans les causes où leurs ascendants ont des intérêts opposés, à moins qu'ils ne s'expriment à propos d'un fait dont ils ont été personnellement victimes (art. 931, al. 2, C. jud.) ; Cass., 30 avril 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 745 ; Liège, 23 juin 1999, *R.G.D.C.*, 2001, p. 51 ; Anvers, 28 janvier 2004, *NjW*, 2004, p. 804, note EB ; Liège, 27 octobre 1998, *R.R.D.*, 1999, p. 38, *E.J.*, 2000, p. 29, note F. Aps ; Bruxelles, 29 avril 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 390, *E.J.*, 1997, p. 135, note F. Aps ; Civ. Mons, 23 décembre 2004, *Div. Act.*, 2006, p. 24 ; Civ. Bruxelles, 8 février 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 834 (somm.) ; Civ. Bruxelles, 10 décembre 1998, *Div. Act.*, 1999, p. 69 (enregistrement d'une conversation téléphonique entre parent et enfant) ; Civ. Turnhout, 6 octobre 1994, *Div. Act.*, 1996, p. 79 (chronique de jurisprudence) (attestation écrite d'un enfant). Comp. : Civ. Tournai, 21 octobre 1994, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 541 (expertise pédopsychiatrique des enfants, dans le cadre de laquelle ceux-ci peuvent être entendus) ; Civ. Bruxelles, 21 juin 2001, *J.T.*, 2002, p. 245 (intervention volontaire d'un enfant majeur). Voy. : N. GALLUS, « Le témoignage des descendants et l'article 931.2 du Code judiciaire », *Rev. trim. dr. fam.*, 1980, p. 57.

(187) F. LIGOT, « Les preuves », *o.c.*, II.2.7 ; D. MULS, « Wie mag er getuigen in de echtscheidingsprocedure gegrond op bepaalde feiten ? », *Jura Falc.*, 1985-1986, p. 479.

(188) Cass., 10 novembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2516, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 145 (faits peu précis) ; Mons, 26 juin 2001, *J.L.M.B.*, 2004, p. 186 ; Mons, 12 juin 2001, *Div. Act.*, 2001, p. 137, note M. HUSTINX (demande rejetée) ; Liège, 18 janvier 1999, *R.G.D.C.*, 2000, p. 620 (demande rejetée) ; Liège, 25 mai 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 271 (demande rejetée) ; Liège, 20 avril 1998, *J.T.*, 1999, p. 68 (faits anciens) ; Liège, 20 septembre 1993, *Div. Act.*, 1996, p. 79 (chronique de jurisprudence) (faits anciens) ; Civ. Nivelles, 25 mai 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 797 (demande rejetée) ; Civ. Anvers, 27 juin 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 644 (somm.), *R.A.B.G.*, 2003, p. 135, note S. BROUWERS (demande rejetée) ; Civ. Liège, 3 octobre 1994, *Div. Act.*, 1996, p. 79 (chronique de jurisprudence).

(189) Bruxelles, 22 avril 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1094 ; Mons, 28 novembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 91 ; Bruxelles, 29 février 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 102.

(190) Mons, 8 décembre 1998, *Div. Act.*, 2000, p. 120, note E. de WILDE d'ESTMAEL ; Liège, 27 octobre 1998, *R.R.D.*, 1999, p. 38, *E.J.*, 2000, p. 29, note F. Aps, *Div. Act.*, 2000, p. 115, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 516 ; Bruxelles, 21 mars 1995, *Div. Act.*, 1996, p. 80 (chronique de jurisprudence) ; Civ. Bruxelles, 28 avril 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 381, obs. P.H.

(191) Civ. Nivelles, 14 mars 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 763.

celle-ci à des fins dilatoires<sup>(192)</sup>. La sanction de son inertie, pouvant être guidée par le souci de conserver temporairement une pension alimentaire (*infra*, n° 478), est controversée. Selon la Cour de cassation, le juge en pareille situation n'est plus lié par sa décision de tenir une enquête et peut statuer au fond<sup>(193)</sup>. Certaine jurisprudence déçoit le demandeur de son action<sup>(194)</sup> ou le déboute<sup>(195)</sup>.

**468. Attestations et certificats.** Les *attestations écrites de tiers*<sup>(196)</sup>, rédigées dans les formes légales (art. 961/1, C. jud.) à propos de faits avancés pour établir l'impossibilité de poursuite et de reprise de la vie commune, ont la même fonction que les témoignages. Le juge peut toujours ordonner l'audition de leur auteur (art. 961/3)<sup>(197)</sup>.

Un *rapport de détective privé* jouit du même statut<sup>(198)</sup>, s'il n'est pas écarté des débats pour atteinte à la vie privée<sup>(199)</sup>.

Un *certificat de composition de ménage*, délivré par l'administration communale, duquel il ressort qu'un des époux cohabite avec une autre personne, est fiable quant à ce fait mais ne prouve pas en soi l'adultère. À tout le moins, il indique une infidélité dont l'impact reste à établir<sup>(200)</sup>.

Un *certificat médical* peut être utilisé librement par l'époux qu'il concerne, par exemple pour fonder une demande sur des violences conjugales. Le médecin n'ayant pas été témoin des faits invoqués, le juge appréciera si les constatations résultent de ceux-ci<sup>(201)</sup>. Un certificat médical peut aussi être mis à profit par l'autre époux pour appuyer une demande fondée sur des comportements liés à l'état de santé du patient (ex. : affection psychiatrique, stérilité curable, *etc.*). Il faut évidemment qu'il révèle

(192) Bruxelles, 12 février 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 176.

(193) Cass., 12 février 1999, *R.W.*, 1999-2000, p. 1035 ; Mons, 9 mars 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 272.

(194) Bruxelles, 28 mars 1984, *Pas.*, 1985, II, p. 1 ; *contra* : Liège, 12 mai 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 391.

(195) Bruxelles, 10 février 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1036 ; Liège, 24 février 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1322 (somm.) (partie déchu de son droit de tenir des enquêtes et par conséquent déboutée).

(196) À nouveau, à l'exception des descendants des époux, sauf si elle porte sur des faits dont ils ont été personnellement victimes (art. 961/2, al. 2, C. jud.) (Civ. Turnhout, 6 octobre 1994, *Div. Act.*, 1996, p. 79 (chronique de jurisprudence)).

(197) Civ. Arlon, 16 janvier 1998, *R.G.D.C.*, 1998, p. 253.

(198) Bruxelles, 4 février 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 833 (somm.) ; Bruxelles, 24 février 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1513 ; Bruxelles, 29 avril 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 390, *E.J.*, 1997, p. 135, note F. APS ; Anvers, 26 juin 1996, *A.J.T.*, 1996-1997, p. 297, note E. DE GROOTE ; J.P. Tournai, 22 mai 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 500.

(199) Bruxelles, 14 mars 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 640, *J.T.*, 2002, p. 387, *E.J.*, 2003, p. 9, note N. VAN LEUVEN.

(200) Liège, 2 décembre 1991, *Rev. trim. dr. fam.*, 1993, p. 70 ; Civ. Bruxelles (réf.), 12 mai 2004, *Div. Act.*, 2005, p. 139 ; Civ. Arlon, 6 février 1998, *R.G.D.C.*, 1998, p. 244, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 108 ; comp. : Civ. Anvers, 9 février 1995, *R.W.*, 1995-1996, p. 550.

(201) Bruxelles, 27 novembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 474.

un fait pertinent<sup>(202)</sup>. En raison du secret médical, le certificat ne peut être produit en justice que si le demandeur a été mis en sa possession avec l'accord du patient et que celui-ci a autorisé sa production<sup>(203)</sup>. Le secret médical à l'égard des tiers, par exemple l'enfant du couple, doit être respecté de manière absolue<sup>(204)</sup>.

Des *relevés* de communications (téléphone fixe ou mobile, SMS, *skype*) sont également recevables mais requièrent la preuve de l'identité des correspondants<sup>(205)</sup>.

**469. Correspondance. Journal intime.** Le secret de la correspondance connaît en matière de divorce une exception résultant d'un arbitrage entre divers intérêts (droit au secret de la correspondance, droit à la preuve du non-respect d'un devoir du mariage)<sup>(206)</sup>. Cette jurisprudence est de plus en plus discutable<sup>(207)</sup>, mais encore validée par la Cour européenne des droits de l'homme (*supra*, n° 143).

Ainsi, une correspondance *entre époux*, même estampillée confidentielle, peut-elle être produite par l'expéditeur ou le destinataire. Il en va de même pour une correspondance *entre un époux et un tiers*, à condition qu'elle soit authentifiée<sup>(208)</sup> et n'ait pas été obtenue par des

(202) C.E.D.H., *L.L. c. France*, arrêt du 10 octobre 2006, *J.T.D.E.*, 2007, p. 30, *P. & B.*, 2007, p. 71 (violation de l'art. 8 C.E.D.H.).

(203) Liège, 9 octobre 2000, *J.L.M.B.*, 2002, p. 628, obs. S. THIELEN, *J.T.*, 2001, p. 74 (somm.) ; Liège, 18 janvier 2000, *J.L.M.B.*, 2002, p. 627, obs. S. THIELEN ; Bruxelles, 27 janvier 1998, précité ; Liège, 13 février 1989, *Rev. trim. dr. fam.*, 1990, p. 182 (accord non obtenu) ; Civ. Arlon, 27 juin 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 620 (accord non obtenu). Voy. : V. COLARD, « Intimes révélations », *Le Journal du Médecin*, 23 avril 2002, p. 20 ; I. MASSIN, « La délivrance de certificats médicaux à un tiers au regard du secret professionnel », *o.c.*, p. 162.

(204) Civ. Tongres, 3 décembre 1993, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 337 (rejet d'un rapport médical établissant le caractère adultérin d'un enfant âgé de 17 ans) ; comp. : Civ. Bruxelles, 31 mars 1998, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 526.

(205) Bruxelles, 24 février 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1513 (relevé d'appels téléphoniques). Voy. : G. HIERNAX, in *Précis de droit de la famille* (A.-Ch. VAN GYSEL dir.), Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 265 ; A. VAN ENGELAND et L. BUSANEL, « La preuve des griefs dans une procédure de divorce à la lumière des nouvelles technologies », *Div. Act.*, 2002, p. 141.

(206) Voy. : P. SENAËVE, « Aanwending van brieven in een echtscheidingsprocedure », *Jura Falc.*, 1983-1984, p. 491.

(207) Dans le même sens : F. APS, « Het 'recht op nieuwsgierigheid tussen echtgenoten' na de Echtscheidingswet van 27 april 2007 », note sous Anvers, 19 décembre 2007, *R.W.*, 2008-2009, p. 1560 ; F. APS, note sous Cass., 27 janvier 2000, *J.L.M.B.*, 2000, pp. 1199-2000 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n° 415.

(208) Civ. Arlon, 10 octobre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 437 (*e-mails*) ; Civ. Nivelles, 14 mars 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 763.

moyens illicites<sup>(209)</sup> et que le secret professionnel<sup>(210)</sup> ou médical<sup>(211)</sup> ne soit pas violé. La Cour de cassation décide dans le même sens au sujet de lettres entre un époux et ses enfants<sup>(212)</sup>. Ces principes s'appliquent à d'autres écrits privés, tels un *e-mail*, un *SMS*, un *chat*, pour autant qu'ils soient personnalisables<sup>(213)</sup>. Le juge conserve son pouvoir d'appréciation et exclut les déclarations des descendants des époux<sup>(214)</sup>.

La jurisprudence française qui accepte, à des conditions comparables, la production en justice du *journal intime* du conjoint est encore plus critiquable<sup>(215)</sup>. Elle ne semble pas suivie en Belgique lorsque le journal est tenu à des fins thérapeutiques, au nom du respect de l'intégrité psychologique et de la vie privée du conjoint<sup>(216)</sup>.

**470. Photographies. Enregistrements.** Les *photographies* sont recevables comme mode de preuve à condition que leur authenticité soit indiscutable et qu'elles ne violent pas le droit au respect de la vie privée<sup>(217)</sup>. La

(209) Cass., 27 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 224, *R.W.*, 2000-2001, p. 812, note F. Aps, *J.T.*, 2001, p. 74 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 79 ; Civ. Nivelles, 3 juin 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 229 (vol dans la résidence séparée de l'autre conjoint) ; Anvers, 19 décembre 2007, *R.W.*, 2008-2009, p. 1558, note F. Aps, *R.D.J.P.*, 2008, p. 235, note (*spyware*) ; Mons, 23 novembre 2004, *J.L.M.B.*, 2006, p. 994 ; Gand, 18 novembre 2004, *NjW*, 2005, p. 489, note G. VERSCHULDEN ; Bruxelles, 2 mai 2002, *E.J.*, 2002, p. 110, note P. SCHOLLEN ; Bruxelles, 14 mars 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 640, *J.T.*, 2002, p. 387, *E.J.*, 2003, p. 9, note N. VAN LEUVEN ; Civ. Bruxelles, 30 octobre 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 539 (*e-mails* imprimés par un conjoint après la séparation alors que le compte était protégé) ; Civ. Nivelles, 25 novembre 1997, *J.T.*, 1998, p. 186 ; Anvers, 26 juin 1996, *A.J.T.*, 1996-1997, p. 297, note E. DE GROOTE. Comp. : Gand, 16 juin 2005, *T.G.R.*, 2005, p. 339, *R.W.*, 2005-2006, p. 1233, note F. SWENNEN, *E.J.*, 2006, p. 485, note M. GOVAERTS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 301 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 888 (somm.), *R.A.B.G.*, 2006, p. 485, note M. GOVAERTS.

(210) Bruxelles, 24 mars 1982, *Pas.*, 1982, II, p. 85 (avocat).

(211) Mons, 17 février 2004, *J.T.*, 2004, p. 524, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 598, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1677.

(212) Cass., 1<sup>er</sup> avril 2011, *Pas.*, 2011, p. 971, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 585 (somm.).

(213) Gand, 11 janvier 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 306 (somm.), *T.G.R.*, 2006, p. 117 (*chatlogs*) ; Bruxelles, 12 juillet 2005, *Div. Act.*, 2006, p. 85, obs. H. VANDERVELLEN et F. CHRISTIAENS (*chatlogs*) ; Bruxelles, 12 avril 2005, *NjW*, 2005, p. 955, note G.V., *E.J.*, 2005, p. 197, note F. Aps (*chatlogs*) ; Mons, 26 juin 2001, *J.L.M.B.*, 2004, p. 186 ; G. HIERNAUX, in *Précis de droit de la famille*, p. 265. En France : Cass. fr., 17 juin 2009, *Bull.*, 2009, I, n° 132 (*SMS*).

(214) Comp. : Mons, 17 février 2004, *J.T.*, 2004, p. 524, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 598, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1677 (déclaration de tiers portant sur des faits dont les descendants ont été victimes).

(215) Cass. fr. (2<sup>e</sup> civ.), 6 mai 1999, *D.*, 1999, p. 178, *Dr. fam.*, 1999, n° 79, note H. LÉCUYER, *D.*, 2000, p. 557, note Ch. CARON ; Cass. fr. (2<sup>e</sup> civ.), 2 décembre 1998, *J.C.P.*, 1999, IV, 1126 ; Cass. fr. (2<sup>e</sup> civ.), 29 janvier 1997, *D.*, 1997, p. 296, note A. BÉNABENT, *Dr. fam.*, 1997, comm. n° 85, note H.L. ; T.G.I. Versailles, 18 décembre 2000, *Dr. fam.*, 2001, n° 57, note H. LÉCUYER. Dans le même sens en Belgique : Civ. Arlon, 10 octobre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 437. *Contra* : Paris, 9 septembre 1999, *Dr. fam.*, 2000, n° 23, note H.L. ; M.-S. ZAKI, « La preuve par le journal intime », *Rev. trim. dr. civ.*, 1980, p. 2.

(216) Civ. Mons, 24 juin 1993, *J.T.*, 1994, p. 91, *J.D.J.*, 1994, p. 61. Comp. : Gand, 16 juin 2005, *T.G.R.*, 2005, p. 339, *R.W.*, 2005-2006, p. 1233, note F. SWENNEN, *E.J.*, 2006, p. 485, note M. GOVAERTS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 301 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 888 (somm.), *R.A.B.G.*, 2006, p. 485, note M. GOVAERTS (une partie soutenant qu'il s'agit de lettres d'amour, l'autre que ce sont des passages d'un journal intime).

(217) Bruxelles, 14 mars 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 640, *J.T.*, 2002, p. 387 ; Liège, 29 janvier 1996, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 346 ; Bruxelles, 9 mars 1982, *Pas.*, 1982, II, p. 81 ; J. LARUELLE, « Vie privée des (ex-)partenaires affectifs versus droit à la preuve », *o.c.*, p. 121, n° 5.

circonstance qu'elles aient été prises à l'insu de la personne photographiée n'implique pas une telle violation. Elles ne doivent révéler que ce que n'importe quel témoin aurait pu observer, le lieu où se trouve la personne photographiée étant déterminant<sup>(218)</sup>.

Selon une certaine jurisprudence, critiquable selon nous, des *enregistrements audio ou vidéo* peuvent être réalisés de manière fortuite ou délibérée à l'insu du conjoint, mais sans provocation ni violation du domicile<sup>(219)</sup>.

### § 3. Mesures urgentes

**471. Notion. Division.** Pendant la procédure de divorce, il faut organiser les aspects juridiques de la séparation, parfois très conflictuelle entre les époux, ainsi que leurs rapports avec leurs enfants, le tout provisoirement parce que le mariage et ses effets subsistent et que le prononcé du divorce et/ou la décision sur ses effets peuvent bouleverser l'économie du régime ainsi mis en place. Cette compétence revient exclusivement au tribunal de la famille (*supra*, n° 355).

Ces mesures n'ont pas perdu leur importance par le seul fait de l'accélération du processus de divorce suite à la réforme de 2007. Il arrivera que celles entre époux soient ordonnées après le divorce pour la seule période de l'instance, mais celles relatives aux enfants organiseront les relations parentales jusqu'à nouvel ordre.

Nous soulignons ici les particularités des mesures provisoires en rapport avec le divorce, et insistons sur celles propres à l'instance : l'occupation du logement et la provision alimentaire.

#### I. Conditions

**472-473. Compétence matérielle.** Les mesures provisoires durant l'instance en divorce relèvent de la compétence du tribunal de la famille siégeant en référé et saisi de la manière déjà décrite (*supra*, n° 360-361).

(218) Cass., 5 novembre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 757, *R.G.D.C.*, 2006, p. 295, *NjW*, 2005, p. 517, note EvB ; Bruxelles, 14 mars 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 640, *J.T.*, 2002, p. 387 ; *contra* : Civ. Mons, 23 décembre 2004, *Div. Act.*, 2006, p. 24.

(219) Liège, 19 novembre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1146, *J.T.*, 2003, p. 343 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 334 ; Bruxelles, 14 mars 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 640, *J.T.*, 2002, p. 387, *E.J.*, 2003, p. 9, note N. VAN LEUVEN ; Liège, 18 janvier 1999, *R.G.D.C.*, 2000, p. 620 ; Liège, 27 octobre 1998, *R.R.D.*, 1999, p. 38, *E.J.*, 2000, p. 29, note F. Aps. Comp. : Gand, 12 novembre 2001, *T.G.R.*, 2002, p. 141, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 643 (somm.) ; Anvers, 4 avril 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 767, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 233 (somm.) ; Civ. Bruxelles, 10 décembre 1998, *Div. Act.*, 1999, p. 69 (irrecevabilité). *Adde* : A. VAN ENGELAND et L. BUSANEL, « La preuve des griefs dans une procédure de divorce à la lumière des nouvelles technologies », *Div. Act.*, 2002, p. 141.

Le tribunal de la famille est également compétent pour homologuer, à tout moment dans le cadre du divorce, un accord complet ou partiel concernant les mesures provisoires (art. 1256, al. 1<sup>er</sup>, C. jud.). Il peut refuser d'homologuer un accord manifestement contraire à l'intérêt des enfants (art. 1256, al. 2). À défaut d'accord ou en cas d'accord partiel, le tribunal renvoie les parties, à leur demande, à la première audience utile relatives aux causes réputées urgentes ou pour lesquelles l'urgence est invoquée (art. 1256, al. 3).

**474. Urgence et provisoire. Durée de validité. Renvoi.** Certaines causes, notamment celles relatives aux enfants mineurs, sont réputées urgentes par la loi, de sorte que la preuve de l'urgence ne devra pas être rapportée (art. 1253ter/4, § 2, C. jud. ; *supra*, n° 362). En dehors de ces hypothèses, l'urgence doit être établie par le demandeur, à défaut de quoi le juge renverra la cause à une audience ordinaire (art. 1253ter/4, § 1<sup>er</sup>).

Les mesures ordonnées par le tribunal de la famille statuant comme en référé sont provisoires au sens où elles sont révisables et dépourvues d'incidence sur le fond des droits<sup>(220)</sup>.

À présent et en règle, les mesures provisoires non limitées dans le temps par le tribunal conservent leur efficacité *rebus sic stantibus* même après le divorce<sup>(221)</sup> (art. 1253ter/7, C. jud. ; *supra*, n° 363). Tel est certainement le cas des mesures relatives aux enfants (art. 302 et 387bis combinés ; *infra*, n° 769).

Par exception, les mesures qui découlent de la qualité d'époux (ex : le secours alimentaire) sont caduques dès le moment où le prononcé du divorce acquiert force de chose jugée<sup>(222)</sup>, puisqu'elles trouvent leur légitimité seulement dans les effets du mariage<sup>(223)</sup>. Ce qui serait payé après doit être restitué.

(220) Voy. avant la création du tribunal de la famille : Cass., 27 avril 2001, *Pas.*, 2001, p. 715, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 306, note Y.-H. LELEU et p. 606, note J.-L. RENCHON, *J.T.*, 2003, p. 81, *R.G.D.C.*, 2002, p. 128, *E.J.*, 2002, p. 2, note S. MOSSELMANS ; Anvers, 25 juin 2003, *NjW*, 2004, p. 88, note R.D.C. ; Y.-H. LELEU, « Six questions en quête de réponse à propos de l'indivision post-communautaire », *Rev. not. belge*, 2001, pp. 669-670, n<sup>os</sup> 6-7 ; comp. : Liège, 22 novembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 721 ; *contra* : J.-L. RENCHON, « Les mesures provisoires relatives aux biens des époux », *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 461.

(221) Voy. pour une application en droit transitoire : Gand, 21 mai 2015, *T. Fam.*, 2015, p. 162, note P. SENAËVE.

(222) Hypothèse où une demande reconventionnelle est pendante : Cass., 4 janvier 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 14, *J.T.*, 1996, p. 559, *R.W.*, 1996-1997, p. 268, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 526, *E.J.*, 1996, p. 118, note P. SENAËVE, *Div. Act.*, 1997, p. 19, obs. E. de WILDE d'ESTMAEL.

(223) Cass., 4 novembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 242, *J.T.*, 1985, p. 76 ; Cass., 10 juin 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 1036 ; Bruxelles, 23 février 2005, *Div. Act.*, 2006, p. 7 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « La procédure devant le tribunal de la famille », in *Le tribunal de la famille et de la jeunesse* (A.-Ch. VAN GYSEL et E. DISKEUVE éd.), Limal, Anthemis, 2015, p. 128.

## 2. Procédure

**475. Procédure comme en référé. Renvoi.** Le tribunal de la famille (et non son président) siège « comme en référé » (art. 1035-1041 C. jud.). La demande est introduite par citation, par requête conjointe ou contradictoire (*supra*, n° 361) ou encore par renvoi (art. 1256, al. 3, C. jud. ; *supra*, n° 458). La saisine du tribunal est permanente (art. 1253*ter*/7, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>).

Tout enfant mineur a le droit d'être entendu si la demande concerne l'exercice de l'autorité parentale, l'hébergement ou le droit aux relations personnelles (art. 1004/1 ; *infra*, n° 761). Dans ces matières, le tribunal fera procéder à toutes investigations utiles (art. 1253*ter*/6 ; *infra*, n° 761-2) et sollicitera l'avis du ministère public<sup>(224)</sup>.

L'ordonnance de référé est exécutoire par provision, ce qui signifie que l'appel ou l'opposition n'ont pas d'effet suspensif (art. 1039, al. 2, C. jud.)<sup>(225)</sup>.

L'opposition ou l'appel doit intervenir dans le mois qui suit la signification de l'ordonnance (art. 1048 et 1051 C. jud.).

## 3. Mesures envisageables

**476. Occupation du logement.** En règle, les époux cessent de cohabiter dès le début de la procédure et ne sont plus tenus de le faire<sup>(226)</sup>. Il demeure cependant utile de préciser les modalités de la séparation. Le tribunal départage les époux s'ils prétendent tous deux demeurer dans la résidence conjugale, en fonction de critères tels que l'intérêt des enfants<sup>(227)</sup>, l'exercice d'une activité professionnelle<sup>(228)</sup>, la propriété de l'immeuble, les possibilités de relogement de chaque époux<sup>(229)</sup> ou l'existence de violences conjugales (art. 1253*ter*/5, al. 3, C. jud. ; *supra*, n° 366). Parfois il

(224) Cass., 13 juin 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 671, *E.J.*, 1998, p. 54, note P. SENAEVE, *Div. Act.*, 1998, p. 61, note A.-Ch. VAN GYSEL, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 634, note K. VAN DAMME ; K. BROECKX, « De verplichte mededeling aan het openbaar ministerie van vorderingen tot het bekomen van voorlopige maatregelen betreffende minderjarige kinderen », *E.J.*, 1995, p. 114.

(225) L'exécution provisoire est à présent généralisée dans les matières familiales (art. 1397 et 1398/1, C. jud., réd L. 19 octobre 2015), à l'exception des décisions visées à l'article 1399 C. jud. (réd. L. 19 octobre 2015).

(226) Anvers, 30 juin 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 273 ; Mons, 11 juin 1996, *Div. Act.*, 1998, p. 104.

(227) Civ. Liège (réf.), 22 mai 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 497. Exceptionnellement, les époux pourront occuper la résidence familiale en alternance. Dans le cadre d'un hébergement égalitaire, cette solution permet aux enfants d'y demeurer en permanence (Civ. Marche-en-Famenne, 6 octobre 1994, *Div. Act.*, 1995, p. 28, note Ph. KINOO).

(228) Civ. Namur, 8 janvier 1991, *Rev. trim. dr. fam.*, 1992, p. 110 ; Civ. Mons (réf.), 24 novembre 1970, *J.T.*, 1971, p. 649, obs.

(229) Mons, 25 novembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 769.

associe cette décision à des mesures visant à éviter que les conjoints ne se harcèlent<sup>(230)</sup>.

**477. (suite) Occupation gratuite d'un logement commun ou indivis à titre provisoire.** La séparation entraîne des frais supplémentaires pour les époux, principalement ceux liés aux résidences séparées. Le tribunal doit prendre en considération l'impact financier des mesures en rapport avec l'occupation du logement et préciser dans son ordonnance si l'occupant doit ou non payer un loyer<sup>(231)</sup>, est ou non dispensé de paiement des mensualités d'emprunt hypothécaire<sup>(232)</sup>. Il peut aussi ne rien préciser à ce sujet et seulement tenir compte de l'avantage lié à l'occupation du logement ou à la dispense de remboursement de l'emprunt dans son calcul du montant l'allocation alimentaire au profit de l'occupant<sup>(233)</sup>. Autrement dit, dans tous les cas où l'occupation du logement est accordée « sans charges », celle-ci entre nécessairement dans la composition (économique) de l'allocation alimentaire octroyée par le tribunal à titre provisoire.

Il convient d'évoquer ici la controverse qui a divisé, avant la création du tribunal de la famille, jurisprudence et doctrine sur la question de savoir si une occupation ordonnée « gratuite » ou « sans charges » par le juge en référé, présente *in fine* un caractère alimentaire, au stade de la liquidation, en manière telle que l'avantage ainsi accordé à l'occupant ne devrait pas être intégré dans son compte d'indivision, comme l'est tout revenu locatif de biens indivis, et ne devrait pas être imputé sur sa part de revenus indivis.

(230) Anvers, 30 juin 1998, R.G.D.C., 1999, p. 273, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 498 (interdiction de s'approcher de la résidence de l'autre époux) ; Civ. Liège (réf.), 22 décembre 1995, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1041 (*idem*).

(231) Mons, 17 octobre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1184 ; Bruxelles, 16 février 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 593 ; Liège, 1<sup>er</sup> mars 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1146 ; Mons, 2 avril 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 1055 ; Bruxelles, 13 février 2002, *J.T.*, 2002, p. 386 ; Civ. Liège, 21 mars 2006, *Div. Act.*, 2007, p. 190, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 470. Comp. : Civ. Bruxelles, 20 novembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 605 (octroi de l'occupation « gratuite » de l'immeuble commun à titre de secours alimentaire mais mise à charge de l'occupant, à titre d'indemnité d'occupation, du 1/3 de toutes les charges de propriété) ; Civ. Nivelles, 6 janvier 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 485 (condamnation de l'époux qui occupe l'immeuble commun au paiement d'une indemnité d'occupation provisionnelle, ce sans préjudice des décomptes qui seront établis dans le cadre de la liquidation-partage).

(232) N. DANDOY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2012) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 918, n° 33 ; G. VERSCHULDEN, « Alimentatie als (dringende) voorlopige maatregel : toekening van het onderhoud tussen echtgenoten », in *De beëindiging van de tuweerelatie* (P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHULDEN éd.), Anvers, Intersentia, 2012, p. 54, n° 62.

(233) Liège, 26 mars 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 546 ; Bruxelles, 13 mars 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 125. Voy. : S. BRAT, « Autonomie de la volonté et indemnité d'occupation : un mariage heureux... ou l'étendue de l'autonomie de la volonté des époux en ce qui concerne l'indemnité d'occupation relative à un bien commun », R.G.D.C., 2003, pp. 281-282.

Cette controverse est tranchée par la Cour de cassation : toutes les allocations alimentaires doivent être imputées sur la part de revenus indivis du créancier, et peuvent, dans certains cas, être requalifiées en tout ou partie d'avance sur ces revenus. Ce sera le cas dans les situations exceptionnelles où l'ampleur des revenus indivis – dont le créancier n'a pas pu percevoir sa part pendant la procédure – aurait justifié une provision alimentaire réduite ou nulle. Lors de la liquidation, le (même) juge devra, pleinement informé sur les revenus de l'indivision, procéder à l'imputation recommandée des allocations de l'instance en divorce sur la part de revenus indivis du créancier, sans se contredire ni revenir sur une décision définitive<sup>(234)</sup>. Nous renvoyons le lecteur à notre ouvrage *Droit patrimonial des couples*<sup>(235)</sup>.

**478. Provision alimentaire.** Le droit à une pension alimentaire durant l'instance en divorce – appelée « provision alimentaire » pour la distinguer de celle éventuelle après divorce<sup>(236)</sup> – est fondé sur le devoir de secours qui subsiste jusqu'à la dissolution du mariage (art. 213). Cette provision est en principe allouée indépendamment des comportements des parties<sup>(237)</sup>.

En effet, l'on considérait sous l'ancienne législation que le juge des mesures provisoires ne pouvait préjuger du fond et se prononcer sur l'éventuelle faute commise par l'une des parties, alléguée au titre de cause de divorce. La jurisprudence avait toutefois, pour d'évidentes raisons d'équité<sup>(238)</sup>, permis de lier l'octroi d'aliments à l'absence de faute établie<sup>(239)</sup>. Cette dernière solution était controversée tant pour des raisons

(234) Sur l'incidence de l'instauration du tribunal de la famille : F. DEGUEL, « Les mesures provisoires à portée liquidative », *Patrimonium* 2014, Bruges, die Keure, 2015, p. 142, n° 9.

(235) Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 233 et s., n° 277 et s. (236) Et de la *provisio ad litem* allouée pour supporter les frais du procès et susceptible, en cas de perte du procès, de devoir être remboursée : Cass., 30 avril 1964, *Pas.*, 1964, I, p. 928 ; Liège, 15 avril 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1203.

(237) Cass., 27 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 87, *J.T.*, 1991, p. 191, *Rev. not. belge*, 1991, p. 195 ; Cass., 13 mars 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 710 ; Cass., 5 décembre 1969, *Pas.*, 1970, I, p. 314 ; Liège, 13 mars 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 56 (sauf « abus flagrant de procédure ») ; Liège, 25 octobre 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1009 ; Gand, 9 décembre 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1740, note M. GOVAERTS ; Anvers, 7 mars 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 812.

(238) L'absence d'examen des torts pouvait en effet inciter un époux qui se savait « coupable » à demander le divorce dans le but d'obtenir une provision alimentaire le temps d'une procédure qu'il avait intérêt à faire durer. Voy. : A.-Ch. VAN GYSEL, « Crime et châtement : la notion de faute dans les relations entre époux », in *Mélanges offerts à Roland De Valkeneer*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 532-534, n°s 8-11.

(239) Cass., 13 avril 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 696, *Act. dr. fam.*, 2008, p. 57, note A.-Ch. VAN GYSEL, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 847 ; Cass., 22 décembre 2006, *T. Fam.*, 2007, p. 2, note C. AERTS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 452 (somm.), note N. DANDOY, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 116 ; Mons, 15 décembre 2008, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 31, note A.-Ch. VAN GYSEL ; Bruxelles, 31 mars 2006, *NjW*, 2006, p. 412, note G.V., *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 307 (somm.) ; Bruxelles, 3 mars 2005, *R.G.D.C.*, 2007, p. 252, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 890 (somm.) ; Gand, 18 mars 2004, *R.A.B.G.*, 2004, p. 1270, note M. GOVAERTS ; Gand, 8 janvier 2004, *R.A.B.G.*, 2004, p. 1266 ; Gand, 19 juin 2003, *R.A.B.G.*, 2004, p. 1260 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 8<sup>e</sup> éd., o.c., n° 1838-1 ; *contra* : Liège, 18 février 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 343, note, *J.T.*, 2003, p. 584, *R.R.D.*, 2003, p. 140, *J.L.M.B.*, 2004, p. 642 ; A. DUELZ, *Le droit du divorce*, 3<sup>e</sup> éd., o.c., p. 202, n° 266.

de principe que de mise en œuvre en référé<sup>(240)</sup>, mais cohérente avec la position prise par la Cour de cassation dans le cadre des mesures urgentes et provisoires de l'article 223 du Code civil (*supra*, n° 367).

Dès lors qu'actuellement, la faute n'est plus une cause de divorce, l'on peut se demander si cette jurisprudence conserve son actualité dans le débat alimentaire au provisoire<sup>(241)</sup>. L'équité le commande, la doctrine le soutient, et la jurisprudence le confirme<sup>(242)</sup>. L'accélération de la procédure en réduit toutefois la nécessité.

**479. (suite) Montant. Ressources. Modalités.** Le seuil alimentaire à atteindre est un niveau de ressources suffisant pour assurer au créancier, non pas le train de vie qui existait pendant la vie commune<sup>(243)</sup>, mais *le niveau de vie qui serait le sien s'il n'y avait pas eu de séparation, compte tenu de ses propres ressources*<sup>(244)</sup>. Le devoir de secours implique un partage des niveaux de vie tout au long du mariage, jusqu'à sa dissolution.

Toutes les *charges* des époux ne doivent pas être déduites des *revenus* en vue d'aboutir aux disponibles respectifs. En tenir compte permettrait au débiteur de privilégier certaines dépenses au détriment de son obligation légale de secours, qui est prioritaire. En plus des charges dites incompressibles, celles liées aux enfants et au logement, en particulier

(240) Pour plus de détails : K. VANLEDE, « Overzicht van rechtspraak (1994-1999) – De onderhoudsuitkering tussen (ex-)echtgenoten tijdens en na een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten », pp. 41-42.

(241) Voy. à ce sujet : A.-Ch. VAN GYSEL, « Le devoir de secours, le divorce et la faute : une problématique en constante évolution », *Act. dr. fam.*, 2008, p. 61.

(242) Cass., 5 juin 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 61 (somm.), R.A.B.G., 2015, p. 251, *Act. dr. fam.*, 2015, p. 190, note J. SAUVAGE ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht, o.c.*, n° 1845 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « Le devoir de secours, le divorce et la faute : une problématique en constante évolution », *o.c.*, pp. 64 et s. ; comp. J. LARUELLE, « L'incidence de la faute et des violences conjugales sur le devoir de secours au regard de la loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse », *o.c.*, p. 88, n° 5-6. Pour un commentaire de jurisprudence en ce sens : N. DANDOY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2012) », *o.c.*, pp. 907-908 et *ibid.* (2014), *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 753, n° 1.

(243) Bruxelles, 3 mars 2005, R.G.D.C., 2007, p. 252, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 890 (somm.).

(244) Cass., 29 novembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2156, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 424 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 857, R.W., 2008-2009, p. 1600 (somm.) ; Cass., 25 novembre 2005, *Pas.*, 2005, p. 2362 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1079, R.W., 2006-2007, p. 1521 (somm.) ; Cass., 9 septembre 2004, *J.T.*, 2005, p. 83 (somm.), *J.T.*, 2005, p. 290, note, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 1030, note N. DANDOY, R.W., 2006-2007, p. 55 (somm.) ; Cass., 30 janvier 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 147, *Rev. not. belge*, 1998, p. 392, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 629, R.W., 1998-1999, p. 1188, R.G.D.C., 1999, p. 398, note J. GERLO ; Liège, 8 mai 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 862 ; Mons, 8 novembre 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 1000 ; Bruxelles, 15 avril 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1068 ; Bruxelles, 22 juin 2008, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 28 ; Mons, 8 novembre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 425 ; Bruxelles, 6 juin 2006, *T. Fam.*, 2007, p. 6, note, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 253 (somm.) ; Mons, 2 mai 2006, *J.T.*, 2006, p. 584 ; Liège, 14 mars 2006, *Div. Act.*, 2007, p. 181 ; Mons, 13 décembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1186 ; Mons, 11 janvier 2005, *Div. Act.*, 2007, p. 169 ; Mons, 18 février 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 1050 ; Civ. Bruxelles, 2 mars 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 187 ; Civ. Arlon, 22 janvier 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1209 ; Civ. Bruxelles, 26 avril 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 121.

celles du créancier, sont un indicateur fiable du niveau de vie<sup>(245)</sup>. En effet, elles étaient exposées et surtout couvertes par les revenus cumulés pendant le mariage. Avoir un certain niveau de vie revient à être capable d'assumer certaines dépenses sans entamer son capital.

Le créancier doit démontrer que son niveau de vie a diminué suite à la séparation<sup>(246)</sup>. Il ne peut prétendre au maintien réel de celui-ci que si les revenus du débiteur permettent d'absorber le surcroît de charges lié à la séparation. Ce sera exceptionnellement le cas si les revenus du débiteur sont suffisants<sup>(247)</sup>, si le couple avait une capacité d'épargne supérieure aux charges induites par la séparation, principalement celles liées au double logement.

L'objectif de maintien du niveau de vie comme s'il n'y avait pas eu de séparation n'implique pas que chaque époux dispose de revenus équivalents<sup>(248)</sup> et n'impose donc pas un partage des revenus, contrairement à ce qu'ordonne certaine jurisprudence<sup>(249)</sup>. Les besoins du créancier, compte tenu du train de vie du couple et de ses ressources personnelles, sont le principal déterminant du complément nécessaire pour atteindre cet objectif. L'époux débiteur conserve ses éventuels revenus excédentaires par rapport à ses charges (y compris le secours dû), ceux-ci étant encore soumis au régime matrimonial (art. 217).

N'est pas non plus garanti, le maintien du partage des rôles ou des tâches<sup>(250)</sup> établi entre les époux<sup>(251)</sup>. À nouveau, le créancier pourrait le revendiquer en raison des circonstances, notamment ses propres difficultés à promériter des revenus (complémentaires), et le niveau suffisant

(245) Cass., 11 mars 2010, *Pas.*, 2010, p. 776, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 48 (somm.) (prise en compte des charges fiscales) ; pour plus de détails : N. DANDROY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2012) », *o.c.*, p. 911, n° 13.

(246) Bruxelles, 16 décembre 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 671.

(247) Ex : Bruxelles, 15 avril 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 853 ; Bruxelles, 25 mars 2013, inédit, cité par N. DANDROY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2014) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 759, n° 12.

(248) Cass., 25 janvier 2007, *Div. Act.*, 2007, p. 74, note N. GALLUS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 454, note N.D., *J.L.M.B.*, 2007, p. 1591, *R.C.J.B.*, 2008, p. 339, note N. DANDROY. Dans le même sens : Cass., 25 novembre 2005, précité ; Cass., 26 avril 2004, *E.J.*, 2005, p. 30, note E. VAN DER VELPEN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 1025, note N. DANDROY ; Bruxelles, 15 avril 2013, *rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 853 ; Civ. Arlon, 22 janvier 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1209. *Contra* : Mons, 22 février 2005, *Div. Act.*, 2006, p. 71, note N. GALLUS. *Adde* : Bruxelles, 9 février 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1210 ; Mons, 9 mai 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1215.

(249) Mons, 8 novembre 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 1000 ; J.P. Fontaine-l'Évêque, 17 février 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 142.

(250) Ou la jouissance d'une *résidence secondaire* sans obligation de la louer : Bruxelles, 11 mars 2010, inédit, cité par N. DANDROY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2010) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 988.

(251) Cass., 29 novembre 2007, précité ; Cass., 27 novembre 2007, *T. Fam.*, 2008, p. 62, note P. SENAEVE ; Liège, 8 mai 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 862 ; Civ. Gand (réf.), 28 mai 2001, *T.G.R.*, 2001, p. 328, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 518 (somm.) ; P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n° 1849 ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 364, n° 613.

des revenus du débiteur qui supporteront temporairement ce *status-quo* organisationnel, alors qu'ils étaient probablement affectés à l'épargne ou à des investissements.

La provision alimentaire est évaluée sur la base des revenus respectifs des époux<sup>(252)</sup>, en ce compris les *avantages en nature*, mis à disposition par l'employeur<sup>(253)</sup> ou par le tribunal, tels l'occupation sans charges du logement familial ou la dispense de contribuer au remboursement de l'emprunt hypothécaire.

Il sera demandé au créancier, de faire usage, dans un délai raisonnable<sup>(254)</sup>, de toutes ses *possibilités* dont il dispose de bénéficier de revenus professionnels, même s'il ne travaillait pas durant la vie commune<sup>(255)</sup>. Il n'est pas toléré qu'un époux provoque ou accentue sa dépendance financière. Il en va de même pour les revenus à dégager d'un capital improductif<sup>(256)</sup>. À défaut un revenu « virtuel » peut être ajouté aux ressources établies<sup>(257)</sup>.

Si la transparence n'est pas faite, le juge peut prendre en considération des indices factuels du niveau de revenus (ex. voiture, vacances, loisirs)<sup>(258)</sup>.

(252) Cass., 5 mars 2010, *Pas.*, 2010, p. 712, *J.L.M.B.*, 2011, p. 641, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 923 (somm.) ; Cass., 9 septembre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 1030, note N. DANDOY ; Cass., 5 septembre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 820, *J.L.M.B.*, 1998, p. 356, obs. Y.-H. LELEU, *Rev. not. belge*, 1998, p. 97, *R. Cass.*, 1998, p. 139, *Div. Act.*, 1998, p. 75, note A.-Ch. VAN GYSEL, *J.T.*, 1998, p. 339 ; Cass., 19 février 1987, *Rev. trim. dr. fam.*, 1990, p. 330, *Pas.*, 1987, I, p. 734, *J.T.*, 1987, p. 466 ; Cass., 5 décembre 1969, *Pas.*, 1970, I, p. 314 ; Mons, 11 février 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 141 ; Mons, 8 octobre 2002, *Rev. not. belge*, 2004, p. 114 ; Bruxelles, 13 décembre 2001, *J.L.M.B.*, 2004, p. 200 ; Bruxelles, 24 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2004, p. 193 ; Civ. Bruxelles, 5 décembre 2000, *J.J.P.*, 2001, p. 151.

(253) Sur les avantages fournis par l'employeur et leur évaluation : Mons, 19 décembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 351 ; N. DANDOY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2012) », *o.c.*, p. 910, n° 12. Dans le même sens et obligeant le juge à chiffrer tous avantages en nature, à propos de l'obligation parentale d'entretien (art. 203, art. 1321 C. jud.) : Cass., 8 octobre 2012, *Pas.*, 2012, p. 1862, *T. Fam.*, 2013, p. 93, note T. VERCRUYSE, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 813 (somm.).

(254) Fonction de ses qualifications, de son âge et de l'état du marché du travail (Bruxelles 24 octobre 2011, inédit et Bruxelles, 6 mai 2011, inédit, cités par N. DANDOY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2012) », *o.c.*, p. 926, n° 56 et p. 910, n° 9). Pour plus de détails, à propos de la pension après divorce : I. MARTENS, *Onderhoudsuitkering tussen ex-echtgenoten na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk*, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 202-206, n°s 267-271.

(255) Cass., 27 novembre 2007, *T. Fam.*, 2008, p. 62, note P. SENAËVE ; Bruxelles, 22 juin 2008, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 28 (limitation dans le temps de la provision alimentaire) ; Liège, 1<sup>er</sup> février 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1206 ; Bruxelles, 10 janvier 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1191 ; Anvers, 11 avril 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 176 (somm.), *A.J.T.*, 2000-2001, p. 694. Ou pas de manière déclarée : Bruxelles, 14 janvier 2011, inédit, cité par N. DANDOY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2012) », *o.c.*, p. 909, n° 6.

(256) Pour plus de détails, à propos de la pension après divorce : I. MARTENS, *Onderhoudsuitkering tussen ex-echtgenoten na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk*, *o.c.*, pp. 206-212, n°s 272-276.

(257) Bruxelles, 9 juin 2011, inédit, cité par N. DANDOY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2012) », *o.c.*, p. 910, n° 10.

(258) Bruxelles, 12 avril 2013, inédit, cité par N. DANDOY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2014) », *o.c.*, p. 755, n° 3 ; Bruxelles, 17 octobre 2011 et 30 janvier 2012, inédits, cités par N. DANDOY, « Calcul des pensions

Il importe de prendre en considération le traitement fiscal de la provision alimentaire, s'agissant de déterminer le disponible *net* du créancier, surtout si les provisions alimentaires atteignent des taux élevés d'imposition. Il peut aussi être ordonné à un époux de prendre à sa charge la dette fiscale de son épouse créancière, déjà enrôlée en raison du versement de la provision alimentaire<sup>(259)</sup>.

Provisoire, l'allocation peut varier durant l'instance. Elle peut rétroagir jusqu'à 5 ans sur une période antérieure à la demande<sup>(260)</sup>, ou même à l'instance en divorce<sup>(261)</sup>.

Fondée sur le devoir de secours entre époux (art. 213), la provision alimentaire n'est pas répétable après le divorce. Elle sera (exceptionnellement) *imputable* sur la part de revenus indivis du créancier s'il ressort des comptes de l'indivision post-communautaire que les (importants) revenus générés par cette indivision, s'ils avaient été répartis équitablement pendant l'instance, auraient rendu inutile la provision alimentaire (*supra*, n° 477).

Le tribunal peut assortir la provision alimentaire d'une délégation de sommes et dispose de moyens d'investigation étendus quant aux ressources et charges des parties (art. 1253<sup>quinquies</sup>, C. jud. ; *supra*, n° 361).

Comme on l'a vu, la provision alimentaire cesse d'être due dès que le jugement de divorce acquiert force de chose jugée<sup>(262)</sup>. À partir de ce moment, chaque époux peut solliciter l'octroi d'une pension alimentaire sur la base de l'article 301 du Code civil<sup>(263)</sup>. Pour éviter toute solution de continuité, il est conseillé de demander l'octroi d'une pension alimentaire provisionnelle en même temps que le divorce, répétable en tout ou partie une fois définitive la décision sur la pension.

alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2012) », *o.c.*, p. 916, n°s 26-27.

(259) Bruxelles, 4 février 2013, *inédit*, cité par N. DANDOY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2014) », *o.c.*, p. 761, n° 20.

(260) Cass., 17 juin 1999, *Pas.*, 1999, p. 914, *R.G.D.C.*, 2001, p. 52, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 628, *R. Cass.*, 2000, p. 182.

(261) Mons, 9 janvier 1998, *Div. Act.*, 1998, p. 69, note (approbative) F. LIGOT, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1511 ; Mons, 8 décembre 1997, *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 286 ; Gand, 21 novembre 1994, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 281 (somm.), *R.W.*, 1995-1996, p. 19, *Div. Act.*, 1998, p. 67, note ; K. VANLEDE, « Overzicht van rechtspraak (1994-1999) – De onderhoudsuitkering tussen (ex-)echtgenoten tijdens en na een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten », pp. 15-16, n° 66 ; *contra* : Bruxelles, 28 mars 1996, *Div. Act.*, 1998, p. 66, note.

(262) L'ordonnance demeure efficace pour procéder au recouvrement d'arrérages échus avant le divorce : Cass., 19 mars 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 662, *R.W.*, 1992-1993, p. 411.

(263) Sous l'empire de l'ancien morcellement des compétences en matière familiale, la Cour de cassation a décidé que le juge appelé à statuer sur la demande de pension après divorce n'était pas lié par le dispositif ou les motifs de la décision fixant le montant du secours alimentaire dû à un époux durant l'instance en divorce (Cass., 7 février 2014, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 238, note J. SAUVAGE, *R.A.B.G.*, 2014, p. 1009, note M. GOVAERTS).

**480. Autres mesures.** Le tribunal de la famille peut prendre toutes autres mesures utiles, notamment celles décrites à l'article 1253ter/5 du Code judiciaire (*supra*, n° 362).

En matière patrimoniale, le tribunal sera parfois sollicité en vue d'établir un partage provisoire des meubles ou une répartition de dettes<sup>(264)</sup> et, s'agissant des avoirs financiers, d'allouer des « avances » sur part de communauté<sup>(265)</sup> ou sur revenus indivis<sup>(266)</sup>. Dépourvu, à ce stade, de compétence en matière de liquidation, il veillera à n'établir des partages qu'en jouissance, sans préjuger des qualifications du régime matrimonial. Il pourra ordonner la production de documents utiles pour la liquidation<sup>(267)</sup>.

Suivant les mêmes principes, le tribunal siégeant en référé n'est pas compétent<sup>(268)</sup> pour autoriser l'aliénation de biens communs ou indivis par un seul<sup>(269)</sup>, mais seulement pour interdire les actes de gestion préjudiciables aux intérêts du conjoint.

#### § 4. Effets du divorce pour cause de désunion irrémédiable

**481. Généralités. Division.** La plupart des effets du divorce, surtout ceux qui concernent le *régime matrimonial*, sont communs aux deux causes de divorce et seront traités principalement dans le présent paragraphe. Les différences se marquent au niveau des effets alimentaires, mais elles sont atténuées depuis que même les pensions alimentaires convenues dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel peuvent, en règle, être révisées par le juge.

(264) Gand (réf.), 25 octobre 2004, *T.G.R.*, 2004, p. 270.

(265) Pour plus de détails : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 278-280, n° 260.

(266) Civ. Nivelles (réf.), 7 février 1997, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 640 ; Liège, 11 février 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 943 ; pour plus de détails : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 243-244, n° 231.

(267) Bruxelles, 19 janvier 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1198 ; Liège, 1<sup>er</sup> mars 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1146.

(268) Sauf le cas spécifique de l'autorisation d'aliéner demandée sur la base de l'article 1420 du Code civil en régime de communauté (Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 195 et s.).

(269) Civ. Bruxelles (réf.), 10 octobre 1996, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 108 ; Civ. Bruxelles (réf.), 9 mars 1994, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 52 ; rappr. : Civ. Namur (réf.), 7 janvier 1997, *J.T.*, 1997, p. 203, *R.G.D.C.*, 1998, p. 147, *Div. Act.*, 1999, p. 96 ; *contra* : Bruxelles, 23 mars 2000, *J.T.*, 2001, p. 577 (somm.), *E.J.*, 2002, p. 124, note (critique) K. UYTTERHOEVEN ; Civ. Nivelles, 18 décembre 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 424 ; J.-L. RENCHON, « Les mesures provisoires relatives aux biens des époux », *o.c.*, p. 492, n° 15.

## I. Effets personnels entre époux

**482. Droit au remariage.** L'effet le plus évident de la dissolution du mariage est le recouvrement immédiat<sup>(270)</sup> du droit au (re)mariage<sup>(271)</sup>. Il faut toutefois attendre la transcription du divorce, date des effets personnels du divorce à l'égard des tiers<sup>(272)</sup>.

**483. Aménagements de la présomption de paternité.** L'ex-mari ou l'ex-épouse coparente est encore présumé être le père/la mère, des enfants issus de son ex-épouse avant l'expiration d'un délai de 300 jours à partir de la date à laquelle le jugement de divorce devient définitif (art. 315 et 325/2)<sup>(273)</sup>. Comme la mère, le parent présumé dispose de facilités pour contester cette filiation souvent non conforme à la réalité biologique (art. 318, § 3 et 325/3, § 3 ; *infra*, n° 628).

Toutefois, si l'ex-épouse se remarie avant l'expiration de ce délai de 300 jours, l'enfant qu'elle met au monde aura pour père le *nouveau mari ou la nouvelle épouse* (art. 317, al. 1<sup>er</sup> et 325/2, al. 2). L'ex-mari/épouse peut toutefois contester cette paternité/comaternité en déférant au défendeur la charge de la preuve contraire (ou celle de la paternité/comaternité d'un tiers) (*infra*, n° 610).

De même, la présomption de paternité/comaternité n'est pas applicable, sauf déclaration conjointe des époux devant l'officier de l'état civil, lorsque l'enfant est né plus de 300 jours après le début d'une séparation judiciaire ou officialisée (art. 316*bis* et 325/2, al. 2 ; *infra*, n° 610-1).

**484. Disparition des liens d'alliance.** Les liens d'alliance qui unissent chaque époux à la famille de l'autre disparaissent le jour de la transcription du divorce. L'obligation alimentaire envers les beaux-parents cesse (art. 206)<sup>(274)</sup>.

Des empêchements à mariage, seule subsiste la prohibition entre les alliés en ligne directe, qui peut faire l'objet d'une dispense (art. 161 et 164 ; *supra*, n° 330). Cet empêchement à mariage ne fait en toute

(270) L'ancien délai de viduité de 300 jours a été supprimé. L'officier de l'état civil belge doit toutefois examiner si la loi nationale d'un des futurs époux n'impose pas un tel délai.

(271) Au sujet de l'ancien « délai de viduité » : J. BOSQUET-DENIS, « Le remariage », *Rev. trim. dr. civ.*, 1979, p. 524 ; J. SOHIER, « La législation belge sur le divorce face à l'article 12 de la convention européenne : vers la reconnaissance d'un 'droit au remariage' sans restrictions disproportionnées ? », in *Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 1731.

(272) P. SENAËVE, « De procedure tot echtscheiding op grond van bepaalde feiten », *De hervorming van de echtscheidingsprocedure en het hoorrecht van minderjarigen. Commentaar op de Wet van 30 juni 1994*, Maklu, Anvers, 1994, p. 181, n° 383 et pp. 193-194, n°s 429-431 ; *contra* : S. DEMARS, *Les procédures en divorce. La réforme de la réforme. Loi du 20 mai 1997*, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 40 ; E. VIEUJEAN, « Les effets du divorce », VI.2.1, n° 1.2.

(273) La présomption de paternité / comaternité concerne les effets personnels du mariage dans les rapports entre époux.

(274) Cass., 26 octobre 1905, *Pas.*, 1906, I, p. 33.

hypothèse plus obstacle à l'établissement de la double filiation de l'enfant si le mariage qui a fait naître cet empêchement a été annulé ou dissous (*infra*, n° 639).

**485. Usage du nom du conjoint.** Le droit d'usage du nom du conjoint s'éteint, sauf accord de ce conjoint ou circonstances exceptionnelles, ayant trait généralement à l'exercice d'une activité professionnelle sous ce nom<sup>(275)</sup>.

**486. Nationalité et droit au séjour.** Le divorce, à l'inverse de l'annulation du mariage, ne produit aucun effet sur la nationalité ni sur le droit au séjour, sauf s'il intervient dans le cours des procédures relatives à leur acquisition.

## 2. Effets alimentaires entre ex-époux

### 1° Conditions de fond

**487. À défaut d'accord, le « besoin ».** Dans l'ancien droit, transitoirement maintenu par une jurisprudence critiquable (*supra*, n° 434-7), la pension après divorce pour faute était alimentaire et indemnitaire<sup>(276)</sup>. Elle visait pour partie à réparer l'outrage subi par l'époux « qui avait obtenu le divorce » (art. 301, § 1<sup>er</sup>). Plus précisément, seul l'époux « innocent » conservait un droit aux aliments, car si le divorce était prononcé aux « torts réciproques », aucun n'était créancier alimentaire potentiel<sup>(277)</sup>. Voilà ce qui motivait la plupart des demandes reconventionnelles en divorce, et qui sanctionnait la violation de devoirs personnels du mariage, soit sans rapport objectif avec ceux-ci, soit de manière disproportionnée.

Dans le droit réformé par la loi du 27 avril 2007 la faute n'a pas disparu des effets alimentaires du divorce, mais a marqué un net recul. Le principe actuel est que, sauf *faute grave* justifiant une suppression de la pension alimentaire (art. 301, § 2, al. 2), si les époux n'ont pas conclu d'*accord* sur son octroi et ses modalités (art. 301, § 1<sup>er</sup> ; *infra*, n° 493), le tribunal *peut*, dans le jugement prononçant le divorce ou lors d'une

(275) Bruxelles, 30 mai 2002, *E.J.*, 2003, p. 26, note M. de THEIJE, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 111 ; Liège, 1<sup>er</sup> décembre 1992, *Rev. trim. dr. fam.*, 1994, p. 716 ; Civ. Liège, 10 janvier 1984, *Rev. trim. dr. fam.*, 1986, p. 362. Dans la jurisprudence française : Bourges, 16 juin 1998, *Dr. fam.*, 1999, n° 19, note H. LÉCUYER. Voy. : A. BRETON, « Le nom de l'épouse divorcée », in *Mélanges René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, p. 17.

(276) Cass., 18 mai 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 519, *E.J.*, 1995, p. 89, note J. ROODHOOF. *Adde* : C.A., 27 novembre 2002, n° 171/2002, R.G.D.C., 2003, p. 123, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 82, *Div. Act.*, 2003, p. 28, note A.-Ch. VAN GYSEL (motifs). Rapp. : Liège, 1<sup>er</sup> octobre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 163 ; Civ. Liège, 2 octobre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 656.

(277) En ce sens, not. : Cass., 5 février 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 569.

décision ultérieure, accorder, à la demande de l'époux « dans le besoin », une pension alimentaire à charge de l'autre époux (art. 301, § 2).

Est « dans le besoin » au sens de l'article 301, § 2, l'ex-époux dont la situation économique globale, compte tenu de ses ressources et de ses charges, est inférieure<sup>(278)</sup> à celle de l'autre<sup>(279)</sup>. Il en résulte que si la situation économique globale des ex-époux évolue, un changement de créancier de pension alimentaire n'est pas exclu pendant sa période de débiton.

En se référant à la notion de besoin pour conditionner l'octroi de la pension, à ne pas confondre avec celle d'« état de besoin » qui sert de base de calcul du montant de la pension<sup>(280)</sup> (*infra*, n° 495), la loi fait le choix d'une pension strictement alimentaire<sup>(281)</sup>, écartant du débat les circonstances de la rupture et la responsabilité respective des époux dans l'échec de leur union, sauf quand une « faute grave » a été commise, pour des raisons d'équité. Peu importe également que l'ex-conjoint qui sollicite la pension alimentaire ait été seul demandeur, co-demandeur ou défendeur dans la procédure en divorce<sup>(282)</sup>.

La conséquence logique de l'éviction de l'aspect indemnitaire et de la recherche de proportionnalité entre le mariage et ses suites alimentaires est la limitation de la durée de la pension à celle du mariage, partant du principe que plus long est le mariage, plus élevé est le risque ou l'ampleur d'un préjudice économique lié à la vie commune (*infra*, n° 498-1).

(278) « sensiblement » : C. VAN ROY, « De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting », in *De beëindiging van de tweereelatie* (P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHULDEN éd.), Anvers, Intersentia, 2012, p. 145, n° 215.

(279) Cass., 6 février 2014, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 238, *J.L.M.B.*, 2015, p. 200, note, *T. Fam.*, 2014, p. 97, note P. SENAËVE, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 518 (somm.); Bruxelles, 17 février 2009, *T. Fam.*, 2009, p. 141, note F. SWENNEN ; Civ. Bruxelles, 4 mars 2009, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 75 ; Civ. Bruxelles, 8 décembre 2010, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 33 (absence de besoin, situations équivalentes); Civ. Louvain, 4 février 2008, *R.A.B.G.*, 2008, p. 709 ; J.P. Fontaine-l'Évêque, 22 mai 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1385, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1243 ; J.P. Jodoigne-Perwez, 2 avril 2008, *Act. dr. fam.*, 2008, p. 194 ; J.P. Liège, 17 décembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1053, *Rev. not. belge*, 2008, p. 476 ; A.-Ch. VAN GYSEL, *Précis de droit des personnes et de la famille, o.c.*, p. 240 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht, o.c.*, n° 1882 ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 368, n° 621. Comp. I. MARTENS, *Onderhoudsuitkering tussen ex-echtgenoten na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk, o.c.*, p. 93, n° 136, pour qui ce n'est pas le déséquilibre entre les situations économiques respectives qui ouvre le droit à une pension après divorce, mais l'incapacité de couvrir ses besoins.

(280) Ainsi, l'époux « dans le besoin » n'est pas pour autant dans un « état de besoin » (art. 301, § 3) lui permettant de prétendre à une pension alimentaire après divorce (Cass., 6 février 2014, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 238, *J.L.M.B.*, 2015, p. 200, note, *T. Fam.*, 2014, p. 97, note P. SENAËVE, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 518 (somm.) – *infra*, n° 495).

(281) Bruxelles, 29 juin 2009, *Act. dr. fam.*, 2010, p. 14, note G. HIERNAUX ; Bruxelles, 8 mai 2009, *Act. dr. fam.*, 2010, p. 14, note G. HIERNAUX ; J.P. Fontaine-l'Évêque, 22 mai 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1385, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1243 ; J.P. Jodoigne-Perwez, 2 avril 2008, *Act. dr. fam.*, 2008, p. 194 ; J.P. Liège, 7 mars 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1228.

(282) N. DANDOY, « La réforme du divorce : les effets alimentaires », *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1072.

Le préjudice particulier causé à un époux par le divorce, distinct de ses besoins alimentaires, peut être réparé conformément aux principes de la responsabilité civile<sup>(283)</sup>. Si le juge des aliments considère que priver le créancier de pension pour « faute grave » est disproportionné, engager sa responsabilité civile pourrait être une manière adéquate de réparer le dommage causé par son comportement fautif<sup>(284)</sup>. De même, un époux pourrait demander réparation à un tiers responsable de la désunion irrémédiable<sup>(285)</sup>.

**488. Cause de suppression facultative de la pension : la faute grave.** Le tribunal peut refuser de faire droit à une demande de pension alimentaire après divorce en cas de « faute grave ayant rendu impossible la poursuite de la vie commune » commise par l'ex-époux demandeur (art. 301, § 2, al. 2). Cette cause de suppression réintègre la faute dans le débat alimentaire, mais dans une forme et une logique en rupture avec le droit ancien.

La charge de la preuve est renversée, dans l'intérêt du créancier d'aliments : ce n'est plus au demandeur de pension de prouver la faute du débiteur potentiel, mais à ce dernier d'invoquer l'exception *et* de convaincre le juge de la nécessité de l'appliquer<sup>(286)</sup>.

La notion de « faute grave » est imprécise et controversée. La plupart des auteurs ont conseillé de s'inspirer du catalogue des anciens « excès, sévices et injures graves »<sup>(287)</sup>. Or cette thèse méconnaît la fonction attribuée par le législateur à la « faute grave »<sup>(288)</sup>. Outre que l'adultère n'est plus présumé grave comme il était auparavant présumé offensant<sup>(289)</sup>, la

(283) Anvers, 23 décembre 2014, *T. Fam.*, 2015, p. 152, note E. LANCKSWEERDT (refus) ; Bruxelles, 15 février 2001, *J.T.*, 2002, p. 197 (somm.), *J.L.M.B.*, 2002, p. 1493, note C.G. (motifs) ; Bruxelles, 11 mai 2000, *J.T.*, 2001, p. 492 (somm.) ; Liège, 3 décembre 1990, *Rev. trim. dr. fam.*, 1992, p. 281, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1290 (somm.) (motifs).

(284) Pour analyse approfondie et de droit comparé : F. SWENNEN et B. WEYTS, « Fouten tussen echtgenoten. Een tocht doorheen het echtscheidings- en aanspraakelijkheidsrecht », in *Echtscheiding. XXXVste Post-Universitaire Cyclus W. Delva* (G. VERSCHELDEN éd.), Malines, Kluwer, 2010, n<sup>os</sup> 40 et s.

(285) F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 358, n<sup>o</sup> 603.

(286) Civ. Arlon, 14 mars 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 428, note J.-L. RENCHON ; N. DANDROY, « La réforme du divorce : les effets alimentaires », o.c., p. 1075.

(287) J.-C. BROUWERS, « La réforme du divorce (loi du 27 avril 2007) », *Rev. not. belge*, 2007, p. 602 ; A. DUELZ, J.-C. BROUWERS et Q. FISCHER, *Le droit du divorce*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 272, n<sup>o</sup> 376 ; I. MARTENS, « De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting », in *De hervorming van het echtscheidingsrecht. Commentaar op de wet van 27 april 2007* (P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHELDEN éd.), Anvers, Intersentia, 2008, p. 62, n<sup>o</sup> 79 ; J.-P. MASSON, « La loi du 27 avril 2007 réformant le divorce », o.c., pp. 537 et s. ; D. PIRE, « Le divorce pour désunion irrémédiable : un an d'application », o.c., p. 52 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n<sup>o</sup> 1893.

(288) Y.-H. LELEU, « Avant-propos », in *La réforme du divorce – Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, Bruxelles, Larcier 2007, n<sup>o</sup> 4, p. 9.

(289) S. BROUWERS, « De 'zware fout' als uitsluitingsgrond voor een uitkering na echtscheiding », *R.A.B.G.*, 2008, p. 732. À tort : Civ. Liège, 24 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1049, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1216.

gravité de la faute exclusive de pension alimentaire doit être appréciée avec plus de sévérité que la gravité anciennement requise pour fonder le divorce sur des « injures ». De même, l'abandon du domicile conjugal peut difficilement être qualifié de faute grave dès lors que la séparation de fait est un mode légal d'établissement de la désunion irrémédiable<sup>(290)</sup>. À ces conditions seulement, l'exception de « faute grave » est le correctif *en équité* au droit alimentaire de principe fondé sur la solidarité économique entre ex-époux, à la manière du mécanisme, connu en droit comparé, de la « clause de dureté »<sup>(291)</sup>.

La loi ne définit pas la gravité de la faute. Elle peut être comprise dans le sens d'une causalité entre la faute et la désunion irrémédiable<sup>(292)</sup>. La loi impose cette causalité, mais elle ne suffit pas : la gravité intrinsèque de la faute doit aussi être prouvée.

Il n'est donc pas inutile de se référer à ce que l'ancien droit considérait grave comme injure, mais il convient d'accroître la sévérité de l'appréciation de la gravité en raison, tout d'abord, de la nécessaire proportionnalité de la sanction économique et, ensuite, du caractère facultatif de l'exclusion. S'agissant en effet de supprimer (totalement) une allocation économique limitée dans sa durée, le juge doit à notre avis faire preuve de retenue. La jurisprudence publiée rassure quelque peu à cet égard, même si la sévérité cotoie le laxisme<sup>(293)</sup>, et même si elle exhume la face la plus sombre du droit du divorce<sup>(294)</sup>.

(290) N. DANDOY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2014) », *o.c.*, p. 762, n° 22.

(291) Y.-H. LELEU, *l.c.* Dans le même sens : F. SWENNEN et B. WEYTS, « Fouten tussen echtgenoten. Een tocht doorheen het echtscheidings- en aanspraakelijkheidsrecht », *o.c.*, n° 46.

(292) Liège, 13 mai 2008, *Act. dr. fam.*, 2008, p. 188 ; Civ. Arlon, 16 janvier 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 448 ; Civ. Liège, 24 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1049, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1216 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « La pension après divorce pour cause de désunion irrémédiable : un essai de lecture », in *La réforme du divorce – Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 98.

(293) Sans autre justification qu'un subjectivisme implicite : C. VAN ROY, « De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting », *o.c.*, pp. 146-150, n°s 218-223

(294) Dans cet esprit, nous nous limitons à quelques exemples, sans les développer au texte, et renvoyons aux articles dédiés et aux examens réguliers de jurisprudence : G. HIERNAUX, « L'adultère, la « faute grave » et le droit du divorce », *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 319 ; N. DANDOY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2014) », *o.c.*, pp. 762-764 ; N. DANDOY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2012) », *o.c.*, p. 920, n° 36-39 ; N. DANDOY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2010) », *o.c.*, pp. 993-995 ; F. SWENNEN et B. WEYTS, « Fouten tussen echtgenoten : een tocht doorheen het echtscheidingsrecht », in *Echtscheiding. XXXVste PUC Willy Delva* (G. VERSCHULDEN éd.), Malines, Kluwer, 2010, p. 87 ; C. VAN ROY, « De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting », *o.c.*, pp. 146-150, n°s 218-223. Exemples : Bruxelles, 25 juin 2013, *R. W.*, 2013-2014, p. 984 (allégation d'attouchements sexuels sur les enfants) ; Bruxelles, 7 mai 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 1025 (adultère sur mort mariage – non) ; Liège, 8 février 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 328 (adultère non causal – non) ; Liège, 5 avril 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, p. 154 (quitter le domicile conjugal – non ; fait d'ivresse isolé – non) ; Bruxelles, 19 novembre 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 665 (accusations calomnieuses d'attouchements

Avant la réforme de 2007, la gravité d'une injure devait être à la fois objective (importance de la faute) et subjective (impact chez le conjoint). La gravité *objective* ne découlait pas nécessairement de la matérialité de la violation d'un devoir lié au mariage<sup>(295)</sup> ni de la nature de celui-ci. Le seuil de gravité devait rester raisonnable : il n'y a pas de cohabitation sans aliénation d'intérêts individuels, la limite étant de ne pas être contraint à l'héroïsme<sup>(296)</sup>. L'on admettait que la gravité puisse s'induire de la répétition de faits<sup>(297)</sup>, pour autant que ceux-ci soient établis<sup>(298)</sup>, les pensées ou projets non concrétisés n'étant pas sanctionnés<sup>(299)</sup>. La gravité était appréciée au jour des faits et non au jour de la demande en divorce.

Une faute devait aussi être grave sur le plan *subjectif*. Il n'était pas requis que l'auteur des faits ait eu l'intention d'offenser son conjoint<sup>(300)</sup>, mais il suffisait qu'il ait su ou dû savoir que son comportement était gravement injurieux pour lui<sup>(301)</sup>. Le critère était donc l'offense ressentie par l'autre conjoint, appréciée souverainement par le juge en référence à un standard abstrait, compte tenu des circonstances de la cause et principalement de l'attitude de la victime<sup>(302)</sup>. La faute devait en toute hypothèse être imputable au demandeur en aliments, c'est-à-dire avoir été commise de manière volontaire<sup>(303)</sup>. La faute ne sera pas imputée au conjoint qui prouve avoir agi sans libre arbitre ou discernement suffisant, ou encore sous une contrainte irrésistible<sup>(304)</sup>, sauf si on peut

sexuels – non) ; Bruxelles, 25 janvier 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 567 (alcoolisme mais cures de désintoxication suivies – non) ; J.P. Tournai, 14 décembre 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 332 (boulimie/anorexie – non ; alcoolisme – oui) ; J.P. Liège, 3 mars 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 619 (ponctionner les comptes communs – non).

(295) Cass., 24 juin 1982, *J.T.*, 1982, p. 815, note D. DEVOS, *R.C.J.B.*, 1985, p. 577, note G. BAETEMAN ; Cass., 2 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1085, *Rev. trim. dr. fam.*, 1981, p. 410 ; A. DUELZ, *Le droit du divorce*, 3<sup>e</sup> éd., o.c., p. 75, n° 84 ; E. VIEUJEAN, « Examen de jurisprudence (1976 à 1983) – Les personnes », o.c., p. 109, n° 113.

(296) M.-F. LAMPE, « Les causes de divorce et leur preuve », o.c., p. 13.

(297) Cass., 27 janvier 1955, *Pas.*, 1955, I, p. 553 ; Gand, 18 octobre 1999, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 117 ; Civ. Courtrai, 14 juillet 1950, *J.T.*, 1951, p. 164 ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 705, n° 670 ; M.-F. LAMPE, « Les causes de divorce et leur preuve », o.c., p. 122, n° 35.

(298) La charge de la preuve incombe au demandeur : Liège, 7 octobre 1996, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 101.

(299) Mons, 28 novembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 87.

(300) Pour une analyse psychologique des volontés et sentiments d'offense en cas d'adultère : J.-L. RENCHON, « L'adultère 'outrageant'. À propos d'une résistance tenace de la jurisprudence belge à rechercher les intentions, les émotions et les sentiments constitutifs d'un véritable outrage », o.c., pp. 265-270, n°s 81-88.

(301) Cass., 26 février 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 753, *R.W.*, 1989-1990, p. 1223, *J.T.*, 1991, p. 30, *Rev. trim. dr. fam.*, 1990, p. 361 ; Cass., 18 septembre 1981, *Rev. trim. dr. fam.*, 1983, p. 383 ; Bruxelles, 15 juin 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 488.

(302) Mons, 26 septembre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 726.

(303) Civ. Bruges, 3 juillet 2009, *T.G.R.*, 2009, p. 292 (incendie volontaire de la maison conjugale – faute d'intention non établie). Pour un rapprochement avec la distinction entre dol général et dol spécial : M.-F. LAMPE, « Les causes de divorce et leur preuve », o.c., pp. 14-15.

(304) Exemples de déclarations de non-imputabilité : Liège, 26 mai 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 797 (adultère et injures) ; Civ. Liège, 24 mai 1984, *Rev. trim. dr. fam.*, 1984, p. 328 (assassinat de l'enfant

lui reprocher de s'être placé lui-même dans cet état<sup>(305)</sup>. On enseigne que l'imputabilité de l'acte est appréciée plus sévèrement qu'en droit pénal<sup>(306)</sup>, notamment pour éviter les collusions.

Un fait révélateur de la désunion irrémédiable, notamment lorsque celle-ci a dû être prouvée par le demandeur (art. 229, § 1<sup>er</sup>), n'est pas nécessairement une faute grave au sens de l'article 301. Autrement dit, le défendeur « responsable » de la désunion conserve ses droits alimentaires sauf « faute grave ». Certains ont critiqué la thèse selon laquelle un époux pourrait demander au tribunal statuant sur la preuve de la désunion irrémédiable (art. 229, § 1<sup>er</sup>) de (déjà) dire pour droit que le fait probant est une faute grave au sens de l'article 301, § 2, alinéa 2, du Code civil<sup>(307)</sup>. À tort selon nous, car la demande déclarative présente d'indéniables avantages en termes de sécurité financière pour le débiteur et d'économie procédurale dans le chef des deux parties<sup>(308)</sup>. À présent qu'au sein du tribunal de la famille, le juge des aliments est le juge du divorce, il y a encore moins d'objections à ce que le débat sur la gravité de la faute soit ouvert d'emblée.

La causalité requise entre la faute grave et l'impossibilité de la poursuite de la vie commune<sup>(309)</sup> interdit en principe de prendre en considération une « faute grave » *postérieure* à la *séparation de fait*<sup>(310)</sup>. La

---

commun) ; Civ. Liège, 15 mars 1983, *J.L.*, 1983, p. 278 (viol commis par l'époux en situation de déséquilibre mental). Voy. : K. HERBOTS, « Overzicht van rechtspraak (1994-2000) – De echtscheiding op grond van grove beledigingen, geweldddaden en mishandelingen (art. 231 B.W.) », *o.c.*, pp. 88-90 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « Divorce et capacité », in *Actualité du droit du divorce* (A.-Ch. VAN GYSEL et N. MASSAGER éd.), Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 7. On a qualifié « adultère de bonne foi » celui commis par un époux croyant son mariage dissous (M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Le divorce et ses causes à travers la jurisprudence belge récente », *Ann. Dr. Louvain*, 1991, p. 292, n° 24). Pour un exemple, dans une affaire de viol, où une femme endormie croit se donner à son mari (Bruxelles, 11 janvier 1867, *B.J.*, 1867, col. 139).

(305) Ex. : une personne ponctuellement privée de discernement en raison d'un état d'éthylisme ne pourra invoquer la non-imputabilité relativement à l'injure commise alors qu'il était sous l'emprise de la boisson.

(306) P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 8<sup>e</sup> éd., *o.c.*, n° 1783.

(307) Dans le sens de l'affirmative (art. 18, al. 2, C. jud.) : Civ. Nivelles, 4 novembre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 165 ; S. BROUWERS, « De 'zware fout' als uitsluitingsgrond voor een uitkering na echtscheiding », *o.c.*, p. 732 ; D. PIRE, « Le divorce pour désunion irrémédiable : un an d'application », *o.c.*, p. 54 ; F. SWENNEN et F. APS, « De Echtscheidingswet 2007 », *o.c.*, p. 560 ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 360, n° 605. Dans le sens de la négative : Civ. Anvers, 19 janvier 2009, *R.A.B.G.*, 2009, p. 853, note S. BROUWERS ; I. MARTENS, « De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting », *o.c.*, p. 65, n° 82.

(308) C. VAN ROY, « De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting », *o.c.*, p. 168, n° 278.

(309) Et non entre la faute et la désunion irrémédiable : N. DANDOY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2012) », *o.c.*, p. 922, n° 41 ; J.-P. MASSON, « Un an d'application de la loi du 27 avril 2007 réformant le divorce », *J.T.*, 2008, p. 466.

(310) Pour une analyse approfondie des thèses en présence (aucune faute postérieure à la séparation de fait ne peut être retenue *vs.* une faute postérieure à la séparation de fait qui empêcherait la *reprise* de la vie commune peut être retenue) : C. VAN ROY, « De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting », *o.c.*, pp. 151-152, n°s 225-227.

causalité pourrait encore être vérifiée dans le cas, exceptionnel, où la séparation n'exclurait pas une reprise de la vie commune<sup>(311)</sup>. De manière générale, le demandeur est autorisé à renforcer ses griefs par de nouveaux faits ou faire état d'un grief totalement nouveau<sup>(312)</sup>.

Le comportement du débiteur n'est pas sans conséquences sur la gravité d'une faute imputée au créancier<sup>(313)</sup>. En se référant aux notions anciennes de compensation et d'atténuation des torts, on conservera de la jurisprudence antérieure l'idée que les fautes réciproques contemporaines ne se compensent pas<sup>(314)</sup>, qu'un manquement antérieur peut, éventuellement, atténuer la gravité du manquement postérieur<sup>(315)</sup> et que cette appréciation gît en fait compte tenu de toutes les circonstances de la cause<sup>(316)</sup>.

La preuve de la faute grave est rapportée par toutes voies de droit, témoignages compris (*supra*, n<sup>os</sup> 463 et s.).

Cette cause de suppression est *facultative* : le juge « peut » refuser l'octroi d'une pension après divorce, mais ne peut seulement réduire la pension, du moins selon une lecture littérale de la loi<sup>(317)</sup>. Il n'est donc pas impossible qu'un juge constate l'existence d'une faute grave dans le chef du demandeur d'aliments et accorde néanmoins la pension en raison de

(311) En ce sens : Bruxelles, 19 novembre 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 665 ; Civ. Liège, 24 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1049, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1216 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « La pension après divorce pour cause de désunion irrémédiable : un essai de lecture », *o.c.*, p. 98 ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 369, n<sup>o</sup> 622.

(312) Pour des applications sous l'ancien droit : Bruxelles, 9 mars 2000, R.G. n<sup>o</sup> 1998/RG/709, inédit, cité par K. HERBOTS, « Overzicht van rechtspraak (1994-2000) – De echtscheiding op grond van grove beledigingen, geweldsdaden en mishandelingen (art. 231 B.W.) », *o.c.*, p. 92, n<sup>o</sup> 36 (dissimulation par l'épouse de ses revenus, de façon à obtenir, durant l'instance en divorce, une pension alimentaire plus importante) ; Liège, 17 mars 1997, *J.T.*, 1997, p. 500, *J.L.M.B.*, 1998, p. 708, *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 252 (condamnation pénale du mari, pendant l'instance en divorce, du chef de la prévention d'abandon de famille).

(313) Cass., 21 octobre 2011, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 31, note A.-C. VAN GYSEL, *J.L.M.B.*, 2012, p. 393, *T. Fam.*, 2013, p. 100, note C. VAN ROY, R.W., 2013-2014, p. 171, *Pas.*, 2011, p. 2313, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 149.

(314) Cass., 25 avril 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 135 ; Cass., 5 novembre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 302 ; Bruxelles, 23 novembre 2004, *E.J.*, 2005, p. 16, note H. VANBOCKRIJCK ; Bruxelles, 29 février 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 102 (adultère) ; Civ. Mons, 4 février 2004, *Rev. not. belge*, 2004, p. 304 ; Civ. Arlon, 19 mars 1999, *J.T.*, 1999, p. 582 ; G. HIERNAUX, in *Précis de droit de la famille* (A.-Ch. VAN GYSEL dir.), 1<sup>re</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 253. Comp. : Civ. Nivelles, 16 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 323.

(315) Civ. Bruges, 18 juin 2012, *T.G.R.*, 2013, p. 18 (succession d'adultères) ; Civ. Liège, 24 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1049, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1216 (relations amoureuses des deux parties avec des tiers postérieurement à la séparation) ; J.P. Liège, 3 mars 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 619 (alcoolisme lié à la violence du mari – non). Sous l'ancien droit : Cass., 9 novembre 2001, *J.T.*, 2002, p. 197 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 81 ; Cass., 10 mai 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 964 ; Liège, 17 février 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1059 (somm.), *J.T.*, 1997, p. 521 (adultère).

(316) Cass., 16 octobre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 140.

(317) L'article 301, § 5 semble le confirmer en permettant une diminution en cas de choix organisationnel non conforme aux intérêts de la famille, mais « qui peut le plus, peut le moins ». Dans le même sens : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 370, n<sup>o</sup> 622.

son importance économique et/ou de la disproportion de la suppression si le mariage fut de longue durée<sup>(318)</sup>.

Enfin, même si cette possibilité n'est expressément prévue par la loi que dans l'hypothèse de violences conjugales (voy. ci-dessous), le juge peut attribuer une *pension provisionnelle* au demandeur d'aliments dans l'attente d'une décision sur la faute grave<sup>(319)</sup> ou de l'instruction du dossier<sup>(320)</sup>.

**489. Cause de suppression de plein droit de la pension : la violence conjugale.** En cas de violences conjugales, lorsque le conjoint demandeur en aliments a été *reconnu coupable*<sup>(321)</sup> des faits visés à l'article 301, § 2, du Code civil (viol, coups et blessures volontaires, tentative de meurtre...), même si les faits ont été commis après la séparation, voire même après le divorce<sup>(322)</sup>, une pension alimentaire après divorce ne peut « en aucun cas » lui être accordée (art. 301, § 2).

Le juge perd tout pouvoir d'appréciation<sup>(323)</sup>, mais peut, en attendant la décision pénale, allouer une *pension provisionnelle* (art. 301, § 2, al. 2)<sup>(324)</sup>. Il tiendra compte de toutes les circonstances de la cause, notamment le sérieux de la plainte, les chances de succès de l'action pénale, sa nature non dilatoire, l'urgence de la demande pour le créancier, *etc.* Il peut subordonner l'octroi d'une telle pension à la constitution d'une garantie (art. 301, § 2, al. 2), car la pension provisionnelle est répétable.

**490. Cause de suppression ou de réduction facultative de la pension : le besoin créé.** Comme en droit commun des aliments (*infra*, n° 813), si le

(318) Dans le même sens : F. SWENNEN et B. WEYTS, « Fouten tussen echtgenoten. Een tocht doorheen het echtscheidings- en aanspraakelijkheidsrecht », *o.c.*, n° 50 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n° 1896 (ces auteurs estiment cette possibilité peu probable). *Contra* : A.-Ch. VAN GYSEL, « La pension après divorce pour cause de désunion irrémédiable : un essai de lecture », *o.c.*, p. 99 ; G. HIERNAUX, « L'adultère, la "faute grave" et le droit du divorce », *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 333, n° 18.

(319) I. MARTENS, « De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting », *o.c.*, p. 67, n° 84.

(320) Civ. Liège, 6 décembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 347.

(321) La déchéance est liée à la déclaration définitive de culpabilité, non au prononcé d'une peine, de sorte que le sursis ou la suspension du prononcé n'empêche pas la déchéance : N. DANDOY, « La réforme du divorce : les effets alimentaires », *o.c.*, p. 1076.

(322) N. DANDOY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2010) », *o.c.*, p. 996 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n° 1889 ; F. SWENNEN et F. APS, « De Echtscheidingswet 2007 », *o.c.*, p. 569.

(323) Cette absence de marge d'appréciation n'a pas été jugée discriminatoire par la Cour constitutionnelle : C. const., 7 mai 2015, n° 53/2015, *R.W.*, 2014-2015, p. 1639 (somm.). Pour une critique : C. VAN ROY, « De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting », *o.c.*, pp. 164-167, n°s 261-271.

(324) Civ. Liège, 17 novembre 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 590. Sous l'ancien droit, la pension provisionnelle avait fait débat et généré une abondante jurisprudence non privée de pertinence, notamment quant à la retenue nécessaire en raison de la répétabilité. Nous renvoyons le lecteur à l'édition précédente de l'ouvrage (même numéro).

débiteur potentiel prouve que le demandeur de pension est responsable de ses besoins, en ce sens que celui-ci résulte d'« une décision prise unilatéralement par lui, et sans que les besoins de la famille aient justifié ce choix », le juge peut refuser l'octroi de la pension ou accorder une pension réduite (art. 301, § 5)<sup>(325)</sup>. Tel sera le cas, par exemple, du conjoint apte à se procurer des revenus, mais qui a choisi seul de se consacrer à des activités non lucratives étrangères aux besoins de la famille.

Le juge aura notamment égard à la pension qu'il aurait pu accorder si, autre critère légal, le besoin du demandeur était la conséquence d'un choix *commun* opéré sur le plan de l'organisation de la famille (art. 301, § 3 ; *infra*, n° 495).

La charge de la preuve est lourde et les chances de « succès » assez faibles, s'agissant de l'organisation interne du couple et de la famille. De plus, certaine jurisprudence « présume » que pour des époux ayant de jeunes enfants, l'arrêt de travail de l'un est censé décidé en accord avec l'autre, surtout lorsque les revenus de ce dernier étaient supérieurs<sup>(326)</sup>. Le débiteur doit donc prouver que l'état le besoin du créancier lui est exclusivement imputable<sup>(327)</sup>, et ce dernier anticipera la preuve du contraire en établissant soit une décision commune de ne plus se procurer de revenus (arg. art. 301, § 3, al. 2), soit, si la décision était unilatérale, qu'il pourvoyait en nature aux besoins de la famille. Ces faits ne pourront toutefois être retenus que s'ils persistent après le divorce, privant le créancier d'aliments de son autonomie financière<sup>(328)</sup>.

## 2° Procédure

**491. Compétence matérielle.** L'ancienne compétence alimentaire du juge de paix a été remplacée par celle du tribunal de la famille.

La pension après divorce peut être demandée au tribunal dans la procédure de divorce, à titre accessoire, soit dans l'acte introductif d'instance, soit par voie de conclusions (art. 1254, § 1<sup>er</sup>, al. 5, et § 5,

(325) Civ. Arlon, 24 octobre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 444. Pour plus de détails, voy. not. : J.-C. BROUWERS, « La réforme du divorce (loi du 27 avril 2007) », *o.c.*, p. 603.

(326) Bruxelles, 17 février 2009, *T. Fam.*, 2009, p. 141, note F. SWENNEN.

(327) Bruxelles, 11 octobre 2012 et 10 juin 2011, inédits, cités par N. DANDOY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2014) », *o.c.*, p. 766, n° 31 et 32 (resp. demeurant en séjour illégal en Belgique et ne jamais avoir travaillé à un âge et dans un contexte où cela était possible) ; Bruxelles, 17 février 2009, précité (rejet de la demande) ; Civ. Louvain, 4 février 2008, *R.A.B.G.*, 2008, p. 709. Voy. pour plus de détails et d'autres exemples : I. MARTENS, *Onderhoudsuitkering tussen ex-echtgenoten na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk*, *o.c.*, pp. 97-109, n°s 139-156.

(328) A.-Ch. VAN GYSEL, « La pension après divorce pour cause de désunion irrémédiable : un essai de lecture », *o.c.*, pp. 93 et s.

C. jud.)<sup>(329)</sup>. Ou bien le tribunal statue en même temps que le divorce, ou bien il réserve à statuer pour ne pas différer le divorce. Il dispose des mêmes pouvoirs d'investigation quant aux ressources des parties que lorsqu'il statue au provisoire.

La demande pourra être introduite après le prononcé du divorce, par citation, requête contradictoire ou conjointe. Les demandes alimentaires sont des causes réputées urgentes (art. 1253ter/4, § 2, 4° C. jud) qui restent inscrites au rôle et peuvent être ramenées devant le tribunal, en saisine permanente, s'il y a des éléments nouveaux (art. 1253ter/7 C. jud.)<sup>(330)</sup>.

**492. Prescription.** Conformément au droit commun des obligations alimentaires, la dette naît de son besoin à partir du divorce, dès le jour où le jugement ou l'arrêt prononçant le divorce a acquis force de chose jugée, *si elle a été accordée en même temps que le divorce*, sous réserve de la prescription quinquennale de l'article 2277 du Code civil. Dans cette mesure, l'époux titulaire peut faire valoir ses droits longtemps après le divorce<sup>(331)</sup>.

Lorsque la pension est *demandée et accordée ultérieurement*, elle est due en principe à partir du jour de la demande. Cette précision est cruciale compte tenu de sa limitation de durée à celle du mariage (art. 301, § 4 ; *infra*, n° 498-1). Rien n'empêche toutefois le demandeur de solliciter, dans les limites de la prescription quinquennale, l'octroi d'une pension à titre rétroactif, au jour du prononcé définitif du divorce, en établissant que les conditions de son octroi étaient remplies dès ce jour.

### 3° Montant de la pension alimentaire

**493. Règlement conventionnel.** La loi autorise expressément et encourage implicitement les « époux » à conclure un accord, « à tout moment » (durant la procédure, après le divorce, pendant le mariage *in tempore non suspecto*<sup>(332)</sup>), sur l'octroi d'une pension alimentaire éventuelle, sur

(329) Civ. Malines, 14 février 2008, R.A.B.G., 2008, p. 719, note S. BROUWERS. Pour plus de détails : D. PIRE, « Le divorce pour désunion irrémédiable : un an d'application », *o.c.*, p. 50.

(330) V. WYART, « Une famille – un dossier – un juge », in *Le tribunal de la famille et de la jeunesse* (A.-C. VAN GYSEL dir.), Bruxelles/Limal, Larcier/Anthemis, 2014, pp. 123-124 ; D. PIRE, « Tribunal de la famille, compétence territoriale et dossier unique : 'une famille, un dossier, un juge' », *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, pp. 460-464.

(331) Cass., 25 mai 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 1165, *J.T.*, 1985, p. 77 ; rappr. : Civ. Bruxelles, 11 avril 1989, *J.T.*, 1990, p. 65 ; J.P. Tournai, 2 mai 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1229. Voy. : E. VIEUJEAN, « Les effets du divorce », *o.c.*, VI.3.1, n°s 1.16-1.18.

(332) C. VAN ROY, « De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting », *o.c.*, p. 140, n° 207. Voir avant le mariage : F. SWENNEN, « Over alimentatieovereenkomsten en echtscheiding (en ook een beetje over Odysseus) », *T.P.R.*, 2008, p. 1337.

le montant de celle-ci et sur les modalités selon lesquelles le montant convenu pourra être revu (art. 301, § 1<sup>er</sup>)<sup>(333)</sup>.

Ils ne sont pas liés par la durée du mariage ni par les causes de suppression ou de variabilité<sup>(334)</sup> légales (arg. tiré de l'art. 301, § 7, al. 1<sup>er</sup> *ab initio*). Sous l'empire de l'ancienne loi, la Cour de cassation admettait aussi que les époux dérogent aux règles protectrices de l'article 301 du Code civil, notamment à la limitation au 1/3 des revenus du débiteur<sup>(335)</sup>, et considérait que, la convention formant la loi des parties, la pension conventionnelle ne pouvait être modifiée si les parties n'avaient pas prévu de clause de révision ou de limitation<sup>(336)</sup>.

Si cet accord intervient en cours de procédure, les époux peuvent en demander conjointement l'homologation, mais celle-ci n'est pas nécessaire<sup>(337)</sup> (art. 301, § 1<sup>er</sup>, et § 9, al. 2 ; art. 1256, al. 1<sup>er</sup>, C. jud. ; *supra*, n° 458).

Une fois le divorce prononcé, les parties sont libres de disposer à titre définitif et transactionnel de la pension alimentaire après divorce, sans obligation d'homologation<sup>(338)</sup>. Une convention sous seing privé vaut jugement sur le plan de la force obligatoire<sup>(339)</sup>, mais pas sur celui de la force exécutoire<sup>(340)</sup>.

Une *renonciation* au droit à la pension alimentaire ne peut intervenir qu'après le divorce (art. 301, § 9, al. 1<sup>er</sup>)<sup>(341)</sup>. La *capitalisation* de la pension alimentaire obéit à un régime particulier (*infra*, n° 511).

(333) Pour une analyse approfondie : E. ALOFS, « De conventionele uitkering na echtscheiding : *durus consensus, sed consensus* ? », *N.F.M.*, 2014, p. 10 ; F. SWENNEN, « Over alimentatieovereenkomsten en echtscheiding (en ook een beetje over Odysseus) », *o.c.*, p. 1287.

(334) Si les parties ont fixé par convention les modalités selon lesquelles la pension pourra être révisée, le juge sera tenu de respecter celles-ci (J.-C. BROUWERS, « Dix questions controversées sur le terrain des effets alimentaires du divorce », *Act. dr. fam.*, 2008, p. 54 ; comp. : A.-Ch. VAN GYSEL, « La pension après divorce pour cause de désunion irrémédiable : un essai de lecture », *o.c.*, p. 111).

(335) Cass., 23 juin 2006, *Pas.*, 2006, p. 1486, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1125, *R.W.*, 2007-2008, p. 1198 (somm.).

(336) Cass., 30 juin 2006, *E.J.*, 2006, p. 149, note C. AERTS, *Pas.*, 2006, p. 1574, *R.A.B.G.*, 2007, p. 148, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1134, *R.W.*, 2007-2008, p. 1198.

(337) P. SENAËVE, « De echtscheidingswet gerepareerd en gewijzigd. Commentaar bij de wet van 2 juni 2010 », *T. Fam.*, 2010, p. 158. *Contra* : I. MARTENS, *Onderhoudsuitkering tussen ex-echtgenoten na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk*, *o.c.*, p. 358, n° 532.

(338) Cass., 9 septembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 709, *Div. Act.*, 1995, p. 123, note J. ROODHOFFT, *R.W.*, 1994-1995, p. 1070 ; C. VAN ROY, « De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting », *o.c.*, pp. 137-138, n° 201.

(339) Cass., 8 mai 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 784, *R. Cass.*, 1992, p. 152, note J. GERLO, *R.W.*, 1992-1993, p. 462, note, *Rev. trim. dr. fam.*, 1993, p. 478 ; N. DANDOY, « La réforme du divorce : les effets alimentaires », *o.c.*, p. 1068.

(340) Cela peut justifier une homologation judiciaire demandée par les parties, ou le choix d'une convention notariée.

(341) Pour plus de détails : N. DANDOY, « La pension alimentaire après divorce : limites conventionnelles », *Rev. not. belge*, 2008, pp. 426 et s. *Contra*, sous l'ancien droit : Bruxelles, 29 mars 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 428, note J.-L. RENCHON. Pour une critique : A.-Ch. VAN GYSEL,

**494. Règlement judiciaire. Critères légaux.** La méthode de détermination du montant de la pension alimentaire était empirique et le demeure après la réforme de 2007. Elle favorise une approche individualisée des situations, au détriment parfois de la prévisibilité<sup>(342)</sup>. La doctrine guide l'office des juges par des propositions de systématisation du raisonnement<sup>(343)</sup> et des affinements réguliers des critères légaux appliqués par la jurisprudence<sup>(344)</sup>, accompagnés de tableaux barémiques<sup>(345)</sup>. Des méthodes objectives et informatisées ont également été proposées<sup>(346)</sup>, mais n'ont pas reçu d'adhésion significative en jurisprudence<sup>(347)</sup>.

La loi du 27 avril 2007 définit avec beaucoup plus de précision qu'antérieurement les critères de calcul et les limites dont le juge doit tenir compte, sans brider son pouvoir d'appréciation. On peut augurer une cohérence croissante de la jurisprudence, justifiant le maintien de l'appréciation *in concreto*.

#### (i) Le créancier

**495. Standard de référence : au minimum la couverture de l'état de besoin.** La première étape du calcul du montant de la pension alimentaire

« Quelques questions au sujet de la pension alimentaire après divorce », in *Divorce et aliments* (Y.-H. LELEU dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 139.

(342) *Contra* : N. GALLUS, in *Précis de droit de la famille* (A.-C. VAN GYSEL dir.), 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 521.

(343) Voy. not. F. SWENNEN, « Hocus pocus alimentatie (art. 301 BW) », *T. Fam.*, 2009, p. 147.

(344) Sur la jurisprudence postérieure à la réforme : I. MARTENS, « Deux ans d'application du droit alimentaire après divorce pour cause de désunion irrémédiable et du droit transitoire », *o.c.*, p. 185.

(345) Voy. les analyses de jurisprudence de N. DANDOY : « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse de décisions de jurisprudence (juin 2001-juin 2002) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 587 ; « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence », *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 29 ; « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence », *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 883 ; « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence (Année 2005) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 999 ; « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle (2006) de décisions de jurisprudence », *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 987 ; « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse annuelle (2008) de décisions de jurisprudence », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1105 ; « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse annuelle (2009) de décisions de jurisprudence », *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 1011 ; N. DANDOY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2010) », *o.c.*, p. 987 ; N. DANDOY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2012) », *o.c.*, p. 907.

(346) Ex. : logiciel *Alibel* (Bruxelles, Larcier) (pension entre ex-époux) ; J. ROODHOFT, *De gerechtere-lijke begroting van de onderhoudsuitkeringen tussen ex-echtgenoten*, Anvers, Kluwer, 1997 et « Une méthode d'évaluation objective des pensions alimentaires après divorce », in *L'argent pour vivre : vers une réforme de l'obligation alimentaire* (A.-Ch. VAN GYSEL éd.), Bruxelles, Kluwer, 2000, p. 109.

(347) Comp. : Mons, 17 février 2004, *J.T.*, 2004, p. 482 (somm.) ; Bruxelles, 21 décembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 685 ; J.P. Westerlo, 31 janvier 1997, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 137, note B. POELEMANS, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 595 (somm.), R.W., 1997-1998, p. 1509 ; J.P. Westerlo, 24 janvier 1996, *E.J.*, 1996, p. 38, note J. ROODHOFT. En ce qui concerne les contributions alimentaires en faveur des enfants : *infra*, n° 789.

est la détermination du seuil à atteindre, le « standard de référence »<sup>(348)</sup>. La loi prescrit que la pension alimentaire doit couvrir *au moins* l'« état de besoin » du bénéficiaire (art. 301, § 3, al. 1<sup>er</sup>).

Ce critère évoque de manière critiquable le droit commun des aliments, mais porte un message d'une grande importance sociologique : le mariage n'est plus source de revenus futurs entre ex-époux et l'indépendance financière individuelle des ex-conjoints doit être recherchée.

L'obligation alimentaire fondée sur l'article 301 du Code civil demeure toutefois une obligation alimentaire dite « étendue »<sup>(349)</sup>.

D'abord parce que la notion d'état de besoin est toujours *relative* en droit des aliments. Elle dépend de la situation sociale<sup>(350)</sup> et des besoins réels de chaque personne, et dans une certaine mesure et à certaines conditions du train de vie du débiteur potentiel d'aliments<sup>(351)</sup>. Les besoins du créancier ont pu se révéler pendant ou avoir été causés par la vie commune, tandis que la séparation peut les avoir cristallisés et souvent aggravés.

Ensuite parce la loi prescrit que la pension alimentaire doit couvrir *au moins* l'état de besoin de son bénéficiaire (art. 301, § 3). Elle peut donc être portée à un montant significativement supérieur à la couverture de l'état de besoin à condition qu'il y ait eu une « dégradation significative de la situation économique du créancier », notion encadrée par des critères légaux examinés ci-après<sup>(352)</sup>.

En raison de ces paramètres, les critiques adressées à la réforme de 2007, notamment celle qu'elle réduirait le créancier au minimum vital, n'étaient pas fondées. Il est cependant exact que le législateur s'est

(348) *Referentiestandaard* selon la doctrine néerlandophone : F. SWENNEN, *Het personen- en familie-recht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 370-371.

(349) En ce sens : Bruxelles, 29 juin 2009, *Act. dr. fam.*, 2010, p. 14, note G. HIERNAUX ; Bruxelles, 8 mai 2009, *Act. dr. fam.*, 2010, p. 14, note G. HIERNAUX ; Civ. Nivelles, 13 mai 2008, *Act. dr. fam.*, 2008, p. 190, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1221 ; J.-C. BROUWERS, « La réforme du divorce (loi du 27 avril 2007) », o.c., p. 598 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familie-recht*, o.c., n° 1900 ; K. VERSTRAETE, « Hervorming echtscheidingsrecht. Wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van echtscheiding », o.c., p. 639. *Contra* : J.P. Fontaine-l'Évêque, 16 octobre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 168 ; J.P. Forest, 7 mai 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1234 ; N. GALLUS, in *Précis de droit de la famille* (A.-Ch. VAN GYSEL dir.), 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 523-524 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « La pension après divorce pour cause de désunion irrémédiable : un essai de lecture », o.c., p. 104.

(350) Cass., 8 juin 2012, *Pas.*, 2012, p. 1331, *T. Fam.*, 2013, p. 104, note C. VAN ROY, R.A.B.G., 2013, p. 938, note E. ALOFS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 979 (somm.) ; Cass., 12 octobre 2009, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 199, note (critique) A.-Ch. VAN GYSEL, *J.T.*, 2010, p. 131, *J.L.M.B.*, 2010, p. 306, *T. Fam.*, 2010, p. 71, note (critique) C. VAN ROY ; F. SWENNEN, *Het personen- en familie-recht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 371, n° 624 ; N. DANDOY, « Première interprétation, par la Cour de cassation, de la portée de la pension alimentaire après divorce », note sous Cass., 12 octobre 2009, *R.C.J.B.*, 2010, p. 488.

(351) N. GALLUS, in *Précis de droit de la famille* (A.-Ch. VAN GYSEL dir.), 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 523.

(352) J.P. Forest, 7 mai 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1234 ; J.P. Wavre, 21 février 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 503.

distancié de l'ancien critère d'équivalence des conditions de vie, idéaliste et irréaliste, car il prolongeait les effets d'un mariage dissous et faisait abstraction de la limitation légale au 1/3 des revenus du débiteur<sup>(353)</sup>.

Pour élever les ressources globales du créancier, pension incluse, à un montant supérieur au seuil de l'état de besoin, le juge doit « tenir compte » de la « dégradation significative de la situation économique du bénéficiaire » (art. 301, § 3, al. 2)<sup>(354)</sup>. En l'absence de dégradation significative, le débiteur ne doit couvrir que les besoins *normaux* du créancier s'il n'y parvient pas lui-même<sup>(355)</sup>.

La loi ne définit pas la dégradation économique ni impose au juge de la compenser totalement<sup>(356)</sup>. Il doit seulement « en tenir compte » si elle est avérée et significative. Le juge exprimera généralement la dégradation significative en termes de différentiel entre, d'une part, les revenus actuels et virtuels du créancier, et, d'autre part, ses revenus théoriques si sa carrière n'avait pas été affectée par des événements survenus pendant le mariage<sup>(357)</sup>. Cette appréciation est très aléatoire pour les mariages de longue durée, car la carrière linéaire est hypothétique<sup>(358)</sup>, et encore plus complexe si l'on y intègre les droits à la pension de retraite.

Pour affiner la manière dont le juge tiendra compte de la dégradation significative, la loi recommande de se fonder, notamment, sur la durée du mariage<sup>(359)</sup>, l'âge des parties, leur comportement durant le

(353) Voy. la 1<sup>re</sup> édition de cet ouvrage, n° 492.

(354) J.P. Fontaine-l'Évêque, 16 octobre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 168 (absence de dégradation, les époux n'ayant vécu ensemble que deux mois et demi) ; Civ. Malines, 14 février 2008, *R.A.B.G.*, 2008, p. 719, note S. BROUWERS.

(355) Civ. Bruxelles, 29 juillet 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 191 (mari demandeur architecte peu transparent sur ses ressources nettes). La Cour de cassation rappelle que l'époux « dans le besoin » au sens de l'article 301, § 2, du Code civil n'est pas « dans un état de besoin » au sens de l'article 301, § 3, en sorte qu'il ne peut nécessairement prétendre à une pension après divorce (Cass., 6 février 2014, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 238, *J.L.M.B.*, 2015, p. 200, note, *T. Fam.*, 2014, p. 97, note P. SENAËVE, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 518 (somm.))

(356) N. DANDOY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2014) », *o.c.*, p. 774, n° 58.

(357) La méthode de comparaison des disponibles en vue de leur rapprochement, ou celle des dépenses à supporter par le créancier avant et après le mariage, n'est pas recevable, dans cette logique alimentaire. Comp. : N. DANDOY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2012) », *o.c.*, p. 933, n° 72 et p. 934, n° 77 ; N. DANDOY, « Pension après divorce : que signifie et qu'implique la « dégradation significative de la situation économique du bénéficiaire? » », note sous Civ. Bruxelles, 29 juillet 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 191.

(358) Ce qui justifie la position actuelle de la Cour de cassation qui autorise à apprécier le seuil de référence à l'aune du train de vie mené pendant le mariage (Cass., 6 mars 2014, *infra*, au texte).

(359) Cass., 15 mars 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 658, obs., *R.W.*, 1991-1992, p. 45, note, *J.T.*, 1991, p. 792, *Rev. trim. dr. fam.*, 1993, p. 467 ; Civ. Bruxelles, 4 novembre 1970, *J.T.*, 1971, p. 184 ; J.P. Merbesle-Château, 20 décembre 1989, *J.J.P.*, 1991, p. 103 ; J.P. Hannut, 30 octobre 1973, *J.L.*, 1973-1974, p. 207.

mariage<sup>(360)</sup> quant à l'organisation de leurs besoins<sup>(361)</sup> et la charge des enfants<sup>(362)</sup> pendant la vie commune ou après celle-ci (art. 301, § 3, al. 2). Ainsi, par référence à l'âge des parties, le juge pourrait conclure à l'absence de dégradation significative dans le chef d'une jeune épouse que le mariage a « déclassé » professionnellement en raison d'une interruption de carrière, mais qui conserve suffisamment de possibilités professionnelles. De même, par référence à la charge des enfants, le juge pourrait conclure à l'absence de dégradation significative si le nombre d'enfants ne justifiait pas l'ampleur du retrait professionnel de l'épouse.

Le juge peut tenir compte d'autres facteurs (par ex. la maladie), l'énumération de l'article 301, § 3, alinéa 2, n'étant qu'exemplative.

**495-1. Dégradation significative en raison du mariage ou en raison du divorce ?** La notion de « dégradation » suppose une comparaison, dont deux termes sont possibles : dégradation à cause du mariage (pension économique couvrant des besoins normaux du créancier), dégradation à cause du divorce (pension compensatoire de la disparité des niveaux de vie couvrant des dépenses légitimes du créancier).

Dans l'esprit du législateur de 2007, la dégradation significative visait la perte par le débiteur, en raison du *mariage* et non du *divorce*, de facultés de promériter des revenus suffisants pour tendre vers l'autonomie financière, voire vers une certaine aisance, par exemple parce que, suite à une décision commune, ce conjoint a abandonné ou interrompu une carrière professionnelle sans rattrapper le retard encouru<sup>(363)</sup>, et consacré entretemps de l'énergie à d'autres tâches communes, ou parfois à la carrière ou la profession de son mari.

(360) Des événements postérieurs au divorce ne sont pas pris en considération, mais pourraient, le cas échéant, être appréciés dans le cadre d'une demande de révision de la pension (Civ. Bruxelles (14<sup>e</sup> ch.), 20 avril 2010, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 34 - licenciement pour faute grave du créancier après le divorce).

(361) Bruxelles, 24 octobre 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 132. Certains auteurs estiment que ces termes recouvrent la notion de « niveau de vie » et admettent que le juge pourrait accorder une pension alimentaire à un époux qui dispose de moyens de subsistance raisonnables, au seul motif que durant la vie commune, les époux menaient, grâce aux revenus de l'autre conjoint, un niveau de vie plus élevé – ce serait perpétuer le devoir de secours entre époux, *contra rationem legis* (en ce sens : N. DANDOY, « La réforme du divorce : les effets alimentaires », *o.c.*, p. 1079 ; rapp. en ce sens : Cass., 12 octobre 2009, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 199, note A.-Ch. VAN GYSEL, *J.T.*, 2010, p. 131, *J.L.M.B.*, 2010, p. 306, *T. Fam.*, 2010, p. 71, note (critique) C. VAN ROY ; *contra* : Civ. Bruxelles, 4 mars 2009, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 75).

(362) Bruxelles, 7 mai 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 1025 (rejet de l'argument lié aux soins à fournir aux enfants pour ne pas devoir occuper un emploi) ; Civ. Namur, 10 mars 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 872 (charge des deux enfants dès la séparation) ; Civ. Bruxelles, 30 novembre 2010, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 36 (justification du maintien de l'emploi à temps partiel par la charge des enfants).

(363) Bruxelles, 6 novembre 2012, *inédit*, cité par N. DANDOY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2014) », *o.c.*, p. 771, n° 47 (dégradation significative malgré une reprise de carrière).

Dans cette optique, la pension alimentaire compense le préjudice de carrière lié à la vie commune<sup>(364)</sup>, notamment si le régime matrimonial est en défaut de le faire<sup>(365)</sup> (ex. : laborantine, l'épouse a consacré son temps au foyer et à la profession de son mari et ne peut pas reprendre sa carrière au niveau qu'elle aurait (théoriquement) atteint).

Si la carrière professionnelle du demandeur n'a pas été affectée par le mariage ou s'il a entamé une nouvelle carrière après l'interruption d'une première<sup>(366)</sup>, aucune pension n'est due, quel qu'ait été le niveau de revenus (supérieur) de l'autre conjoint, sauf circonstances particulières (ex. enseignante, l'épouse a continué de travailler ou n'a pas été significativement affectée par des interruptions de carrière suivies de retour au cadre).

Exceptionnellement, le divorce pourrait améliorer la situation financière des époux, par exemple en cas de mauvaise gestion conjointe des affaires, ou par l'effet de l'imposition comme isolés si les revenus sont très bas<sup>(367)</sup>.

Une importante controverse a divisé jurisprudence et doctrine quant au terme de la comparaison<sup>(368)</sup>. Par deux arrêts des 12 octobre

(364) Voy. à ce sujet : E. ALOFS, « Het echtscheidingsrisico in België », *o.c.*, p. 24 et « Het echtscheidingsrecht en -risico in historisch perspectief », in *Een leven van inzet. Liber amicorum Michel Magits* (D. DE RUYSSCHER, P. DE HERT en M. DE METSENAERE éd.), Mechelen, Kluwer, 2012, p. 77 ; Y.-H. LELEU, « Het nieuwe echtscheidingsrecht : volgzzaam en toch vooruitstrevend », *o.c.*, n° 21.

(365) Voy. à ce sujet : Y.-H. LELEU, *Les collaborations économiques au sein des couples séparatistes : pour une indemnisation des dommages collaboratifs envers et contre tous choix*, *o.c.*

(366) J.P. Tournai, 18 juin 2013, *inédit*, cité par N. DANDOY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2014) », *o.c.*, p. 771, n° 47.

(367) N. DANDOY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2012) », *o.c.*, p. 936, n° 79 et la jurisprudence inédite citée.

(368) Pour une comparaison entre la situation *avant et après le mariage* : Bruxelles, 17 février 2009, *T. Fam.*, 2009, p. 141, note F. SWENNEN ; Civ. Arlon, 5 septembre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 434 ; J.P. Thuin, 9 janvier 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 1046, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 191 ; J.P. Wavre, 2 décembre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 173 ; J.P. Fontaine-l'Évêque, 22 mai 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1385, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1243 ; J.P. Forest, 7 mai 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1234 ; J.P. Wavre, 21 février 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 50 ; N. DANDOY, « La réforme du divorce : les effets alimentaires », *o.c.*, p. 1079 ; N. GALLUS, in *Précis de droit de la famille*, A.-C. VAN GYSEL (dir.), 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 527 ; I. MARTENS, « De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting », *o.c.*, p. 75, n° 99 ; F. SWENNEN et F. APS, « De Echtscheidingswet 2007 », *o.c.*, p. 570 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « La pension après divorce pour cause de désunion irrémédiable : un essai de lecture », *o.c.*, p. 106 ; C. VAN ROY, « De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting », *o.c.*, p. 181, n° 302. Pour une comparaison entre la situation *avant et après le divorce* : Mons, 16 mars 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 652 ; Liège, 7 février 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 1021 ; Liège, 8 mars 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 150 ; Bruxelles, 29 juin 2009, *Act. dr. fam.*, 2010, p. 14, note G. HIERNAUX ; Bruxelles, 8 mai 2009, *Act. dr. fam.*, 2010, p. 14, note G. HIERNAUX ; Civ. Bruxelles, 4 mars 2009, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 75 ; Civ. Nivelles, 13 mai 2008, *Act. dr. fam.*, 2008, p. 190, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1221 (la dégradation qu'entraîne le divorce) ; Civ. Nivelles, 26 février 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 481, note N. DANDOY ; Civ. Malines, 14 février 2008, *R.A.B.G.*, 2008, p. 719, note S. BROUWERS (dégradation survenue pendant le mariage et suite au divorce) ; J.P. Liège, 7 mars 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1228 (dégradation survenue pendant le mariage et suite au divorce) ; J.P. Liège, 17 décembre 2007, *J.J.P.*, 2010, p. 237 ; J.-C. BROUWERS, « La réforme du divorce (loi du 27 avril 2007) », *o.c.*,

2009 et 8 juin 2012, la Cour de cassation a prescrit que le juge devait tenir compte non seulement de la dégradation de la situation économique du bénéficiaire résultant des choix opérés par les époux durant la vie commune, mais aussi de la dégradation significative de sa situation économique en raison du divorce. Elle ajoutait que pour fixer le montant de la pension alimentaire, le juge pouvait notamment tenir compte du *niveau de vie des parties pendant le mariage*<sup>(369)</sup>.

Outre l'ambiguïté du dispositif qui n'exclut pas l'appréciation de la dégradation liée aux choix de la vie commune, la Cour prolongeait sans conditions et *contra rationem legis* le devoir de secours entre époux, comme dans l'ancien droit.

Cette jurisprudence a été suivie par une partie de la jurisprudence de fond qui s'en remettait explicitement au train de vie antérieur en avalisant ou en amendant un budget soumis par le créancier, dont certains postes ne trouvaient leur justification qu'en raison du vécu conjugal<sup>(370)</sup>.

Pour accroître la prévisibilité des solutions, la Cour de cassation a précisé par un arrêt du 6 mars 2014 que le juge *peut* tenir compte de la dégradation significative de la situation économique en raison du divorce « lorsque des raisons particulières existent à cet égard, comme la très longue durée du mariage ou l'âge avancé du bénéficiaire »<sup>(371)</sup>.

Ainsi, une pension qui serait sollicitée sur la seule base de la diminution du train de vie en raison du divorce ne sera octroyée que dans ce genre de circonstances, souvent bien compréhensibles<sup>(372)</sup> et logiques d'un point de vue économique<sup>(373)</sup>. Et encore la Cour n'impose pas que

p. 604. *Adde* la jurisprudence inédite citée par N. DANDROY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2012) », *o.c.*, pp. 934-935, n° 76-78 et la jurisprudence inédite néerlandophone citée par C. VAN ROY, « De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting », *o.c.*, p. 183, note 158.

(369) Cass., 12 octobre 2009, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 199, note (critique) A.-Ch. VAN GYSEL, *J.T.*, 2010, p. 131, *J.L.M.B.*, 2010, p. 306, *T. Fam.*, 2010, p. 71, note (critique) C. VAN ROY, *R.C.J.B.*, 2010, p. 470, note N. DANDROY, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 553, note N. DANDROY ; Cass., 8 juin 2012, *Pas.*, 2012, p. 1331, *T. Fam.*, 2013, p. 104, note C. VAN ROY, *R.A.B.G.*, 2013, p. 938, note E. ALOFS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 979 (somm.).

(370) Méthode dite du « besoin relatif » : N. DANDROY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2012) », *o.c.*, p. 930, n° 64. Ex. : Bruxelles, 15 octobre 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 835 ; Bruxelles, 12 janvier 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 1009 ; Bruxelles, 29 juin 2009, *Act. dr. fam.*, 2010, p. 14, note G. HIERNAX ; Civ. Brabant Wallon, 13 mai 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 890.

(371) Cass., 6 mars 2014, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 246, note J.-C. BROUWERS, *J.L.M.B.*, 2015, p. 201, note, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 519, note, *T. Fam.*, 2014, p. 104, note C. VAN ROY. Pour une application, voy. Anvers, 23 décembre 2014, *T. Fam.*, 2015, p. 152, note E. LANCKSWERDT.

(372) En ce sens : J.-C. BROUWERS, « La référence au niveau de vie existant au cours de la cohabitation conjugale et la pension alimentaire après divorce », note sous Cass., 6 mars 2014, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 250.

(373) Un long mariage et un divorce à un âge avancé font concorder l'ampleur du préjudice professionnel lié au mariage, les chances moindres de reclassement professionnel, et la possibilité pour le créancier d'avoir pu augmenter ses revenus, et économiser ceux-ci s'il est en séparation de biens. De plus ces

le montant alloué tende au maintien des conditions de vie connues durant le couple<sup>(374)</sup> (ex. : enseignante, l'épouse n'a pas été significativement affectée par des interruptions de carrière suivies de retour au cadre, mais elle a 60 ans, et peut réclamer une pension qui prolonge dans une certaine mesure, pas en totalité, les conditions de vie connues durant le mariage ; ex : laborantine, l'épouse a consacré son temps au foyer et à la profession de son mari et ne peut reprendre sa carrière au niveau qu'elle aurait (théoriquement) atteint parce qu'elle a 60 ans – elle peut prétendre à une pension conférant non seulement le revenu théorique lié à son ancienneté dans une carrière linéaire, mais en plus un revenu destiné à prolonger tout ou partie les conditions de vie du mariage).

Il est bien évident que l'élévation de la pension vers le train de vie passé n'est possible que si les revenus du débiteur sont largement suffisants pour fournir ce surplus, nonobstant les coûts liés à la vie séparée et la limitation de la pension au 1/3 des revenus du débiteur

**495-2. Ressources personnelles et charges.** Pour déterminer le montant de la pension, le juge prend en considération les revenus et les possibilités du créancier, qui lui permettent d'atteindre lui-même tout ou partie du standard de référence (art. 301, § 3, al. 2). Se dégage de l'examen des pièces financières du dossier<sup>(375)</sup> le complément nécessaire, que le juge confrontera aux revenus et possibilités du débiteur. La pension alimentaire ne peut pas être supérieure à ce qui manque au créancier pour atteindre lui-même ce standard de référence<sup>(376)</sup>.

Entrent sous la notion de *revenus*, les revenus actuels<sup>(377)</sup> de toute nature, tant du travail que du capital<sup>(378)</sup>, nets de charges, notamment

---

circonstances rendent difficile la comparaison entre les ressources actuelles et les ressources théoriques du créancier s'il ne s'était pas marié ou avait poursuivi une carrière linéaire durant le mariage. Dans le même sens, anticipant les critères de l'arrêt de 2014 : F. SWENNEN, note sous Bruxelles, 17 février 2009, *T. Fam.*, 2009, p. 152 ; C. VAN ROY, « De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting », *o.c.*, p. 184, n° 307.

(374) N. DANDOY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2014) », *o.c.*, p. 769, n° 40. En ce sens déjà : I. MARTENS, *Onderhoudsuitkering tussen ex-echtgenoten na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk*, *o.c.*, p. 170, n° 231.

(375) Le juge décide souverainement en fait si la production de certaines pièces est nécessaire pour rendre son jugement (Cass., 24 juin 2011, *T. Fam.*, 2012, p. 151, note W. VANDENBUSSCHE et I. SAMOY).

(376) F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 373, n° 625.

(377) Cass., 14 septembre 2012, *Pas.*, 2012, p. 1682, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 758 (somm.); Cass., 7 juin 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 466. Sur l'indexation de ces revenus lorsque la pension est demandée longtemps après le divorce (possible, mais pas si la pension est rétroactive) : Cass., 5 mars 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 155.

(378) Bruxelles, 24 juin 2013, inédit, cité par N. DANDOY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2014) », *o.c.*, p. 778, n° 73 (non obligation de louer la villa de vacances de la créancière à Majorque sauf la *guest-house*) ; Bruxelles, 28 avril 2010, *R.W.*, 2012-2013, p. 1215 (non-obligation d'une créancière de 63 ans de rénover une partie de la ferme pour la louer).

fiscales<sup>(379)</sup>, sachant que la pension est taxée à concurrence de 80 % de son montant dans le chef du créancier<sup>(380)</sup>. Les avantages en nature<sup>(381)</sup> et les revenus pouvant être tirés d'une société<sup>(382)</sup> sont pris en considération.

L'avantage financier que le créancier trouve dans une cohabitation avec un tiers exerce une incidence positive indirecte sur ses ressources, à raison de la diminution de certaines charges<sup>(383)</sup> (*infra*, n° 793).

Plus encore que par le passé, le juge doit tenir compte au titre des « possibilités », d'abord celles d'acquérir des revenus<sup>(384)</sup> ou autres<sup>(385)</sup>. Un des objectifs de la réforme de 2007 est de réduire les occurrences de

(379) Cass., 13 octobre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 816, R.W., 1995-1996, p. 28, *Div. Act.*, 1997, p. 30, obs. A.-Ch. VAN GYSEL. Sur les ambiguïtés de la jurisprudence à ce propos : N. DANDOY, « Critères et méthodes de calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce », *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 593. Le sucroît d'impôts dans le chef du créancier, que le débiteur est condamné à prendre en charge à titre alimentaire, est lui-même alimentaire, et donc déductible et imposable, ce qui nécessite un calcul itératif complexe (D. PIGNOLET, « Déduction des impôts dus sur les rentes alimentaires, à titre d'aliments au sens de l'article 104, 1° du CIR 92 », note sous Civ. Nivelles, 13 mai 2013, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 201).

(380) Bruxelles, 12 janvier 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 1009 ; Civ. Malines, 14 février 2008, R.A.B.G., 2008, p. 719, note S. BROUWERS ; J.P. Jette, 27 août 2009, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 193 ; Bruxelles, 6 mai 2010, inédit, cité par N. DANDOY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2012) », *o.c.*, p. 924, n° 48 (ajout du bénéfice fiscal aux revenus nets du débiteur). Sur l'impact de la fiscalité dans le calcul de la pension alimentaire, voy. not. : C. AERTS, « Fiscaalrechtelijke aspecten », in *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten* (P. SENAEVE et C. AERTS éd.), Antwerpen, Intersentia, 2006, p. 103 ; J.-E. BEERNAERT, « Les rentes alimentaires et leur incidence fiscale », *J.J.P.*, 2005, p. 413, « Les rentes alimentaires et leur incidence fiscale », *Rev. dr. U.L.B.*, 2004, vol. 29, p. 221 et « Le régime fiscal des rentes alimentaires », in *L'argent pour vivre : vers une réforme de l'obligation alimentaire* (A.-Ch. VAN GYSEL éd.), Bruxelles, Kluwer, 2000, p. 155 ; M.-C. VALSCHAERTS, « La fiscalité familiale », *Rép. not.*, t. XV, I. IV/1, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 119 et s, n°s 192-231.

(381) Dans le même sens à propos de l'obligation parentale d'entretien (art. 203, art. 1321 C. jud.) : Cass., 8 octobre 2012, *Pas.*, 2012, p. 1862, *T. Fam.*, 2013, p. 93, note T. VERCRUYSSSE, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 813 (somm.).

(382) Cass., 30 septembre 2011, *Pas.*, 2011, p. 2117, R.G.D.C., 2012, p. 208, note V. MAKOW, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 32, note A.-C. VAN GYSEL, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1700, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 148, R.W., 2012-2013, p. 819 (somm.) ; Cass., 8 septembre 2011, *Pas.*, 2011, p. 1905, R.W., 2012-2013, p. 339 (somm.).

(383) Liège, 25 octobre 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1009 ; Liège, 1<sup>er</sup> octobre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 163 ; Anvers, 8 avril 2003, *NjW*, 2003, p. 1265, note RdC, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 778 (somm.) ; J.P. Molenbeek-Saint-Jean, 13 avril 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1218. En France : Cass., 21 février 2001, *D.*, 2002, p. 339, note.

(384) Cass., 29 novembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2156, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 424 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 857, R.W., 2008-2009, p. 1600 (somm.) (mesures provisoires) ; Cass., 17 octobre 2002, *E.J.*, 2003, p. 2, note M. TRAEST, *J.T.*, 2003, p. 200 (somm.), R.W., 2002-2003, p. 1507, note B. VOLDERS, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1135, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 341, notes M. FALLON et N. DANDOY ; Bruxelles, 17 février 2009, *T. Fam.*, 2009, p. 141, note F. SWENNEN ; Civ. Arlon, 9 juillet 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 431 ; Civ. Nivelles, 13 mai 2008, *Act. dr. fam.*, 2008, p. 190, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1221 ; Civ. Arlon, 9 juillet 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 168 ; Civ. Louvain, 4 février 2008, R.A.B.G., 2008, p. 709 ; I. MARTENS, « De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting », *o.c.*, p. 78, n° 99.

(385) Liège, 5 avril 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 154 (intérêts du capital à revenir de la vente d'un immeuble) ; Civ. Bruxelles, 3 novembre 2010, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 36 (ancien immeuble conjugal attribué à l'épouse, trop grand pour elle et à rentabiliser) ; Civ. Bruxelles, 29 août 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 580 (dans le chef du créancier).

liens alimentaires pour encourager l'autonomie financière (croissante) des créanciers d'aliments traditionnels, à savoir les ex-épouses. Une femme au foyer diplômée ou ayant des qualifications sera invitée à exercer une/sa profession<sup>(386)</sup> dans un délai raisonnable, sauf circonstances exceptionnelles<sup>(387)</sup>, à défaut de quoi son aptitude théorique à promériter un revenu sera virtuellement incluse dans le calcul et influencera négativement le montant de la pension alimentaire<sup>(388)</sup>, voire entraînera un refus d'octroi ou une diminution de la pension si le choix de ne pas travailler était unilatéral et non fait dans l'intérêt de la famille (*supra*, n° 490). La négligence à faire valoir ses droits au chômage est pareillement sanctionnée<sup>(389)</sup>, de même qu'un départ volontaire anticipé à la retraite<sup>(390)</sup>.

Ensuite, le juge doit intégrer l'obligation du créancier à rendre productifs les *capitaux* qui ne le sont pas<sup>(391)</sup>, en particulier ses parts dans les sociétés qu'il gère et qui réinvestissent leurs bénéfiques<sup>(392)</sup>. Sont virtuels, les revenus de la part du créancier dans le solde de liquidation du régime matrimonial<sup>(393)</sup>, liquidation qui *ex lege* peut influencer le montant de la pension (*infra*, n° 500).

Si les aliments que le créancier pourrait obtenir de ses *parents* n'entrent en principe pas en considération car l'obligation alimentaire de l'ex-époux est prioritaire (*infra*, n° 825), la Cour de cassation autorise le juge à intégrer l'aide financière venant de tiers<sup>(394)</sup> ou une allocation

(386) Liège, 5 avril 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 154 (exercice antérieur au mariage d'une activité professionnelle pendant 20 ans). Comp. : Liège, 8 mars 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 150 (conjointe aidante d'un agriculteur sans qualifications) ; Bruxelles, 28 avril 2010, *R.W.*, 2012-2013, p. 1215 (ancien droit ; absence de qualifications à 63 ans).

(387) Mons, 26 juin 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 268 (raisons de santé).

(388) Anvers, 11 avril 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 694, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 176 (somm.) ; Mons, 8 novembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 663 ; Civ. Arlon, 5 septembre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 434 ; Civ. Liège (réf.), 22 décembre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 571 ; Civ. Bruxelles, 8 juin 1999, *Div. Act.*, 1999, p. 108, note A.-Ch. VAN GYSEL ; Civ. Bruxelles (réf.), 7 juin 1996, *J.T.*, 1997, p. 83, *Div. Act.*, 1997, p. 71, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 614 ; Civ. Bruxelles, 10 septembre 1996, *J.J.P.*, 1997, p. 87. Comp. : Bruxelles, 10 octobre 2000, *Div. Act.*, 2001, p. 66, note P. GEORGIN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 669, note M. FALLON.

(389) J.P. Tournai, 8 janvier 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1155, note S. T.

(390) Cass., 27 janvier 2014, *NjW*, 2014, p. 270, note E. ADRIAENS, *R.A.B.G.*, 2014, p. 1014, note E. ALOFS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 517 (somm.), *R.W.*, 2014-2015, p. 507 (somm.).

(391) Cass., 17 octobre 2002, *E.J.*, 2003, p. 2, note M. TRAEST, *J.T.*, 2003, p. 200 (somm.), *R.W.*, 2002-2003, p. 1507, note B. VOLDERS, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1135, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 341, notes M. FALLON et N. DANDROY ; Bruxelles, 2 octobre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1144, note.

(392) Anvers, 4 décembre 2002, *NjW*, 2003, p. 742, note RdC, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 778 (somm.).

(393) Bruxelles, 24 octobre 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 132. Rappr., à propos d'un héritage à recevoir : J.P. Grâce-Hollogne, 17 avril 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1507, note. En ce sens : C. VAN ROY, « De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting », *o.c.*, p. 200, n° 352.

(394) Cass., 15 septembre 2006, *R.A.B.G.*, 2007, p. 241, note R. VERBEKE, *R.W.*, 2006-2007, p. 1758, note F. SWENNEN, *T. Fam.*, 2007, p. 51, note P. SENAËVE (aide des parents dans la charge de l'emprunt hypothécaire) ; Bruxelles, 12 janvier 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 1009, *J.L.M.B.*, 2012, p. 401.

accordée à une personne handicapée<sup>(395)</sup>. Par contre le revenu d'intégration sociale n'est pas inclus dans les ressources car il sert à compléter une insuffisance de ressources, en ce compris des créances alimentaires<sup>(396)</sup>. Les allocations familiales et les contributions alimentaires au profit des enfants ne sont pas non plus prises en considération<sup>(397)</sup>.

Enfin, le juge ne doit pas tenir compte de modifications futures et incertaines des ressources du bénéficiaire<sup>(398)</sup>, mais pourrait dans leur attente donner une nature provisionnelle à tout ou partie de la pension<sup>(399)</sup>. Il se place au jour du prononcé de la pension alimentaire, même si des modifications de revenus ou charges sont intervenues depuis le prononcé du divorce<sup>(400)</sup>.

**495-3. Modalités liées à la situation du créancier.** Le juge peut décider, le cas échéant, que la pension sera *dégressive* et dans quelle mesure, ainsi que préciser des causes de réduction (par exemple la mise à la retraite du débiteur)<sup>(401)</sup> (art. 301, § 3, al. 2).

Le juge peut *limiter la durée* de la pension à un terme inférieur à la durée du mariage (*infra*, n° 498-1) en fonction du temps qu'il estime nécessaire au reclassement professionnel du créancier<sup>(402)</sup>. Celui-ci pourrait solliciter ultérieurement une nouvelle pension si les circonstances ont changé de manière significative, pour autant que la durée *légale* ne soit pas encore expirée.

Le juge ne peut pas imposer une *pension en nature* (ex. : jouissance d'un immeuble, d'une voiture), au vu des termes de la loi, ce qui est critiquable dès lors que la pension a une vocation strictement alimentaire,

(395) J.P. Fontaine-l'Évêque, 18 septembre 2014, *Rev. trim. dr. Fam.*, 2014, p. 903.

(396) Cass., 8 janvier 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 578 ; J.P. Zele, 14 septembre 1988, *J.J.P.*, 1992, p. 130 ; Civ. Arlon, 10 juin 2011, inédit, cité par N. DANDOY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2012) », *o.c.*, p. 925, n° 50 ; A. DUELZ, J.-C. BROUWERS et Q. FISCHER, *Le droit du divorce*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 284, n° 398 ; E. VIEUJEAN, « Les effets du divorce », *o.c.*, VI.3.2.-4, n° 2.5.

(397) J.P. Liège, 16 février 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 1204.

(398) Cass., 10 octobre 2012, *Pas.*, 2012, p. 1682, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 758 (somm.). Ne constitue pas une modification future et incertaine la charge d'indemnité d'occupation qui devra être déduite de la part de l'époux créancier d'aliments dans l'indivision : Cass., 17 septembre 2015, R.G. n° C.13.0304.N, inédit.

(399) F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 371, n° 623.

(400) Cass., 26 mai 2006, *Pas.*, 2006, p. 1207, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1096, *T. Fam.*, 2008, p. 129, note I. MARTENS, R.W., 2007-2008, p. 703 (somm.), *NjW*, 2007, p. 931, note G. VERSCHULDEN.

(401) C. VAN ROY, « De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting », *o.c.*, p. 1193, n° 332 et la jurisprudence inédite citée.

(402) Cass., 15 mars 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 658, obs., R.W., 1991-1992, p. 45, note, J.T., 1991, p. 792, *Rev. trim. dr. fam.*, 1993, p. 467 ; Bruxelles, 10 janvier 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1191 ; Liège, 5 avril 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 154 ; Bruxelles, 11 juin 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 311 ; Liège, 24 juin 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 157 ; Liège, 19 décembre 2001, *R.R.D.*, 2002, p. 54 ; Civ. Arlon, 24 octobre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 444 ; Civ. Bruxelles (réf.), 15 juillet 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 1116 ; J.P. Fexhe-Slins, 22 juin 1998, *J.J.P.*, 2001, p. 267.

indifférente à toute autre forme économiquement équivalente<sup>(403)</sup>. Les parties peuvent en convenir ou le créancier en accepter l'offre, auquel cas une discussion peut s'ouvrir sur le complément nécessaire à fournir pour atteindre le seuil de référence, ce qui appelle une évaluation précise de l'avantage en nature y compris la perte ou le gain fiscal éventuel<sup>(404)</sup>. La ventilation de la pension entre une composante financière et une composante en nature permet de contourner l'obstacle éventuel de la limitation au 1/3 des revenus du débiteur. Le débat alimentaire sera rouvert si le propriétaire de l'avantage en nature aliène celui-ci<sup>(405)</sup>.

### (ii) Le débiteur

**496. Capacités actuelles et virtuelles.** La pension alimentaire qui compense le déficit entre le standard de référence et la capacité du créancier de l'atteindre seul, est limitée par un double plafond : d'une part, la capacité du débiteur à la supporter et, d'autre part, le 1/3 de ses revenus.

Sont pris en compte les revenus actuels du débiteur, de toute nature<sup>(406)</sup>, y compris ceux des capitaux<sup>(407)</sup>, et ses possibilités de mériter des revenus (supplémentaires)<sup>(408)</sup>. Il n'est toutefois pas légitime d'imposer au débiteur de faire valoir ses droits à la retraite à 60 ans si sa carrière fut complète<sup>(409)</sup>, ou de mobiliser des revenus qu'il ne mobilisait

(403) En ce sens : J.-L. RENCHON, « Actualités en droit des régimes matrimoniaux », in *Droit patrimonial de la famille. Recyclage en droit*, Limal, Anthemis, 2014, n° 66, p. 83.

(404) Rapp. : J.P. Bruxelles, 19 janvier 2005, *Div. Act.*, 2006, p. 78, note J.-E. BEERNAERT (le débiteur réclamant une indemnité d'occupation au créancier, le juge estime qu'il a pendant les années d'occupation exécuté en nature son obligation alimentaire). Voy. à ce sujet et sur les implications fiscales : J.-E. BEERNAERT, « La provision alimentaire et les comptes d'indivision », *Div. Act.*, 2001, p. 52 et « Les rentes alimentaires en nature : un état de la question », *A.F.T.*, 1998, p. 160 ; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, n° 231, p. 243.

(405) Le juge ne pourrait pas prononcer d'interdiction d'aliéner : C. VAN ROY, « De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting », *o.c.*, p. 190, n° 325.

(406) Cass., 23 avril 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 742, *R.W.*, 1992-1993, p. 412, obs. J.G., *Rev. trim. dr. fam.*, 1994, p. 707 (indemnité de préavis) ; Civ. Liège, 2 octobre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 656 (chômage involontaire).

(407) Cass., 23 avril 1992, précité. Rapp. : Bruxelles, 2 octobre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1144, note (revenus d'un administrateur de sociétés).

(408) Cass., 2 janvier 2014, *NjW*, 2014, p. 270, note E. ADRIAENS, *R.A.B.G.*, 2014, p. 1014, note E. ALOFS, *R.W.*, 2014-2015, p. 507, note F.S., *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 517 (somm.) ; Cass., 17 octobre 2002, *E.J.*, 2003, p. 2, note M. TRAEST, *J.T.*, 2003, p. 200 (somm.), *J.L.M.B.*, 2003, p. 1135, *R.W.*, 2002-2003, p. 1507, note B. VOLDERS ; Bruxelles, 23 mars 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 775 (meilleure gestion du capital) ; Liège, 3 février 2004, *R.R.D.*, 2004, p. 14 ; Gand, 19 juin 2003, *R.A.B.G.*, 2004, p. 1260 (bénéfices réservés) ; Bruxelles, 27 mai 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 1066 (liquidités de la société dans lesquelles le débiteur puise) ; Civ. Bruxelles, 28 avril 1987, *J.T.*, 1988, p. 86 ; I. MARTENS, « De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting », *o.c.*, p. 78, n° 99 ; E. VIEUJEAN, « Les effets du divorce », *o.c.*, VI.3.2.-5, n° 2.8 ; *contra* : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht, o.c.*, n° 1906.

(409) Bruxelles, 18 décembre 2012, inédit, cité par N. DANDOY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2014) », *o.c.*, p. 769, n° 40.

pas *in tempore non suspecto*, car le train de vie du ménage ne le requérait pas<sup>(410)</sup>.

La pratique révèle de fréquentes tentatives de dissimuler des ressources et une réactivité de plus en plus vigoureuse des juges à leur rencontre. Ceux-ci utilisent les moyens d'investigation mis à leur disposition par la loi ou procèdent à une estimation *ex æquo et bono* au vu des indices de richesse présentés par le débiteur<sup>(411)</sup>.

Le juge déduit des ressources les charges incontournables, dont les charges alimentaires du débiteur résultant de l'obligation d'entretien (art. 203)<sup>(412)</sup> ou de son remariage (art. 213 et 221)<sup>(413)</sup>. Non sans paradoxe, l'absence d'effets juridiques de l'union libre invite à ne prendre en considération que les économies et non les nouvelles charges liées à celle-ci<sup>(414)</sup>, notamment les dépenses en faveur de la nouvelle compagne du débiteur et le cas échéant des enfants de celle-ci<sup>(415)</sup>.

Le juge tient compte de l'économie fiscale réalisée par le débiteur, qui déduit la pension de son revenu imposable à concurrence de 80 % de son montant<sup>(416)</sup>. S'il est condamné à prendre en charge les impôts dus par le créancier, cette dette est elle-même alimentaire et déductible (*supra*, n° 495-1).

(410) À propos des revenus d'administrateur d'une société dont le créancier était actionnaire principal, surtout si la société dépend en capital de la communauté : C. VAN ROY, « De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting », *o.c.*, pp. 177-178, n° 293, critiquant la jurisprudence en sens contraire.

(411) Bruxelles, 15 octobre 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 835 ; Bruxelles, 24 octobre 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 132 ; Bruxelles, 2 octobre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1144, note ; Mons, 13 décembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 667 ; Anvers, 9 février 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 717, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 518 (somm.) ; Bruxelles, 16 mars 1977, *Rev. trim. dr. fam.*, 1978, p. 31, note M.-F. LAMPE ; Civ. Louvain, 4 février 2008, *R.A.B.G.*, 2008, p. 709 ; J.P. Tournai, 8 janvier 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1155, note S. T. Rapp. : Bruxelles, 22 juin 2008, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 28. Pour d'autres références : E. VIEUJEAN, « Les effets du divorce », *o.c.*, VI.3.2.-5, n° 2.4.

(412) Cass., 5 septembre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 820, *J.L.M.B.*, 1998, p. 356, obs. Y.-H. LELEU, *Rev. not. belge*, 1998, p. 97, *R. Cass.*, 1998, p. 139, *Div. Act.*, 1998, p. 76, note A.-Ch. VAN GYSEL (enfant adultérin) ; Mons, 4 décembre 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 467, note N. DANDOY (enfant commun) ; Civ. Bruxelles, 8 juin 1977, *Rev. trim. dr. fam.*, 1979, p. 189 (enfant né après le divorce).

(413) *Contra* : J.P. Westerlo, 2 février 1996, *E.J.*, 1996, p. 57, note J. ROODHOOF. Le remariage oblige le débiteur à l'entretien des enfants de son nouveau conjoint (art. 221 ; Cass., 21 avril 1983, *J.T.*, 1983, p. 663, note Th. AFSCHRIFT). Il en va de même, en principe, en cas de cohabitation légale (art. 1477, § 3).

(414) Civ. Louvain, 4 février 2008, *R.A.B.G.*, 2008, p. 709.

(415) Bruxelles, 8 décembre 2011, inédit, cité par N. DANDOY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2014) », *o.c.*, p. 781, n° 80.

(416) Anvers, 7 juin 1993, *Turn. Rechtsl.*, 1993, p. 119, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 338 ; Anvers, 22 février 1993, *Turn. Rechtsl.*, 1993, p. 118, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 338 ; Civ. Anvers, 7 novembre 1994, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 279 (somm.), *Turn. Rechtsl.*, 1994-1995, p. 38, note ; J.P. Turnhout, 15 octobre 1993, *Turn. Rechtsl.*, 1993, p. 21, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 337 ; rapp. : Bruxelles, 20 janvier 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 796, note N. DANDOY. Voy. les auteurs cités *supra*, n° 495-1.

**497. Limitation de la pension au 1/3 des revenus du débiteur.** En aucun cas, le montant de la pension ne peut excéder le 1/3 des revenus du débiteur (art. 301, § 3, al. 2 *in fine*), pour ne pas plonger celui-ci dans le dénuement. Cette limitation peut, comme par le passé, empêcher d'atteindre le montant légal théorique de la pension<sup>(417)</sup>. La règle n'est pas d'ordre public, mais impérative en faveur du débiteur, lequel pourrait y renoncer<sup>(418)</sup>.

Pour calculer cette limitation, on déduit des revenus réels et virtuels<sup>(419)</sup> du débiteur, ses charges sociales et fiscales<sup>(420)</sup>, mais non ses charges privées ou professionnelles<sup>(421)</sup> ni ses dépenses en faveur des enfants<sup>(422)</sup>. Cette nuance, quelque peu arbitraire, tempère la rigueur d'une mesure qui ne l'est guère moins.

**498. Moment de l'évaluation des ressources du débiteur.** Comme la pension alimentaire peut être demandée un certain temps après le divorce, la question se pose de savoir si les ressources du débiteur doivent être évaluées au moment du jugement sur la pension ou au moment du divorce. La variabilité inhérente à sa nature exclusivement alimentaire conduit à retenir le moment le plus tardif, à savoir la décision relative à la pension<sup>(423)</sup>. En effet, si une demande de pension est introduite dès le divorce et si la pension est alors insuffisante pour couvrir l'état de besoin du demandeur, une augmentation ultérieure des revenus du débiteur pourra fonder une demande de révision de celle-ci en vue d'atteindre le niveau légal (*infra*, n° 504)<sup>(424)</sup>.

(417) Liège, 6 janvier 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 1164.

(418) Cass., 9 juin 2011, *Pas.*, 2011, p. 1650, *R.W.*, 2013-2014, p. 170 (somm.), note, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 859 (somm.).

(419) Pour apprécier la limite du 1/3 des revenus du débiteur, il y a lieu de tenir compte des revenus que celui-ci pourrait normalement se procurer, notamment les bénéfices de sa société mis en réserve au lieu de lui être attribués (Cass., 30 septembre 2011, *Pas.*, 2011, p. 2117, *R.G.D.C.*, 2012, p. 208, note V. MAKOW, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 32, note A.-C. VAN GYSEL, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1700, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 148, *R.W.*, 2012-2013, p. 819 (somm.)).

(420) Cass., 11 juin 1987, *Rev. trim. dr. fam.*, 1987, p. 360, note G. HIERNAUX, *Rev. not. belge*, 1987, p. 465, *Pas.*, 1987, I, p. 1258, *J.T.*, 1988, p. 144 ; Mons, 25 mars 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1679 ; Civ. Malines, 14 février 2008, *R.A.B.G.*, 2008, p. 719, note S. BROUWERS ; N. DANDOY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence (Année 2005) », *o.c.*, p. 1023 ; I. MARTENS, « De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting », *o.c.*, p. 79, n° 101. Sur les difficultés de mise en œuvre de cette solution : E. VIEUJEAN, « Les effets du divorce », *o.c.*, VI.3.2.-7, note 3.

(421) Civ. Bruxelles, 8 juin 1999, *Div. Act.*, 1999, p. 108, note A.-Ch. VAN GYSEL. Sur les controverses au sujet des charges professionnelles : A.-Ch. VAN GYSEL, note précitée ; E. VIEUJEAN, « Les effets du divorce », *o.c.*, VI.3.2.-7, n° 2.13.

(422) E. ALOFS, « Art. 301 B.W. », in *Comm. pers.*, n° 36.

(423) Cass., 26 mai 2006, *Pas.*, 2006, p. 1207, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1096, *T. Fam.*, 2008, p. 129, note I. MARTENS, *R.W.*, 2007-2008, p. 703 (somm.), *NjW*, 2007, p. 931, note G. VERSCHOLDEN ; *contra* : Bruxelles, 9 mai 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 158 (débiteur terminant sa spécialisation médicale après le divorce) ; Civ. Namur, 10 mars 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 872.

(424) Cass., 11 juin 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 899, *J.T.*, 1992, p. 700, *Rev. not. belge*, 1992, p. 416 ; Cass., 28 septembre 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 118, *Rev. not. belge*, 1990, p. 35, obs., *Rev. trim. dr. fam.*, 1990,

#### 4° Durée de la pension

**498-1. Limitation à la durée du mariage.** Dénier de la perpétuité ancestrale des effets du mariage et signe de la prise en considération de l'autonomie financière croissante des individus, la durée de la pension alimentaire est limitée à celle du mariage (art. 301, § 4).

Le législateur n'a pas nuancé le terme expiratif, notamment en fonction de la présence ou l'absence d'enfants, mais ce fait peut justifier une adaptation du montant de la pension (*supra*, n° 495).

Le tribunal peut fixer une durée inférieure et les ex-époux y déroger par convention<sup>(425)</sup>. La pension cesse de plein droit à l'expiration de ce délai.

Suivant l'esprit de la loi, le délai prend cours dès le prononcé définitif du divorce, et non à partir du moment où la pension est demandée après le divorce, mais certaine jurisprudence ordonne le contraire<sup>(426)</sup>.

La durée du mariage se calcule du jour de sa célébration au jour de sa dissolution entre époux (art. 1278, al. 1<sup>er</sup> C. jud.). La période de cohabitation pré-nuptiale n'est pas comptée, pas plus que ne sont décomptées une interruption de vie commune ou l'instance en divorce<sup>(427)</sup>.

Une objection d'ordre politique adressée à cette disposition est que la pension alimentaire ne permet plus de pallier un manque de ressources survenu longtemps après le divorce, par exemple à l'âge de la retraite. Cette objection est rencontrée par la possibilité de prolonger la durée de la pension en cas de circonstances exceptionnelles (*infra*, n° 498-2).

La limite de durée n'est pas applicable aux pensions alimentaires accordées par une décision judiciaire définitive antérieure au 1<sup>er</sup> septembre

p. 346, *T. Not.*, 1991, p. 479 ; Liège, 19 décembre 2001, *R.R.D.*, 2002, p. 54 ; Liège, 1<sup>er</sup> décembre 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 654 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 8<sup>e</sup> éd., o.c., n° 1884 ; E. VIEUJEAN, « Les effets du divorce », o.c., VI.3.2.-10, n°s 2.18-2.19.

(425) Controversé : N. DANDY, « La pension alimentaire après divorce : limites conventionnelles », o.c., 2008, pp. 428 et s.

(426) Dans le sens d'une prise de cours au prononcé définitif du divorce : Mons, 17 novembre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 159 ; J.-C. BROUWERS, « Dix questions controversées sur le terrain des effets alimentaires du divorce », o.c., p. 51 ; I. MARTENS, *Onderhoudsuitkering tussen ex-echtgenoten na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk*, o.c., pp. 266-267, n°s 364 et 368 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 1913 ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, p. 375, n° 632 ; C. VAN ROY, « De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting », o.c., p. 192, n° 329 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « La pension après divorce pour cause de désunion irrémédiable : un essai de lecture », o.c., p. 118. *Contra* (premier mois de la condamnation au paiement) : Bruxelles, 5 septembre 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 275 (4 ans après le divorce) ; N. DANDY, « La réforme du divorce : les effets alimentaires », o.c., p. 1081 et « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2014) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 784, n° 90 ; J. FIERENS, « Le nouveau droit du divorce ou le syndrome de Lucky Luke », in *Droit de la famille*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 31, n° 51 ; D. PIRE, « Le divorce pour désunion irrémédiable : un an d'application », o.c., p. 57.

(427) Bruxelles, 5 juin 2008, *Act. dr. fam.*, 2008, p. 177, note D. CARRÉ, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1196 ; Liège, 16 avril 2008, *Act. dr. fam.*, 2008, p. 176, note D. CARRÉ, *J.L.M.B.*, 2009, p. 124.

2007. La disposition transitoire qui assurait une transition équilibrée de la limitation de durée a été annulée, à tort, par la Cour constitutionnelle (*supra*, n° 434-8). Les débiteurs *ad perpetuam* pourront néanmoins solliciter du tribunal de la famille une limitation de la durée pour des motifs que retenait déjà la jurisprudence<sup>(428)</sup>. Il faut espérer que la jurisprudence tendra l'égalité de traitement entre les débiteurs.

**498-2. Possibilité de prolongation.** En cas de circonstances exceptionnelles, la durée de la pension peut être prolongée par le tribunal (art. 301, § 4). Le bénéficiaire doit démontrer qu'à l'expiration du délai, il demeure, pour des raisons indépendantes de sa volonté, dans un état de besoin. Cette disposition est justifiée pour les créanciers en difficulté de reclassement professionnel, et pourra être mise à profit, par exemple, en cas de mariage de très courte durée et de présence de jeunes enfants.

La loi ne limite pas la durée de la prolongation et n'interdit pas qu'une première prolongation soit suivie d'autres, si les conditions sont maintenues.

La notion d'« état de besoin » s'entend alors au sens strict (art. 301, § 4, al. 2 *in fine*). La pension prolongée permettra seulement de mener une vie digne. Cette réduction s'applique-t-elle aussi en cas de prolongation d'une pension de durée inférieure à la durée du mariage ? La loi permet au juge, mais n'impose pas, de maintenir la pension au niveau initial jusqu'à l'expiration du délai légal<sup>(429)</sup>.

La prolongation peut être demandée avant ou après l'expiration du délai initial<sup>(430)</sup> (mais pas dès la première demande<sup>(431)</sup>).

**498-3. Causes de suppression de la pension : décès et nouveau couple.** Le décès du créancier éteint de plein droit et définitivement la dette d'aliments<sup>(432)</sup>. Le solde éventuel à payer d'un capital remplaçant la rente alimentaire reste dû.

Le décès du débiteur également, mais le créancier peut, en l'absence d'enfants issus du mariage, demander des aliments à charge de sa

(428) Cass., 15 mars 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 658, obs., R.W., 1991-1992, p. 45, note, J.T., 1991, p. 792, *Rev. trim. dr. fam.*, 1993, p. 467 ; Liège, 24 juin 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 157 ; Liège, 19 décembre 2001, R.R.D., 2002, p. 54 ; J.P. Fexhe-Slins, 22 juin 1998, *J.J.P.*, 2001, p. 267. N. GALLUS, « Les aliments », *Rép. not.*, t. I, l. IV, Bruxelles, Larcier, 2006, n° 187.

(429) C. VAN ROY, « De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontvricting », *o.c.*, p. 195, n° 338.

(430) I. MARTENS, « De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontvricting », *o.c.*, p. 87, n° 108 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « La pension après divorce pour cause de désunion irrémédiable : un essai de lecture », *o.c.*, p. 120. *Contra* : Liège, 16 avril 2008, *Act. dr. fam.*, 2008, p. 176, note D. CARRÉ, *J.L.M.B.*, 2009, p. 124 ; F. SWENNEN et F. APS, « De Echtscheidingswet 2007 », *o.c.*, p. 570.

(431) I. MARTENS, « De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontvricting », *o.c.*, p. 87, n° 108. *Contra* : J.P. Liège, 21 octobre 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 611 (durée indéterminée ; épouse pensionnée).

(432) Cass., 13 janvier 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 571.

succession, aux conditions prévues par l'article 205bis, §§ 2 à 5, du Code civil, donc au niveau minimal<sup>(433)</sup> (art. 301, § 10, al. 1<sup>er</sup> ; *infra*, n° 803).

Sauf convention contraire, la pension prend fin *de plein droit* et définitivement<sup>(434)</sup> en cas de *remariage* ou de *cohabitation légale* du créancier (art. 301, § 10, al. 2).

Enfin, la pension *peut* être supprimée ou réduite lorsque le bénéficiaire « *vit maritalement* » avec une autre personne (art. 301, § 10, al. 3). Il doit s'agir d'une vie commune dotée d'un impact sur la situation économique du créancier de la pension. En fonction de cet impact, même si les partenaires ne cohabitent pas, le tribunal décidera soit sa suppression, soit sa réduction<sup>(435)</sup>. Si la vie maritale prend fin, le tribunal peut revoir la situation<sup>(436)</sup>.

La différence de pouvoir d'appréciation du juge entre les trois situations de couple est incompréhensible<sup>(437)</sup> et critiquable : la loi distingue selon le statut juridique du nouveau couple, alors que c'est son incidence économique sur la situation du créancier qui devrait être seule pertinente. Une analyse purement économique des incidences de la remise en couple prévient aussi les surveillances ou les dissimulations malveillantes. Enfin, l'assimilation de la cohabitation légale au mariage ne laisse pas de surprendre en raison de l'absence de devoir de secours en cohabitation légale et de l'ouverture de celle-ci aux couples non affectifs<sup>(438)</sup>.

## 5° Variations

**499. Indexation.** L'indexation est de droit (art. 301, § 6, al. 1<sup>er</sup>). L'indice de référence est en principe celui des prix à la consommation<sup>(439)</sup>, mais la loi permet au tribunal d'appliquer un autre système d'adaptation au coût de la vie, utile par exemple lorsque le débiteur ne bénéficie pas de revenus liés à l'indice des prix à la consommation (art. 301, § 6, al. 4).

(433) F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 376, n° 635.

(434) Pour une critique : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 3<sup>e</sup> éd., o.c., p. 376, n° 634.

(435) Gand, 22 juin 2007, *NjW*, 2008, p. 741, note GV, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 944 (summ.) (ancien droit, réduction malgré une relation *living apart together*).

(436) *Contra* : A.-Ch. VAN GYSEL, « La pension après divorce pour cause de désunion irrémédiable : un essai de lecture », o.c., p. 122.

(437) Une relation affective sans cohabitation peut également être source d'avantages économiques pour le créancier de pension, et le tribunal peut en tenir compte sur d'autres bases légales (*infra*, n° 500). Pour une critique de l'assimilation de la cohabitation légale – ouverte au couples non affectifs – au mariage : J.-C. BROUWERS, « La réforme du divorce (loi du 27 avril 2007) », o.c., p. 608, note 154 ; F. SWENNEN et F. APS, « De Echtscheidingswet 2007 », o.c., p. 571.

(438) En ce sens également : I. MARTENS, *Onderhoudsuitkering tussen ex-echtgenoten na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwijking van het huwelijk*, o.c., pp. 381-384, n° 576.

(439) Cass., 5 mars 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 158 (motif) ; J.P. Wavre, 12 novembre 1998, *Div. Act.*, 1999, p. 30.

Une liaison de la pension à l'indice santé, qui gouverne l'indexation de certains revenus professionnels, atténue sa revalorisation<sup>(440)</sup>.

**500. Révision après le divorce. Généralités.** Après le prononcé du divorce, sauf si les parties ont convenu le contraire, le tribunal peut, à la demande d'une des parties, augmenter, réduire ou supprimer la pension si, par suite de circonstances nouvelles et indépendantes de la volonté des parties, son montant n'est plus adapté (art. 301, § 7, al. 1<sup>er</sup>).

Il peut sur la base de cette disposition, sauf convention contraire, octroyer une pension au demandeur qui n'en avait pas sollicité jusqu'alors, et même à l'époux qui aurait *renoncé* unilatéralement à toute pension alimentaire<sup>(441)</sup>.

Il ne pourrait pas, pour les mêmes motifs, réviser une pension *conventionnelle* ou une *transaction* et devrait appliquer les éventuelles modalités relatives à la modification convenues entre les parties (*supra*, n° 493).

La révision de la pension alimentaire peut être accordée de manière rétroactive, pour une période antérieure à la demande<sup>(442)</sup> si les circonstances justificatives étaient déjà présentes. Par définition, la révision, voire la suppression de la pension, n'est pas définitive ; le droit aux aliments subsiste et la créance renaît lorsque la situation du créancier le justifie à nouveau<sup>(443)</sup>. En ce sens la suppression se distingue de la cessation, examinée précédemment<sup>(444)</sup>.

Le demandeur en révision doit s'appuyer sur des éléments neufs ou dont il n'avait pas connaissance au moment de sa demande initiale<sup>(445)</sup> et indépendants de sa volonté, ce critère étant entendu largement à

(440) J. ROODHOOFT, « Is de gezondheidsindex toepasselijk inzake onderhoudsuitkeringen ? », *E.J.*, 1995, p. 10.

(441) J.-C. BROUWERS, « Dix questions controversées sur le terrain des effets alimentaires du divorce », *o.c.*, p. 54 ; N. DANDOY, « La réforme du divorce : les effets alimentaires », *o.c.*, p. 1070 ; N. GALLUS, in *Précis de droit de la famille* (A.-C. VAN GYSEL dir.), 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 533. *Contra* : C. AUGHUET, « La réforme du divorce – III. Les modifications en matière de divorce par consentement mutuel », *Div. Act.*, 2007, p. 132 ; J.-P. MASSON, « La loi du 27 avril 2007 réformant le divorce », *o.c.*, p. 539.

(442) Cass., 16 juin 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 648, *J.L.M.B.*, 1996, p. 648, *R.W.*, 1995-1996, p. 1234, *A.J.T.*, 1995-1996, p. 495, note P. HOFSTRÖSSLER, *E.J.*, 1996, p. 23, note J. ROODHOOFT, *Div. Act.*, 1997, p. 27, obs. A.-Ch. VAN GYSEL. Tel est le cas notamment si le créancier dissimule une amélioration de sa situation financière (Cass., 14 décembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 371, *J.T.*, 1991, p. 599, *R.W.*, 1990-1991, p. 1433).

(443) Civ. Malines, 14 décembre 1989, *Pas.*, 1990, III, p. 69.

(444) E. ALOFS, « Art. 301 B.W. », in *Comm. pers.*, n° 67.

(445) Cass., 18 avril 2002, *Pas.*, 2002, p. 925, *R.W.*, 2002-2003, p. 1298 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n° 1935. Comp. : J.P. Kraainem-Sint-Genesius-Rode, 20 février 2003, *R.W.*, 2003-2004, p. 272, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 778 (somm.) (art. 306 ; circonstances existant au moment du jugement de divorce mais dont le juge n'avait pas tenu compte lors de la détermination du montant de la pension). Le nouvel article 1253ter/7 du Code judiciaire impose également l'existence d'éléments nouveaux pour faire ramener la cause devant le tribunal de la famille.

l'égard de diverses circonstances familiales ou professionnelles (*infra*, n° 813). La loi n'exigeant que les modifications soient « sensibles » (comp. art. 1253*ter*17, § 1, al. 2, 2 et 1288, al. 3 C. jud.).

En particulier, le tribunal peut modifier la pension si la liquidation-partage du patrimoine commun ou indivis entre les époux entraîne une modification de leur situation financière (art. 301, § 7, al. 2)<sup>(446)</sup>. Cette précision issue de la réforme de 2007 cadre avec l'approche purement économique des rapports financiers entre ex-époux. La soule ou le bien recueilli par le créancier génère un revenu à hauteur du rendement raisonnablement attendu. Il est cependant vain de solliciter préventivement cette prise en compte, car une liquidation non finalisée ne modifie pas l'état de besoin actuel du créancier. À titre exceptionnel et avec retenue, le juge pourrait intégrer le résultat *prévisible* de la liquidation partage dans son calcul alimentaire *initial*<sup>(447)</sup>. Une *modification* de la pension sur cette base ne peut pas être rétroactive puisque la liquidation accroît les moyens financiers *ex nunc*. Il est donc conseillé au débiteur de faire imprimer un caractère provisionnel à tout ou partie de la pension si les attentes liquidatives du créancier auront un impact sur la pension<sup>(448)</sup>.

**501. Aggravation des besoins du créancier. Augmentation de la pension.** La loi permet que la pension soit augmentée à la demande du créancier, aux motifs généraux de l'article 301, § 7, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil.

Les facteurs d'aggravation à retenir concerneront les revenus ou les charges. La condition d'indépendance de la volonté du créancier est appréciée avec souplesse lorsqu'il s'agit de circonstances qui s'inscrivent dans le cours normal de la vie. Une mise à la retraite anticipée souhaitée, bien différente d'une cessation volontaire de la relation de travail ou de l'adoption d'un comportement incompatible avec sa poursuite, ne doit pas être rejetée, pas plus que la naissance d'enfants ou le remariage.

**502. Diminution des besoins du créancier. Diminution de la pension.** L'augmentation des ressources<sup>(449)</sup> ou la diminution des charges<sup>(450)</sup> du

(446) J.P. Mol, 1<sup>er</sup> décembre 2009, *R.A.B.G.*, 2010, p. 236 (refus de prise en considération). Sous l'ancien droit : Bruxelles, 24 octobre 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 132.

(447) J.P. Liège, 17 décembre 2007, *J.J.P.*, 2010, p. 237 (l'épouse « va percevoir » 18.000 EUR dans la sortie d'undivision d'un second immeuble, à placer en plus des 43.000 EUR dont elle dispose déjà, d'où un revenu de 174,48 EUR par mois). Sur la possibilité pour le juge de prendre en compte la charge d'indemnité d'occupation pour évaluer les ressources du créancier d'aliments, alors que la liquidation est toujours en cours : Cass., 17 septembre 2015, R.G. n° C.13.0304.N, inédit.

(448) F. SWENNEN, S. EGGERMONT et E. ALOFS, « De wet van 27 april 2007 inzake echtschending. Knelpunten van materieel recht en van procesrecht », *o.c.*, p. 30.

(449) Cass., 9 mai 1985, *J.T.*, 1986, p. 111 (augmentation de salaire) ; Civ. Bruxelles, 10 juin 1967, *Pas.*, 1967, III, p. 132 (recueil d'une succession importante) ; J.P. Grâce-Hollogne, 17 avril 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1507, note (héritage).

(450) Ex. : ses propres enfants (issus d'un mariage précédent ou postérieur) ont terminé leur formation.

créancier peuvent lui permettre de satisfaire seul ses besoins, ou avec moins de subsides. Tel est précisément un des objectifs poursuivis par la limite de durée de la pension.

Si l'embellie ne suffit pas pour couvrir les besoins du créancier, par exemple à cause de la limitation de la pension au 1/3 des revenus du débiteur, la pension ne sera pas réduite<sup>(451)</sup>.

Lorsque le créancier a dissimulé au débiteur une augmentation de ses revenus lui permettant de satisfaire seul ses besoins, la révision ou la suppression peut être prononcée avec effet rétroactif et obliger au remboursement des paiements indus<sup>(452)</sup>.

**503. Diminution des capacités financières du débiteur. Diminution de la pension.** Enfin, la pension après divorce sera réduite ou supprimée à la demande du débiteur en cas de diminution de ses capacités financières, à nouveau pour des raisons nouvelles et indépendantes de sa volonté.

La jurisprudence exige que le débiteur ne compromette pas délibérément l'acquittement de sa dette alimentaire. On retrouve ici, *mutatis mutandis*, des critères qui ont présidé au calcul des ressources nettes du débiteur (ex. : emploi<sup>(453)</sup>, retraite<sup>(454)</sup>, charges ou économies liées au remariage<sup>(455)</sup>, économies liées à une cohabitation de fait, naissance d'enfants, etc.).

Le débiteur peut demander la diminution de la pension pour le seul motif qu'elle absorberait le 1/3 de ses revenus, soit que ceux-ci aient diminué, soit que celle-là ait augmenté par indexation. En toute hypothèse, la révision pourra priver le créancier du niveau de vie atteint jusqu'alors.

**504. Augmentation des capacités financières du débiteur. Absence d'incidence.** Après un divorce pour désunion irrémédiable, le fait que les revenus du débiteur augmentent ou que ses charges diminuent est en principe sans incidence sur la pension alimentaire<sup>(456)</sup>. En effet, cette circonstance est sans rapport avec l'état de besoin du créancier.

(451) Cass., 12 mars 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 755, *Rev. trim. dr. fam.*, 1983, p. 35, R.W., 1981-1982, col. 1636.

(452) Liège, 15 février 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1141.

(453) Comp. (pertes d'emploi non involontaires) : Civ. Liège, 25 avril 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1153 ; Civ. Liège, 18 avril 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1149.

(454) Civ. Bruxelles, 22 décembre 1981, *Rev. trim. dr. fam.*, 1982, p. 453, note J.-L. RENCHON ; J.P. Anvers, 16 juillet 1991, R.W., 1991-1992, p. 754.

(455) Cass., 16 juin 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 648, A.J.T., 1995-1996, p. 495, note P. HOFSTRÖSSLER, *Div. Act.*, 1997, p. 27, obs. A.-Ch. VAN GYSEL, E.J., 1996, p. 23, note J. ROODHOOF, *J.L.M.B.*, 1996, p. 648, R.W., 1995-1996, p. 1234 ; Civ. Anvers, 18 avril 1990, *Rev. trim. dr. fam.*, 1992, p. 90.

(456) Cass., 15 février 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 712, R.W., 1979-1980, col. 641 ; I. MARTENS, *Onderhoudsuitkering tussen ex-echtgenoten na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk, o.c.*, p. 331, n° 473. *Contra* : P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht, o.c.*, n° 1935.

Cette justification donne la mesure de la règle : le juge peut tenir compte de l'augmentation des capacités financières du débiteur dans la mesure nécessaire pour permettre de couvrir les besoins du créancier<sup>(457)</sup>, notamment si tel n'était pas le cas avant l'augmentation des capacités financières du débiteur à cause de la limite au 1/3 de ses revenus<sup>(458)</sup>.

## 6° Paiement et sanctions

**504-1. Exécution provisoire de plein droit.** La décision qui statue sur une pension alimentaire est exécutoire par provision, sauf si le tribunal en décide autrement sur demande d'une des parties (art. 1322/1 C. jud.).

**505. Délégation de sommes. Renvoi.** La délégation de sommes est une modalité de paiement efficace lorsqu'il y a des raisons de croire que le débiteur se soustraira à ses obligations (art. 301, § 11, al. 1<sup>er</sup> jo. art. 221) (ex. : il n'a pas payé certaines contributions pour les enfants, ou une provision alimentaire pendant la procédure en divorce)<sup>(459)</sup>. La délégation de sommes porte en principe sur les termes à échoir, mais le tribunal peut fixer, en plus du montant qu'il aurait déterminé pour le futur, la somme globale des arriérés et autoriser sa perception par délégation à concurrence d'une fraction mensuelle déterminée (nous prions le lecteur de se reporter, pour plus de détails, au titre des obligations alimentaires, *infra*, n<sup>os</sup> 817 et s.).

La délégation de sommes ne peut être accordée d'office et doit être demandée. Le tribunal n'est pas tenu d'y faire droit. Cette décision est opposable à tout tiers débiteur, actuel ou futur, sur la notification qui lui en est faite par le greffier à la requête du demandeur (art. 301, § 11, al. 2)<sup>(460)</sup>.

**506. Saisie.** Les voies d'exécution du droit commun sont ouvertes au créancier<sup>(461)</sup> : la *saisie mobilière ou immobilière* est concevable pour

(457) Sous l'ancien droit : Cass., 11 octobre 1984, *J.T.*, 1984, p. 720, *Pas.*, 1985, I, p. 211, *R.W.*, 1985-1986, col. 725 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 8<sup>e</sup> éd., o.c., n° 1892 ; E. VIEUJEAN, « Les effets du divorce », o.c., VI.3.3.-2, n° 3.4. On rappellera que cette exception explique pourquoi l'on évalue les ressources du débiteur au moment de la décision sur la demande de pension alimentaire (*supra*, n° 498).

(458) Cass., 15 septembre 2006, *R.A.B.G.*, 2007, p. 241, note R. VERBEKE, *R.W.*, 2006-2007, p. 1758, note F. SWENNEN, *T. Fam.*, 2007, p. 51, note P. SENAËVE ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 374, n° 629 ; I. MARTENS, *Onderhoudsuitkering tussen ex-echtgenoten na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk*, o.c., p. 331, n° 473.

(459) Le fait de ne pas payer la pension tant que la décision d'appel n'est pas intervenue ne suscite pas une telle crainte : C. VAN ROY, « De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting », o.c., p. 205, n° 365 et la jurisprudence inédite citée en ce sens.

(460) La procédure a été simplifiée : art. 301bis ancien : signification par exploit d'huissier.

(461) Voy. : M.-Th. CAUPAIN et E. LEROY, « Le recouvrement des créances alimentaires : état des lieux et perspectives », in *L'argent pour vivre : vers une réforme de l'obligation alimentaire* (A.-Ch. VAN GYSEL éd.), Bruxelles, Kluwer, 2000, p. 207 ; N. GALLUS, « Le recouvrement des

des arriérés importants ; la *saisie-arrêt* entre les mains de l'employeur est la plus souvent pratiquée<sup>(462)</sup>. L'exécution forcée des décisions judiciaires relatives à des pensions alimentaires, vitale pour le créancier, est assortie de garanties particulières par le législateur, qu'il faut concilier avec la nécessité de ne pas acculer le débiteur à une faillite personnelle.

Une double protection est accordée au *créancier* par l'article 1412 du Code judiciaire : il a le droit de saisir la rémunération de son débiteur au-delà de la quotité insaisissable définie par les articles 1409 à 1410 du même Code (art. 1412, al. 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup> C. jud.)<sup>(463)</sup> ; il est en outre payé par préférence à d'autres créanciers du débiteur sur la quotité saisissable (art. 1412, al. 2, C. jud.)<sup>(464)</sup>. Le créancier alimentaire bénéficie d'un privilège général sur meubles à concurrence d'un montant maximal de 15.000 euros (art. 19, 3<sup>o bis</sup>, Loi hypothécaire, réd. L. du 12 mai 2014).

La pension alimentaire, comme toute créance d'aliments, est périodique, mais le créancier est dispensé de renouveler sa saisie à chaque échéance nouvelle. L'article 1494, alinéa 2, du Code judiciaire<sup>(465)</sup> dispose que la saisie-arrêt pratiquée en vue d'obtenir le paiement de termes échus d'une créance de revenus périodiques peut aussi avoir lieu pour obtenir celui de termes à échoir au fur et à mesure de leur échéance<sup>(466)</sup>.

Le *débiteur* est protégé lorsque ses charges alimentaires compromettent sa propre subsistance. Si une délégation de sommes est demandée contre une personne dont les créances font déjà l'objet de délégations ou de saisies, le juge peut examiner la situation globale du débiteur, les besoins de ses créanciers, en particulier ceux d'aliments, et répartir équitablement entre eux les sommes déléguées ou saisies (art. 1390*bis*, al. 6, C. jud.). Pour certains auteurs, le juge « revoit » la créance alimentaire comme dans une procédure fondée sur l'existence de circonstances

aliments », in *Actualités en droit de l'exécution forcée*, CUP, vol. 114, Liège, Anthemis, 2009, pp. 169 et s. ; A.-Ch. VAN GYSEL et Ch. THOMASSET, « Du règlement collectif de dettes et d'autres modifications de la possibilité d'exécuter une décision en matière d'aliments », *Div. Act.*, 1999, p. 18.

(462) Voy. : G. de LEVAL, *La saisie-arrêt*, Liège, Éd. Collection scientifique de la Faculté de droit, 1976, pp. 113 et s., n<sup>os</sup> 71 et s. ; E. DIRIX et K. BROECKX, « Beslag », in *A.P.R.*, Gand, E. Story-Scientia, 1992, pp. 319 et s., n<sup>os</sup> 617 et s.

(463) Pour plus de détails : N. GALLUS, « Les aliments », *o.c.*, p. 328, n<sup>o</sup> 427.

(464) Civ. Verviers, 21 janvier 2003, *R.G.D.C.*, 2005, p. 82. Voy. : A.-Ch. VAN GYSEL, *Précis de droit des personnes et de la famille*, *o.c.*, p. 474 ; G. de LEVAL, *Traité des saisies*, Éd. Collection scientifique de la Faculté de droit, 1988, p. 193, n<sup>o</sup> 99 ; N. GALLUS, « Les aliments », *o.c.*, p. 329, n<sup>o</sup> 428 ; E. LEROY, « De la condition du créancier alimentaire envers son débiteur et à l'égard des autres créanciers », *J.T.*, 1998, p. 481 ; E. DIRIX et K. BROECKX, « Beslag », *o.c.*, pp. 77 et s., n<sup>os</sup> 125 et s.

(465) Voy. : V. VAN DEN HASSEKAMP-HANSENNE, « La loi du 29 mai 2000 portant création d'un fichier central des avis de saisie, de délégation, de cession et de règlement collectif de dettes et modifiant certaines dispositions du Code judiciaire », *J.T.*, 2001, p. 262 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « Modifications du droit des saisies et situation du créancier alimentaire impayé », *Div. Act.*, 1999, pp. 18-23. Sur son obligation de déclarer ses dettes alimentaires : Liège, 17 février 2004, *J.T.*, 2004, p. 483 (somm.). (466) Rappr. : Liège, 22 février 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 82 (somm.).

nouvelles<sup>(467)</sup> ; pour d'autres, il se borne à modaliser l'exécution du titre<sup>(468)</sup>.

Si le débiteur alimentaire fait l'objet d'un *règlement collectif de dettes* et a obtenu un plan d'apurement de ses dettes (art. 1675/2-1675/19 C. jud.)<sup>(469)</sup>, les voies d'exécution et les délégations de sommes sont suspendues, y compris celles relatives aux dettes alimentaires (art. 1675/7, § 2, C. jud.)<sup>(470)</sup>, tandis que le patrimoine du requérant est frappé d'indisponibilité (art. 1675/7, § 1<sup>er</sup> C. jud.). Le plan d'apurement peut avoir pour effet de reporter, d'échelonner, voire de supprimer totalement ou partiellement, des dettes. Les arriérés de pension alimentaire sont concernés par ces mesures, au contraire des termes futurs et des créances alimentaires non échues (art. 1675/13, § 3, C. jud.)<sup>(471)</sup>. L'indisponibilité patrimoniale ne concerne pas le paiement des dettes alimentaires non échues, auquel le débiteur demeure tenu (art. 1675/7, § 3, C. jud.)<sup>(472)</sup>.

**507. Intervention des pouvoirs publics : SECAL et CPAS.** En vue d'améliorer le rôle subsidiaire des pouvoirs publics dans le paiement des pensions alimentaires aux plus démunis, jusqu'à présent assumé par les centres publics d'action sociale (art. 68bis-68quater L. du 8 juillet 1976 ; *infra*, n° 810), un *Service des créances alimentaires* (SECAL) a été créé au sein de l'Administration des domaines du S.P.F. Finances (art. 2, 2°, L. du 21 février 2003, réd. L. du 12 mai 2014<sup>(473)</sup>). Initialement, le champ d'action du SECAL était considérablement élargi par rapport à celui des CPAS. Doté d'un fonds budgétaire, il aurait fourni comme eux des avances et aurait assuré le recouvrement des impayés, le tout aussi bien pour les créances alimentaires au profit des enfants qu'entre époux, ex-époux et cohabitants, et sans limites de revenus ni de montant des avances. Il a

(467) E. VIEUJEAN, « Aliments et surendettement », *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 617.

(468) A.-Ch. VAN GYSEL et Ch. THOMASSET, « Du règlement collectif de dettes et d'autres modifications de la possibilité d'exécuter une décision en matière d'aliments », *o.c.*, p. 19.

(469) Voy. : G. de LEVAL, *La loi du 5 juillet 1998 relative au règlement collectif de dettes et à la possibilité de vente de gré à gré des biens immeubles saisis*, Liège, Ed. Collection scientifique de la Faculté de droit, 1998.

(470) J.P. Tournai, 16 mai 2000, *Div. Act.*, 2000, p. 95. N. GALLUS, « Les aliments », *o.c.*, p. 343, n° 448.

(471) Gand, 30 septembre 2002, *R.A.B.G.*, 2004, p. 1243, note S. BROUWERS ; A. DUELZ, *Le droit du divorce*, 3<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 205, n° 271 ; A.-Ch. VAN GYSEL et Ch. THOMASSET, « Du règlement collectif de dettes et d'autres modifications de la possibilité d'exécuter une décision en matière d'aliments », *o.c.*, pp. 21-22 ; E. VIEUJEAN, « Aliments et surendettement », *o.c.*, p. 625.

(472) G. de LEVAL, *La loi du 5 juillet 1998 relative au règlement collectif de dettes et à la possibilité de vente de gré à gré des biens immeubles saisis*, *o.c.*, p. 31, n° 7 ; E. VIEUJEAN, « Aliments et surendettement », *o.c.*, p. 623 ; comp. : A.-Ch. VAN GYSEL et Ch. THOMASSET, « Du règlement collectif de dettes et d'autres modifications de la possibilité d'exécuter une décision en matière d'aliments », *o.c.*, p. 21, pour qui le paiement des pensions alimentaires ne serait qu'une faculté pour le débiteur surendetté.

(473) Sur les nouveautés apportées par cette loi : K. DE VOS, « Commentaar bij de wet van 12 mei 2014 tot wijziging van de DAVO-wet met het oog op een effectieve invordering van onderhoudschulden », *T. Fam.*, 2015, p. 202.

fallu déchanter : deux lois-programmes ultérieures ont reporté l'entrée en vigueur de la réforme et surtout réduit son ambition<sup>(474)</sup>.

Dans sa forme actuelle, le SECAL n'octroie des *avances* que pour les contributions à l'entretien des enfants (art. 3, § 2 *jo.* art. 2, 1<sup>o</sup>, *a*), et art. 4)<sup>(475)</sup>.

En ce qui concerne les créances entre époux ou cohabitants, il n'assure que la *perception* et le *recouvrement* (art. 3, § 1<sup>er</sup> *jo.* art. 3, § 2, al. 3 *a contrario*)<sup>(476)</sup>. La procédure n'est pas formaliste et n'est soumise à aucune condition de niveau de revenus dans le chef du créancier (art. 6-7)<sup>(477)</sup>. La demande empêche le créancier de faire exécuter sa créance, mais non de déposer plainte pour abandon de famille. L'intervention du SECAL met à charge des parties une contribution qui, pour le débiteur, s'ajoute à la pension recouvrée (art. 5). La technique de perception et de recouvrement est efficace parce qu'elle emprunte le régime de la contrainte fiscale (art. 8-10). La contrainte délivrée par le SECAL est visée et rendue exécutoire par la direction de l'Administration des domaines pour permettre une saisie-exécution ou une saisie-arrêt (art. 13-14).

Pour les pensions qui échappent à l'intervention du SECAL, les missions traditionnelles des CPAS conservent leur utilité<sup>(478)</sup>. Les centres se substituent partiellement au débiteur défaillant et à des conditions précises quant aux revenus du créancier, pour ensuite récupérer les avances faites aux débiteurs, à nouveau dans des conditions précises quant aux ressources de ces derniers (art 92, § 2, L. du 8 juillet 1976 ; art. 26 L. du 26 mai 2002 relative à l'intégration sociale). En pratique, les avances sont fréquentes et les recouvrements rares. La dépendance du créancier envers le CPAS ajoute une gêne psychologique à ses difficultés financières.

(474) L. des 5 août et 22 décembre 2003. Voy. : I. ANNÉ, « De Wet van 3 februari 2003 tot oprichting van een Dienst voor Alimentatievorderingen bij de FOD Financiën : veel gebaat, weinig wol ? », *E.J.*, 2004, p. 90 ; T. BOELAERT, « Werking en organisatie van de Dienst voor alimentatievorderingen », in *Alimentatie & kinderen* (C.B.R. éd.), Anvers, Intersentia, 2010, p. 135 ; N. GALLUS, « Les aliments », *o.c.*, p. 349, n<sup>os</sup> 462 et s. et « Loi du 21 février 2003 créant un service des créances alimentaires au sein du SPF - Finances », *Div. Act.*, 2004, p. 17 ; J.-P. MASSON, « La loi du 21 février 2003 créant un service des créances alimentaires au sein du service public fédéral des finances », *J.T.*, 2004, p. 189 ; T. ROBERT, « De wet van 21 februari 2003 tot oprichting van een dienst voor alimentatievorderingen », in *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003* (P. SENAËVE et F. SWENNEN éd.), Anvers, Intersentia, 2003, p. 281.

(475) L'entrée en vigueur des art. 3, § 2, 4, 7, § 2, et 30 est toutefois reportée... à date indéterminée (art. 31). Les avances sont plafonnées à 175 EUR par enfant (art. 4, § 2, al. 1<sup>er</sup>).

(476) Le Roi peut étendre l'attribution des avances aux pensions alimentaires entre (ex-)époux et cohabitants (art. 3, § 2, al. 3).

(477) Ce qui n'est pas le cas concernant l'octroi d'avances sur des créances alimentaires au bénéfice des enfants (art. 4).

(478) Voy. not. : I. ANNÉ, « De voorschotten op onderhoudsgelden verstrekt door het O.C.M.W. (wet van 8 mei 1989) en de voorstellen tot oprichting van een alimentatiefonds », in *Onderhoudsgelden* (P. SENAËVE éd.), Louvain, Acco, 1994, p. 337 ; C. PARIS, « À nouveau des questions sur les droits du C.P.A.S. à l'égard des débiteurs alimentaires », *R.G.D.C.*, 1999, p. 550.

**508. Abandon de famille. Renvoi.** Le non-paiement d'une pension alimentaire après divorce est incriminé au titre de l'abandon de famille (art. 391*bis* et 391*ter* C. pén. ; *infra*, n° 799)<sup>(479)</sup>.

### 7° Modalités

**509. Prescription.** Conformément au droit commun, les créances d'aliments se prescrivent par 5 ans (art. 2277). Si un créancier obtient la condamnation du débiteur au paiement de termes échus d'une pension alimentaire, l'action en exécution de cette condamnation se prescrit par 10 ans (art. 2262*bis*, § 1<sup>er</sup>) (*infra*, n° 822).

**510. Transaction et renonciation.** À tout moment, les ex-époux peuvent, de commun accord, *remplacer la pension alimentaire par un capital* (art. 301, § 8). Cette convention est une transaction<sup>(480)</sup>, de sorte que la survenance ultérieure d'une cause de variabilité de la pension n'ouvre aucune action en révision. Aussi, pour éviter les abus<sup>(481)</sup>, la transaction est-elle subordonnée à une homologation judiciaire.

Ce type de transaction légalement organisé n'est pas le seul concevable.

Après le divorce, les ex-époux peuvent transiger sur le montant ou la forme de la pension, ou le créancier y renoncer unilatéralement<sup>(482)</sup>. Une telle transaction est définitive<sup>(483)</sup>, sans homologation préalable<sup>(484)</sup>. Sauf stipulation contraire, une renonciation n'empêche pas le juge d'octroyer une pension alimentaire si les conditions changent (*supra*, n° 500).

(479) A. MASSET, « L'abandon de famille », in *Les infractions*, vol. 3, *Les infractions contre l'ordre des familles, la moralité publique et les mineurs*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 307.

(480) Voy. : B. TILLEMANS, I. CLAEYS, Chr. COUDRON et K. LOONTJENS, « Dading », *o.c.*, p. 367, n° 748 ; E. VIEUJEAN, « Les effets du divorce », *o.c.*, VI.3.4.-2, n° 4.3.

(481) Rapp., à propos d'un projet de transaction sur pension alimentaire *avant le divorce* : Civ. Liège, 11 avril 2000, *Div. Act.*, 2003, p. 153, note D. CARRÉ.

(482) Cass., 9 septembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 709, *Div. Act.*, 1995, p. 123, note J. ROODHOOF, R. W., 1994-1995, p. 1070 ; Cass., 17 novembre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 330. Voy. : A.-C. VAN GYSEL, « Quelques questions au sujet de la pension alimentaire après divorce », *o.c.*, p. 139 ; C. BARBÉ, « Les clauses relatives aux aliments entre ex-époux », *R.G.D.C.*, 2002, p. 143 ; J. DE GAVRE, « Des renonciations et transactions ayant pour objet la pension de l'article 301 du Code civil depuis la loi du 9 juillet 1975 », in *Mélanges offerts à Robert Pirson*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 19 ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, *o.c.*, p. 804, n° 787 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n°s 1927 et 1932 ; B. TILLEMANS, I. CLAEYS, Chr. COUDRON et K. LOONTJENS, « Dading », *o.c.*, pp. 368-369, n° 750.

(483) Cass., 9 septembre 1994, précité ; J. DE GAVRE, « Des renonciations et transactions ayant pour objet la pension de l'article 301 du Code civil depuis la loi du 9 juillet 1975 », *o.c.*, p. 35, n° 13 ; *contra* : J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, 2<sup>e</sup> éd., Anvers, Kluwer, 2004, p. 228, n° 571. Comp. : E. VIEUJEAN, « Les effets du divorce », *o.c.*, VI.3.4.-5, n° 4.8 (c'est l'intention des parties qui imprime un caractère transactionnel ou non définitif à une convention relative au montant de la pension alimentaire).

(484) *Contra* : J.-L. RENCHON, « Les vicissitudes de la législation belge sur le divorce : bilan de l'évolution du droit positif depuis 1972 », *Ann. Dr. Louvain*, 1976, pp. 108-109, n°s 103-104.

Les époux ne peuvent pas *renoncer* au droit à la pension alimentaire avant la dissolution du mariage (art. 301, § 9, al. 1<sup>er</sup>), mais seulement « transiger » sur le montant de la pension<sup>(485)</sup>, en cours de procédure (art. 301, § 9, al. 2)<sup>(486)</sup> ou en cours de mariage (art. 301, § 1<sup>er</sup>)<sup>(487)</sup>.

**511. Capitalisation à la demande du débiteur.** À l'inverse des conventions précitées, la capitalisation de la pension est une forme de paiement que le débiteur seul<sup>(488)</sup> peut demander (art. 301, § 8 *in fine*). Le débiteur peut en effet préférer s'acquitter en une seule fois de sa dette plutôt que maintenir un rapport financier avec l'ex-conjoint.

Le juge apprécie l'opportunité de la capitalisation, qui peut exposer le créancier au risque d'une mauvaise gestion, en plus de l'inflation<sup>(489)</sup>, mais non le montant du capital, déterminé selon des règles de calcul strictes en fonction de la durée du mariage<sup>(490)</sup>. La capitalisation est définitive<sup>(491)</sup>.

### 3. Effets patrimoniaux

**512. Dissolution du régime matrimonial. Liquidation-partage.** La dissolution du mariage entraîne la liquidation du régime matrimonial et le partage des biens des époux (art. 1427, 2<sup>o</sup>). S'agissant d'un effet patrimonial entre époux, elle opère rétroactivement à la date de la première demande en divorce (art. 1278, al. 2, C. jud. ; *supra*, n<sup>o</sup> 462). Entre ce jour et le partage s'étend la période d'indivision post-communautaire<sup>(492)</sup>.

(485) Bruxelles, 13 décembre 2011, *T. Fam.*, 2012, note S. MATTHE, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 871 (somm.). Pour une critique de cette restriction à la liberté contractuelle : A.-C. VAN GYSEL, « Quelques questions au sujet de la pension alimentaire après divorce », *o.c.*, p. 139. Selon l'auteur, un accord sur une renonciation à la pension après divorce dans le jugement de divorce est valable (suppression de la pension concomitante à la dissolution du mariage), au contraire de l'accord coulé dans une convention sous seing privé ou notariée, qui ne peut intervenir que lorsque que le jugement de divorce aura force de chose jugée (pp. 139-140).

(486) Notons que l'art. 301, § 9, al. 2, par suite d'une inadvertance législative, renvoie encore à l'art. 1257 C. jud. pourtant abrogé par la loi du 2 juin 2010.

(487) « à tout moment » in art. 301, § 1<sup>er</sup> : C. VAN ROY, « De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting », *o.c.*, p. 140, n<sup>o</sup> 207 ; A.-C. VAN GYSEL, « Quelques questions au sujet de la pension alimentaire après divorce », *o.c.*, p. 139, note 294. Voir avant le mariage : F. SWENNEN, « Over alimentatieovereenkomsten en echtscheiding (en ook een beetje over Odysseus) », *o.c.*, p. 1337.

(488) C.A., 14 septembre 2006, n<sup>o</sup> 136/2006, *Div. Act.*, 2007, p. 6, note J.-C. BROUWERS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1068 (pas de discrimination).

(489) En ce sens : J.-L. RENCHON, « Les vicissitudes de la loi belge sur le divorce », *o.c.*, pp. 105-106, n<sup>o</sup> 98.

(490) *Contra* : A.-Ch. VAN GYSEL, « La pension après divorce pour cause de désunion irrémédiable : un essai de lecture », *o.c.*, p. 124.

(491) Sur les incidences fiscales : J.-E. BEERNAERT, « Capita selecta inzake onderhoudsgelden en fiscaliteit », *N.F.M.*, 2004, p. 94 ; G. VAN DEN BERG, « Déduction fiscale des capitaux tenant lieu de rentes alimentaires », *Div. Act.*, 1996, p. 42.

(492) Pour plus de détails : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 231 et s.

On détermine à cette date la *consistance* du patrimoine conjugal, à savoir les biens propres et le patrimoine commun, le patrimoine indivis, la société d'acquêts ou les biens sur lesquels est calculée la créance de participation aux acquêts (art. 1430). L'évaluation de ces biens s'effectue au jour du partage<sup>(493)</sup>.

La liquidation-partage comprend le *compte d'indivision* post-communautaire qui opère la répartition du solde des revenus indivis. On rappellera qu'y figure la valeur locative du logement indivis et que le liquidateur doit imputer la provision alimentaire sur la part de revenus indivis du créancier (*supra*, n° 477).

La liquidation-partage s'effectue en principe et de préférence à l'amiable (art. 1205 C. jud.) ou, à défaut, sur un mode judiciaire (art. 1207 C. jud.).

Dans ce dernier cas, le tribunal de la famille doit être saisi. La demande peut déjà lui être soumise dans le cadre du divorce, le cas échéant accompagnée de demandes relatives aux questions patrimoniales litigieuses que les parties souhaitent voir tranchées d'emblée parce qu'elles entraveront la mission du notaire liquidateur (art. 1209 C. jud.).

Le juge désigne un notaire liquidateur, dont le rôle dans la procédure est celui d'un « premier juge » (art. 1210 C. jud.). Le tribunal intervient en seconde ligne pour homologuer ou critiquer l'état liquidatif du notaire, pour entériner ou critiquer ses avis sous les éventuelles objections des parties consignées dans le « procès-verbal des litiges ou difficultés » (art. 1223, § 3, C. jud.). Ce tribunal peut être invité à trancher des contestations en cours de procédure par un « procès-verbal intermédiaire » (art. 1216, C. jud.)<sup>(494)</sup>.

Les accords partiels relatifs à la liquidation du régime matrimonial conclus durant la procédure en divorce l'ont été sous la double condition suspensive du prononcé du divorce et de leur entérinement au cours de la procédure de liquidation-partage.

**513. Exclusion de biens ou de dettes de la liquidation de la communauté.** La *ratio legis* de la rétroactivité de la dissolution du mariage entre époux quant à leurs biens est la disparition présumée de toute collaboration patrimoniale dès ce moment. Les époux sont censés agir dans leur propre intérêt ; les revenus promérités, les biens acquis et les dettes contractées doivent alimenter ou grever leurs patrimoines personnels. Il arrive cependant que la collaboration patrimoniale ait disparu bien avant la demande en divorce, souvent dès la séparation de fait. Pour des raisons

(493) Pour plus de détails : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 269, n° 252.

(494) Pour plus de détails : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 281-300.

d'équité, la loi permet dans ce cas d'exclure de la liquidation de la communauté des biens acquis et des dettes contractées depuis la séparation (art. 1278, al. 4-5, C. jud.).

Le juge décide sur la base de « circonstances exceptionnelles » révélant la disparition de la collaboration patrimoniale entre les époux. Le juge n'est pas autorisé à décréter que la date de dissolution du régime matrimonial précéderait la première demande en divorce. Toutefois, selon la Cour de cassation, la décision d'exclure des biens ou des dettes de la liquidation de la communauté peut comprendre l'ensemble des biens et dettes acquis ou contractés durant la séparation antérieure à la première demande, pourvu qu'ils soient énumérés<sup>(495)</sup>.

**514. Caducité des avantages matrimoniaux.** Par l'effet du divorce pour désunion irrémédiable, les deux époux perdent les avantages qu'ils se sont faits par contrat de mariage ou pendant le mariage (art. 299).

Ces avantages comprennent, d'une part, les droits de survie qui englobent les *clauses de partage inégal du patrimoine commun* et les *institutions contractuelles*. Sont caduques, d'autre part, toutes les *donations* consenties par contrat de mariage ou sous une autre forme irrévocable, par exemple par désignation bénéficiaire d'une *assurance-vie*. Les avantages qui résultent non de la liquidation, mais de la composition ou du fonctionnement du régime matrimonial (ex. : apport ou stipulation de communauté universelle, qualification commune des revenus inégaux, etc.), sont maintenus<sup>(496)</sup>.

Les parties peuvent, par convention, exclure cette déchéance (art. 299). Une telle convention peut figurer dans le contrat de mariage ou dans des conventions prélabales à divorce par consentement mutuel. Elle peut être conclue pendant la procédure en divorce ou durant les opérations de liquidation-partage.

**515. Droits successoraux. Exhérédation du conjoint séparé.** Le conjoint divorcé ou séparé de corps perd ses droits successoraux dès que le jugement de divorce est définitif (art. 731). Peut s'y substituer, une créance alimentaire à charge de la succession de l'ex-conjoint (art. 301, § 6 *jo*).

(495) Cass., 21 novembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 341, R.W., 1980-1981, col. 2252, *Rev. trim. dr. fam.*, 1981, p. 420, *T. Not.*, 1981, p. 27. Comp. en France : art. 1442, al. 2, C. civ. (report de la date de dissolution de la communauté). Pour plus de détails : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 223-225, n<sup>os</sup> 219-221.

(496) C.A., 23 novembre 2005, n<sup>o</sup> 170/2005, R.W., 2006-2007, p. 397, note M. MUYLLE, *N.F.M.*, 2006, p. 186, note C. CASTELEIN et M. MUYLLE. Pour plus de détails : R. BARBAIX, N. GEELHAND et A. VERBEKE, *Huwelijksvoordelen*, Gand, Larcier, 2010 ; Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, « Les avantages matrimoniaux. Aspects civils et fiscaux », *Rev. not. belge*, 2002, p. 270 ; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 226-230, n<sup>os</sup> 223-224 ; G. VERSCHULDEN, « De huwelijksvoordelen na echtscheiding », in *De hervorming van het echtscheidingsrecht. Commentaar op de wet van 27 april 2007*, Anvers, Intersentia, 2008, pp. 46 et s.

205bis, §§ 1<sup>er</sup>, 3, 4 et 5 ; *infra*, n° 803). Sont visés les droits successoraux *ab intestat* et réservataires. Les libéralités testamentaires ne sont pas révoquées implicitement par l'existence d'une instance en divorce ni par le prononcé de celui-ci<sup>(497)</sup>.

Ainsi le décès d'un époux pendant la procédure en divorce ouvre au conjoint survivant le bénéfice de sa vocation successorale de droit commun (art. 745bis)<sup>(498)</sup>.

Il n'en est autrement que si le conjoint survivant a été exhéredé par testament dans le respect des conditions prescrites par l'article 915bis, § 3, du Code civil, à savoir : les époux sont séparés au jour du décès depuis plus de 6 mois<sup>(499)</sup> ; le testateur a réclamé<sup>(500)</sup> par acte judiciaire une résidence séparée ; depuis cet acte, les époux n'ont pas repris la vie commune<sup>(501)</sup>. La jurisprudence accepte que le testament exhéredatif soit antérieur à la séparation<sup>(502)</sup> et que l'exhéredation soit implicite<sup>(503)</sup>. Sur un plan théorique, cette institution et la souplesse de sa mise en œuvre fragilisent la réserve successorale du conjoint survivant, mais elle semble peu connue et de faible occurrence pratique.

#### 4. Effets à l'égard des enfants

##### 516. Absence d'incidence du divorce sur les droits et devoirs parentaux.

**Renvoi.** L'autorité et les devoirs parentaux ne sont pas affectés par le divorce. Il a fallu longtemps au législateur pour le proclamer (art. 302, réd. L. du 13 avril 1995)<sup>(504)</sup>. Après le divorce, l'autorité parentale demeure conjointe (art. 373 et s.) et les parents continuent de contribuer selon

(497) Liège, 24 janvier 2007, *J.T.*, 2007, p. 206, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1187 (donation entre époux) ; Anvers, 16 juin 2003, *R.A.B.G.*, 2005, p. 720 (donation entre futurs époux). Sur les formes de la révocation : P. DELNOY, « Flux et reflux de la révocabilité des donations entre époux », in *Liber Amicorum Gustaaf Baeteman*, Anvers, Kluwer, 1996, p. 85, n° 7.

(498) Les effets du divorce entre époux se produisant au moment où la décision prononçant le divorce est passée en force de chose jugée, si l'une des parties décède après ce terme, fût-ce avant la transcription du divorce, le survivant n'est pas héritier : Liège, 24 janvier 2007, *J.T.*, 2007, p. 206, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1187.

(499) Civ. Turnhout, 7 juin 2000, *R.W.*, 2002-2003, p. 992.

(500) Il ne doit pas nécessairement l'avoir obtenue. Voy. : J.P. Verviers, 25 avril 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1593, obs. Y.-H. LELEU. Le simple dépôt d'une requête en divorce sans qu'aucune demande de résidence séparée ne soit formulée n'est cependant pas suffisant : Liège, 19 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 654.

(501) Pour plus de détails : C. DE BUSSCHERE, *De feitelijke scheiding der echtgenoten en de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding*, 2<sup>e</sup> éd., o.c., pp. 312-313, n°s 500-501 ; W. PINTENS, J. DU MONGH, Ch. DECLERCK et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, o.c., pp. 992 et s.

(502) Cass., 22 décembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 1139, *Rev. not. belge*, 1995, p. 162, *T. Not.*, 1995, p. 523, note C. DE BUSSCHERE, *R. Cass.*, 1995, p. 226, note J. BAEL, *R.W.*, 1995-1996, p. 393.

(503) M. PUELINCKX-COENE, N. GEELHAND et F. BUYSSENS, « Giften (1993-1998) – Overzicht van rechtspraak », o.c., p. 1090, n° 516 et les réf. cit. ; comp. : Civ. Liège (réf.), 23 novembre 1995, *Rev. not. belge*, 1996, p. 294, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 209.

(504) Civ. Bruxelles, 12 janvier 1996, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 378 ; B. POELEMANS, « De nieuwe regeling van het ouderlijk gezag », in *Co-ouderschap en omgangsrecht* (P. SENAËVE éd.), Anvers,

leurs facultés à l'entretien des enfants (art. 203). C'est plutôt la modification du mode de vie des parents divorcés qui légitime d'autres modalités d'exercice de l'autorité parentale et d'entretien des enfants. La *séparation des résidences* oblige à mettre en place un partage de l'hébergement de l'enfant et à organiser ses contacts avec ses deux parents, par priorité sur un mode égalitaire. Une *mésentente fondamentale* entre eux ouvre la possibilité de réorganiser plus en profondeur les prérogatives d'autorité parentale pour substituer à l'exercice conjoint un exercice exclusif<sup>(505)</sup>. Quant à l'entretien de l'enfant, il ne sera plus exécuté principalement en nature, mais partiellement sous forme de contribution financière.

Toutes ces questions se posent dans les mêmes termes pour tous les parents séparés et seront analysées ultérieurement (*infra*, n<sup>os</sup> 745 et s. et 786 et s.). Seules les particularités liées au divorce, essentiellement d'ordre procédural, sont traitées ici.

**517. Maintien des mesures provisoires ou de l'accord des époux entériné.** Comme la séparation des époux intervient bien avant le divorce et appelle rapidement les aménagements précités des droits et devoirs parentaux, la loi préconise le maintien après le divorce de l'organisation judiciaire ou amiable élaborée depuis la séparation. Elle dispose (art. 302) que l'*autorité sur la personne de l'enfant et l'administration de ses biens* sont exercées conjointement ou par celui à qui elles ont été confiées, soit par un accord homologué des parties (art. 1256 C. jud.), soit par une ordonnance du tribunal de la famille (art. 1253ter/4 à 1253ter/6 C. jud.). Toutes ces mesures judiciaires auront obligatoirement réglé l'*hébergement* de l'enfant et ses modalités (art. 374, al. 5). Enfin, les parents continuent de contribuer à l'*entretien de l'enfant* de la manière fixée par les décisions prises en cours de procédure ou avant celle-ci<sup>(506)</sup>.

**518. Modification judiciaire des dispositions relatives aux enfants.** Quelle que soit sa source – judiciaire, conventionnelle ou factuelle –, une disposition relative à l'*autorité parentale* n'a d'effet que *rebus sic stantibus*. D'ailleurs, l'article 302 du Code civil réserve la compétence du tribunal de la famille pour modifier à tout moment les dispositions relatives à l'autorité parentale (art. 387bis). Rappelons que les causes relatives à l'autorité parentale sont réputées urgentes par l'article 1253ter/4, § 2, 2<sup>o</sup>, du Code judiciaire et seront donc traitées comme en référé.

Maklu, 1995, pp. 138 et s., n<sup>os</sup> 144 et s. ; J. Sosson, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », *Ann. Dr. Louvain*, 1996, p. 158, n<sup>o</sup> 61.

(505) On rappellera que l'exercice exclusif de l'autorité parentale, confié au parent « innocent », était la norme avant 1995.

(506) Arg. tiré de l'art. 203 et de l'abrogation de l'ancien art. 303.

Saisi d'une demande d'évaluation de la contribution alimentaire, le tribunal peut tenir compte des conditions de vie des enfants durant la vie commune<sup>(507)</sup>.

**519-539. Modification amiable des dispositions relatives aux enfants.** Les parents peuvent-ils modifier à l'amiable les dispositions relatives à leurs enfants telles qu'elles résultent des décisions précitées, d'un accord antérieur ou d'une situation de fait ? La Cour de cassation a répondu par l'affirmative à propos de l'*entretien des enfants* et fixé le cadre de l'autonomie de la volonté des parents, à savoir la contribution à la dette dans le respect de l'obligation envers l'enfant (*infra*, n° 567). Certains auteurs en ont douté à propos de l'*autorité parentale* et préconisé une homologation judiciaire préalable (*infra*, n° 582). Une telle formalité n'est pas imposée par la loi et semble inopportune, les parents étant aptes à apprécier l'intérêt de leurs enfants, sachant que tout accord contraire à celui-ci sera révisé (art. 387bis).

## SECTION 4

### Le divorce par consentement mutuel

**540. Bibliographie.** Ch. AUGHUET, « Les modifications en matière de divorce par consentement mutuel », *Div. act.*, 2007, p. 127 ; F. BUYSENS, « Overzicht van rechtspraak EOT (2001-2012) », *T. Fam.*, 2013, p. 48 ; F. BUYSENS, « De EOT en de verdeling van aanwinsten, meerwaarden en pensioenrechten », in *Travail et relation. Rapports du congrès notarial 2013* (F.R.N.B. éd.), Gand, Larcier, 2013 ; F. BUYSENS et J.-E. BEERNAERT, « Le divorce par consentement mutuel. Chronique de jurisprudence (2001-2012) », *Act. dr. fam.*, 2014, p. 2 ; J.-Ch. BROUWERS, « La réforme du divorce (loi du 27 avril 2007) », *Rev. not. belge*, 2007, p. 582 ; S. BROUWERS, *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, Bruxelles, Larcier, 2010 ; S. BROUWERS, « De echtscheiding door onderlinge toestemming », in *De hervorming van het echtscheidingsrecht. Commentaar op de wet van 27 april 2007* (P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHULDEN éd.), Anvers, Intersentia, 2008, p. 141 ; F. BUYSENS, « Echtscheiding door onderlinge toestemming na de wet van 27 april 2007 », *N.F.M.*, 2008, p. 3 ; F. BUYSENS, « De familierechtelijke overeenkomsten voorafgaand aan echtscheiding door onderlinge toestemming », in *Actualia Familiaal Vermogensrecht* (L. WEYTS, A. VERBEKE et E. GOVAERTS éd.), Louvain, Universitaire Pers, 2003, p. 111 ; F. BUYSENS, « Overzicht van rechtspraak (1994-2000) – Echtscheiding door onderlinge toestemming », *E.J.*, 2001, pp. 70 et 88 ; F. BUYSENS, « Enkele topics bij de redactie van overeenkomsten inzake echtscheiding door onderlinge toestemming », *N.F.M.*, 1997, p. 189 ; H. CASMAN, « Nieuw echtscheidingsrecht toelichting voor de notariële praktijk », *N.F.M.*, 2007, p. 277 ; J. DE GAVRE (éd.), *Le divorce en Belgique : controverses et perspectives*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991 ; F. DEGUEL, Y.-H. LELEU et S. LOUIS, « Du divorce par

(507) Cass., 12 janvier 1978, *J.T.*, 1978, p. 348.

consentement mutuel », in *La jurisprudence du Code judiciaire commentée 2014. Procédures particulières et droit judiciaire de la famille* (P. MOREAU éd.), Bruges, die Keure, 2014, pp. 260 et s ; S. DEMARS, *Les procédures en divorce. La réforme de la réforme. Loi du 20 mai 1997*, Bruxelles, Larcier, 1997 ; A. DUELZ, J.-Ch. BROUWERS et Q. FISCHER, *Le droit du divorce*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2009 ; M. GRÉGOIRE et P. VAN DEN EYNDE (éd.), *La réforme du divorce*, Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia/Bruylant, 1994 ; R. HEMELSOEN, *EOT-overeenkomsten. Een empirisch-juridische studie*, Anvers, Intersentia, 2012 ; Y.-H. LELEU, « Les conventions patrimoniales préalables au divorce par consentement mutuel », *R.G.D.C.*, 1999, p. 369 ; Y.-H. LELEU, « Le divorce par consentement mutuel », in *Divorce et aliments*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 189 ; 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 éd.), Bruxelles, Larcier, 2007, p. 133 ; G. MAHIEU, « Le divorce et la séparation de corps », *Rép. not.*, t. I, l. VI, Bruxelles, Larcier, 1987 ; 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 ; J.-P. MASSON, Ph. DE PAGE et G. HIERNAUX (éd.), *Démariage et coparentalité. Le droit belge en mutation*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1997 ; M.-Th. MEULDERS-KLEIN (éd.), *Divorce par consentement mutuel. La réforme de la réforme 1997*, Liège, CUP, 1998 ; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Le démariage consensuel », *Rev. trim. dr. civ.*, 1995, p. 559 ; P. MOREAU, « Divorce et séparation de corps par consentement mutuel – Intercalaire », *Rép. not.*, t. I, l. VI, Bruxelles, Larcier, 1998 ; W. PINTENS, *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, Anvers, Kluwer, 1982 ; F. POELMAN, « Pour une réforme urgente du divorce par consentement mutuel », *J.T.*, 1982, p. 369 ; J.-L. RENCHON, « À propos de quelques idées reçues en matière de divorce par consentement mutuel », in *Liber Amicorum Léon Raucent*, Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia/Bruylant, 1992, p. 340 ; L. ROUSSEAU, « Le nouveau divorce par consentement mutuel », *Rev. not. belge*, 2008, p. 436 ; P. SENAEVE (éd.), *Echtscheiding*, Louvain, Acco, 1990 ; P. SENAEVE et W. PINTENS (éd.), *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*, Anvers, Maklu, 1997 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « Divorce par consentement mutuel et vices du consentement », *Act. dr. fam.*, 2013, p. 54 ; 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 huwe-lijkvoordelen », *T. Fam.*, 2007, p. 138.

**541. Généralités.** Le divorce par consentement mutuel (art. 230 C. civ. ; art. 1287-1304 C. jud.) a subi des avatars liés aux variations d'opinion des législateurs successifs sur le principe même de la dissolution amiable du mariage. Introduit en Belgique dès 1804<sup>(508)</sup> sous une forme très restrictive emportant de sérieuses mises à l'« épreuve » (conditions de fond rigides, comparutions multiples, sanctions patrimoniales), la

(508) En France, le divorce a été abrogé dès la Restauration (L. du 8 mai 1816), puis rétabli par la loi Naquet du 27 juillet 1884 sauf dans sa forme consensuelle. Il a fallu pour cela attendre la loi du 11 juillet 1975.

législation s'est assouplie<sup>(509)</sup> pour prendre une forme très libérale avec les lois des 30 juin 1994 et 20 mai 1997, encore accrue par celles du 27 avril 2007<sup>(510)</sup> et du 30 juillet 2013<sup>(511)</sup>. Le consentement mutuel est la « cause » du divorce, mais la dissolution du mariage demeure une prérogative du juge<sup>(512)</sup> et les époux doivent s'accorder au préalable sur tous ses effets.

Le divorce par consentement mutuel a connu un succès très important (75 % des divorces ; *supra*, n° 433), dû à ses vertus pacificatrices et au règlement global des conséquences du divorce<sup>(513)</sup>. Son succès décroît depuis la réforme de 2007 (50 % des divorces), car il affronte la « concurrence » d'une procédure contentieuse pouvant être plus rapide, parfois moins chère, reportant à plus tard le règlement des effets de la dissolution du mariage.

Le divorce par consentement mutuel a pu attirer à lui des époux en conflit, pressés de se séparer à peu de frais, mais n'étant pas dans les meilleures dispositions pour négocier un règlement équilibré des conséquences de leur rupture. La conséquence en fut que la jurisprudence et la loi ont étendu les possibilités de modifier ou d'annuler les conventions préalables, sans remettre le divorce en question. Le développement récent d'une jurisprudence admettant l'abus du droit de réclamer le paiement d'une pension alimentaire conventionnelle confirme ce phénomène<sup>(514)</sup>.

(509) Sur cette évolution : G. MAHIEU, « Divorce et séparation de corps », *Rép. not.*, t. I, l. VI, Bruxelles, Larcier, 1987, n° 3 ; W. PINTENS, *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, Anvers, Kluwer, 1981, pp. 117 et s., n°s 192 et s.

(510) Sur cette réforme, voy. not. : Ch. AUGHUET, « Les modifications en matière de divorce par consentement mutuel », *Div. Act.*, 2007, p. 127 ; F. BUYSENS, « Echtscheiding door onderlinge toestemming na de wet van 27 april 2007 », *N.F.M.*, 2008, p. 4 ; 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 éd.), Bruxelles, Larcier, 2007, p. 132 ; L. ROUSSEAU, « Le nouveau divorce par consentement mutuel », *Reu. not. belge*, 2008, p. 436.

(511) Voy. : D. PIRE, « La loi du 30 juillet 2013 sur le tribunal de la famille et de la jeunesse », *o.c.*, p. 198 et « Tribunal de la famille et de la jeunesse : loi réparatrice », *o.c.*, p. 181 ; J.-P. MASSON, « Le tribunal de la famille et le divorce », in *États généraux du droit de la famille*, Limal/Bruxelles, Anthemis/Bruylant, 2014, p. 107.

(512) Voy. : J.-L. RENCHON, « Vers un divorce non judiciaire ? », *o.c.*, p. 187.

(513) Le projet de loi (*Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-2341/001), qui est devenu la loi du 27 avril 2007 réformant le divorce, envisageait une procédure unique de divorce pour désunion irrémédiable dans laquelle s'intégrait le divorce par consentement mutuel. Face aux critiques (voy. déjà F. BUYSENS, « De echtscheiding door onderlinge toestemming – Pleidooi voor een redelijke hervorming », *E.J.*, 2005, p. 84), le législateur a décidé de maintenir ce type de divorce.

(514) Voy. à ce sujet : G. VERSCHULDEN, « Relitigatie na echtscheiding door onderlinge toestemming », in *Echtscheiding* (G. VERSCHULDEN éd.), Malines, Kluwer, 2010, pp. 35-85.

## § I. Conditions

**542. Consentement mutuel et persévérant.** Le consentement mutuel devait être « persévérant ». Cette condition ne se retrouve plus comme telle dans la loi<sup>(515)</sup> mais demeure certaine<sup>(516)</sup>. Le consentement doit être maintenu jusqu'au prononcé du divorce<sup>(517)</sup>, comme c'était le cas auparavant<sup>(518)</sup>.

**543. 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 (*supra*, n° 455). Ainsi, une *personne sous protection judiciaire*, que le juge de paix n'a pas déclarée incapable de demander le divorce ou l'y a expressément autorisée (art. 231), introduira seule la procédure, mais devra être représentée ou assistée par son administrateur de la personne ou des biens pour la conclusion des conventions préalables selon qu'elles visent les aspects personnels ou patrimoniaux.

**544. 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 (*supra*, n° 440).

Par ce « stage marital », le législateur voulait empêcher les époux d'user de la forme consensuelle du divorce dès les premières difficultés conjugales et accessoirement éviter les mariages peu réfléchis<sup>(519)</sup>. Le principe d'imposer des délais de réflexion dans le cadre du divorce par consentement mutuel n'a pas totalement disparu, ainsi qu'en témoigne le

(515) Art. 233 ancien, abrogé par la loi du 27 avril 2007.

(516) Arg. art. 1291 C. jud. Rapp. art. 1295 C. jud.

(517) Le consentement peut être retiré sans formalité par l'un des époux en cours de procédure (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 », *o.c.*, p. 4 ; J. GERLO et G. VERSCHULDEN, *Handboek voor familierecht*, *o.c.*, p. 557, n° 1720 ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 381, n° 648.

(518) Civ. Bruxelles, 12 janvier 2001, *J.T.*, 2001, p. 388 (somm.) ; 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, jugement égal. publié in *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 596 (somm.), *R.W.*, 1997-1998, p. 1342, note W. PINTENS.

(519) Voy. not. : *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-2341/018, p. 31 ; *Doc. parl.*, Sén., n° 3-2068/004, p. 47.

délai de séparation de 6 mois requis pour obtenir le prononcé du divorce dans le cadre d'une procédure purement écrite (*infra*, n° 572).

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<sup>(520)</sup> (*supra*, n° 326).

## § 2. Conventions préalables

**545. Généralités. Force obligatoire et force exécutoire.** Le divorce par consentement mutuel requiert l'accord préalable des époux sur *toutes*<sup>(521)</sup> 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 (art. 1288, C. jud.). Elles sont déposées au greffe du tribunal de la famille avec la requête en divorce (art. 1288*bis*, § 1<sup>er</sup>, al. 4, 1°, C. jud.).

Comme tout contrat, les conventions préalables ont *force obligatoire* entre les parties (art. 1134, al. 1<sup>er</sup>)<sup>(522)</sup>, du moins celles relatives aux époux, avec une réserve quant aux conventions alimentaires (art. 1288, al. 3, C. jud.) ; celles concernant les enfants touchent à l'ordre public et sont susceptibles de modifications sur demande unilatérale après le divorce (*infra*, n° 585).

La rédaction des conventions préalables en forme notariée<sup>(523)</sup> leur confère la *force exécutoire*, du moins pour les obligations susceptibles d'exécution forcée et formulées avec précision<sup>(524)</sup> (ex. : pension

(520) Dans le même sens : F. BUYSSENS, « Echtscheiding door onderlinge toestemming na de wet van 27 april 2007 », *o.c.*, p. 3 ; L. ROUSSEAU, « Le nouveau divorce par consentement mutuel », *o.c.*, p. 439.

(521) En cas de divorce pour désunion irrémédiable, il est possible pour les époux de conclure des accords sur certaines conséquences du divorce (*supra*, n° 493). Au cours des travaux préparatoires de la loi du 27 avril 2007, fut émise l'idée de permettre, dans le cadre du divorce par consentement mutuel, l'adoption d'accords partiels. Cette piste fut cependant abandonnée (F. BUYSSENS, « Echtscheiding door onderlinge toestemming na de wet van 27 april 2007 », *o.c.*, p. 4).

(522) 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 ; Cass., 15 octobre 1987, *Rev. not. belge*, 1988, p. 48, note J. EM., *J.T.*, 1988, p. 143, *R.R.D.*, 1988, p. 17, R. W., 1987-1988, p. 1506 ; Cass., 4 novembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 263, *R.C.J.B.*, 1979, p. 464, note M.-Th. MEULDERS-KLEIN.

(523) Le législateur a supprimé en 1994 les mots « par notaire » de l'article 1287 C. jud. Certaine doctrine en déduisait auparavant l'obligation de recourir à la forme notariée. D'autres auteurs limitaient cette obligation à l'hypothèse où un immeuble faisait l'objet d'un accord entre époux.

(524) 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 ; G. de LEVAL, « La force exécutoire de l'acte notarié », *Chron. dr. not.*, 1992, vol. XV, pp. 145 et s. ; C. RÉMON, « La force exécutoire de l'acte notarié et

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<sup>(525)</sup>.

## I. Inventaire

**546. 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 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.)<sup>(526)</sup>. Il portera sur l'ensemble du patrimoine conjugal, y compris les biens et les dettes propres ou personnels<sup>(527)</sup>, quel que soit le régime matrimonial. Certains auteurs défendent la validité d'un inventaire portant sur une partie des avoirs des époux<sup>(528)</sup>, position critiquable au regard de la nature et de la finalité de l'acte, ainsi que de ses sanctions<sup>(529)</sup>.

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<sup>(530)</sup>. Ce procédé évite la solennité de l'inventaire, mais sa force probante est inférieure.

---

son exécution directe », *Rev. not. belge*, 1978, p. 302 ; K. BROECKX, « De uitvoerbare kracht van de notariële akte », *T.P.R.*, 1991, p. 38, n<sup>os</sup> 8 et s.

(525) 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. Sur l'exécution forcée des conventions relatives à l'autorité parentale, *infra*, n<sup>o</sup> 777.

(526) 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 », *o.c.*, p. 548 ; Th. VAN SINAY, « Enkele actuele topics inzake boedelbeschrijving », *o.c.*, p. 239.

(527) Cass., 15 juin 1999, *Pas.*, 1999, p. 867, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1076, obs. R. BOURSEAU, *Div. Act.*, 2000, 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 ; P. VAN DEN EYNDE, « Faut-il encore dresser un inventaire ? », in *La réforme du divorce. La loi du 30 juin 1994* (M. GRÉGOIRE et P. VAN den EYNDE éd.), Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia/Bruylant, 1994, p. 96 ; A. DUELZ, J.-Ch. BROUWERS et Q. FISCHER, *Le droit du divorce*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 309, n<sup>o</sup> 428 ; *contra* : F. BUYSSENS, « De echtscheiding door onderlinge toestemming », 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. SENAËVE et W. PINTENS éd.), Anvers, Maklu, 1997, pp. 267-268, n<sup>o</sup> 606 ; J.-F. TAYMANS, « Le règlement des effets patrimoniaux », in *Divorce. Commentaire pratique* (G. BOLIAU éd.), Bruxelles, Kluwer, VII.2.1-6, n<sup>o</sup> 1.13.

(528) J.-F. TAYMANS, « Le règlement des effets patrimoniaux », *o.c.*, VII.2.1-6, n<sup>os</sup> 1.14-1.15 ; P. VAN den EYNDE, « Faut-il encore dresser un inventaire ? », *o.c.*, p. 101.

(529) G. MAHIEU, « Divorce et séparation de corps », *o.c.*, n<sup>o</sup> 25.

(530) A. DUELZ, J.-C. BROUWERS et Q. FISCHER, *Le droit du divorce*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 310, n<sup>o</sup> 428 ; Y.-H. LELEU, « Aspects patrimoniaux : les conventions relatives aux biens », in *Divorce par*

**547. Omissions.** L'omission *involontaire* de biens dans l'inventaire peut être réparée avant le dépôt de la requête au moyen d'un inventaire complémentaire<sup>(531)</sup>. 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<sup>(532)</sup>. L'abstention *intentionnelle* de déclarer des biens est sanctionnée pénalement (faux serment – art. 226 C. pén.)<sup>(533)</sup> et les conventions préalables biaisées sont annulables pour dol (*infra*, n° 586). En outre, la sanction du recel menace l'époux dissimulateur (art. 1448)<sup>(534)</sup>.

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

### 1° Généralités

**548. 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 préférons celle préconisée par M<sup>me</sup> Casman<sup>(535)</sup> entre, d'une part, la convention relative aux *droits et devoirs des époux* et, d'autre part, la convention relative aux *enfants*.

La première convention, qui comprend certains postes du traditionnel règlement familial (résidence des époux et pension alimentaire), peut<sup>(536)</sup> être de nature transactionnelle et soustraite à tout contrôle

*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 », *o.c.*, VII.2.1-14, n°s 1.35-1.37.

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

(532) Dans le même sens : J.-F. TAYMANS, « Le règlement des effets patrimoniaux », *o.c.*, VII.2.1.-11, n° 1.30.

(533) 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.

(534) En ce sens : Mons, 23 décembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 80 ; F. BUYSSENS, note sous Civ. Malines, 11 juin 1997, *E.J.*, 1999, p. 93, n° 3 ; J.-F. TAYMANS, « Le règlement des effets patrimoniaux », *o.c.*, VII.2.1.-12, n° 1.32 ; Comp. : H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, *o.c.*, p. 364, n° 924. L'époux « receleur » perd toute préférence au bien dissimulé, tandis que l'omission de dettes dans les conventions préalables est réparée par leur mise à charge de celui qui les a tenues secrètes. Pour plus de détails : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 276-278, n° 258-259 ; J. DU MONGH et 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 et B. VAN DER MEERSCH éd.), 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.

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

(536) À condition d'exclure la faculté de révision judiciaire de la pension alimentaire entre époux après le divorce (*infra*, n°s 561-1 et 584).

d'opportunité<sup>(537)</sup>. Les époux n'y sont liés ni par leur contrat de mariage ni par le régime légal. Un partage forfaitaire ou inégal peut dédommager l'époux qui peine à maintenir son niveau de vie ou qui a souffert de l'échec du mariage ou du comportement de l'autre.

La seconde convention, 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.

**549. Forme et publicité.** Lorsque le règlement transactionnel emporte une mutation de droits réels immobiliers<sup>(538)</sup>, la forme authentique s'impose pour toute la convention relative aux époux<sup>(539)</sup> car celle-ci doit être préalable au prononcé du divorce. Elle sera ensuite soumise par extrait littéral à la publicité hypothécaire. Tel n'est pas le cas lorsque des immeubles propres sont laissés à leur propriétaire ou des immeubles communs maintenus en indivision sans pacte d'indivision<sup>(540)</sup>.

(537) Civ. Louvain, 19 septembre 2001, R.W., 2002-2003, p. 1432 (dissolution possible sur la base de l'article 1184). En ce sens : H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, o.c., p. 364, n° 924 ; *contra* en ce qui concerne la pension alimentaire entre époux : W. PINTENS, *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, o.c., p. 219, n° 358, et note sous Cass., 16 juin 2000, R.W., 2000-2001, p. 241.

(538) 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.

(539) Anvers, 4 juin 2003, NjW, 2004, p. 59, note RdC, R.G.D.C., 2004, p. 350 ; 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 ; F. BUYSENS, « Enkele topics bij de redactie van de overeenkomsten inzake echtscheiding door onderlinge toestemming », *N.F.M.*, 1997, p. 192, n° 8 à 11 ; F. BUYSENS et J.-E. BEERNAERT, « Le divorce par consentement mutuel. Chronique de jurisprudence (2001-2012) », *Act. dr. fam.*, 2014, pp. 3-4, n° 5-6 ; 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 et G. VERSCHULDEN, *Handboek voor familierecht*, o.c., p. 559, n° 1730 ; Y.-H. LELEU, « Les conventions patrimoniales préalables au divorce par consentement mutuel », o.c., pp. 372-373, n° 7 ; P. MOREAU, « Divorce et séparation de corps par consentement mutuel – Intercalaire », *Rép. not.*, t. I, l. VI, Bruxelles, Larcier, 1998, n° 4-6 ; J.-F. TAYMANS, « Le règlement des effets patrimoniaux », o.c., VII.2.2.-2, n° 2.5. 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 : Q. FISCHER, in *Précis de droit de la famille* (A.-C. VAN GYSEL dir.), 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2009, 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 ; 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. Sur l'ensemble de la question : S. BEVERNAEGIE, « Les conventions de divorce par consentement mutuel, translatives ou déclaratives de droits réels immobiliers, doivent-elles nécessairement être passées en la forme authentique ? (note sous avis du M.P. du 15 avril 2013) », *Act. dr. fam.*, 2013, p. 209.

(540) En ce sens : P. MOREAU, « Divorce et séparation de corps par consentement mutuel – Intercalaire », o.c., n° 5 in fine.

**550. Règlement transactionnel lapidaire. Omissions.** Comme les époux sont obligés de transiger sur tous leurs droits respectifs (art. 1287, al. 1<sup>er</sup>), un *règlement patrimonial* qui stipulerait seulement que les parties, séparées de longue date, ont déjà partagé leurs biens, ou qu'il n'y a plus matière à partage, paraît contraire à la loi<sup>(541)</sup>. Il est souhaitable que les biens partagés ou attribués soient énumérés, du moins ceux d'importance. Au minimum la convention doit mentionner que chaque époux demeure ou devient propriétaire des biens (meubles) en sa possession.

La problématique de l'omission de biens du règlement transactionnel connaît un regain d'importance depuis que l'inventaire est devenu facultatif<sup>(542)</sup>.

Un bien<sup>(543)</sup> ou une dette<sup>(544)</sup> commun ou indivis omis *involontairement* dans les conventions préalables ou volontairement par les deux époux demeure indivis et peut faire l'objet d'un partage complémentaire après le divorce<sup>(545)</sup>. 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<sup>(546)</sup>. De même si les époux règlent *avant* le divorce le sort d'un bien commun séparément du règlement transactionnel (pour des raisons fiscales par exemple), ils doivent respecter les formes de la modification du régime matrimonial<sup>(547)</sup>. À défaut le bien reste indivis.

La solution est différente en cas d'omission *frauduleuse* dans le chef d'un des époux. Le dol vicie les conventions patrimoniales et peut entraîner la chute de toute la convention relative aux époux (*infra*, n° 586).

(541) *Contra* : Liège, 4 octobre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1720, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 284 ; J.-F. TAYMANS, « Le règlement des effets patrimoniaux », *o.c.*, n° 2.11 ; 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.

(542) Voy. : F. BUYSENS, « 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.

(543) 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° 580).

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

(545) *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. BUYSENS. 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 », *o.c.*, 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. HIERNAUX éds), Bruxelles, E. Story-Scientia, 1996, p. 97, n° 24).

(546) N. GEELHAND, note précitée, pp. 397-398, n° 10. *Contra* : F. BUYSENS et J.-E. BEERNAERT, « Le divorce par consentement mutuel. Chronique de jurisprudence (2001-2012) », *o.c.*, p. 6, n° 12.

(547) *Cass.*, 25 février 2010, *Pas.*, 2010, p. 555, *R.A.B.G.*, 2011, p. 371, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 1072 (somm.), note J.-L. RENCHON, *R.W.*, 2011-2012, p. 446 (comme le précise M. Renchon, cet arrêt est limité au régime de communauté, car des époux séparés de biens pourraient régler par acte sous seing privé le sort d'un bien indivis, avant un divorce par consentement mutuel).

En outre, si les époux sont mariés en régime de communauté, celui qui dissimule un bien lors des opérations de liquidation-partage est coupable de recel (art. 1448)<sup>(548)</sup>.

## 2° Immeubles communs et indivis

**551. Attribution ou vente.** Les immeubles communs ou indivis<sup>(549)</sup> 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<sup>(550)</sup>.

Si le règlement des droits donne lieu au versement d'une soulte, celle-ci sera stipulée payable entre les mains du notaire, si possible pendant l'instance en divorce<sup>(551)</sup>. L'attribution, quant à elle, produit ses effets le jour du prononcé (définitif) du divorce.

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<sup>(552)</sup>.

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

**552. Autres possibilités.** Le *maintien en indivision* de certains immeubles se justifie pour diverses raisons de fait, notamment donner le temps à l'époux contributaire de financer le solde de l'emprunt et la soulte de reprise, ou permettre aux enfants de demeurer dans leur cadre de vie, d'achever leurs études, voire d'occuper l'ancien logement et d'y accueillir leurs parents séparément si ceux-ci résident ailleurs. Les époux doivent conclure un pacte d'indivision, limité à 5 ans et soumis à transcription

(548) Voy. *supra*, n° 547 et note 534.

(549) Les époux peuvent aussi se vendre des *biens propres*, sans enfreindre l'article 1595 (H. CASMAN, note sous Cass., 16 juin 2000, R.C.J.B., 2002, p. 412), mais 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.

(550) Pour une formule de calcul de la soulte intégrant les modalités d'amortissement : J.-F. TAYMANS, « Le règlement des effets patrimoniaux », *o.c.*, VII.2.2.-8, n° 2.18.

(551) 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°, 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, I, I, Bruxelles, Larcier, 1987, n° 1032). Sur la *dispense d'inscription d'office* (art. 36 L. hyp.) : H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, *o.c.*, pp. 374-375, n° 951 ; G. MAHIEU, « Divorce et séparation de corps », *o.c.*, n° 154.

(552) Voy. Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 519-526, n° 455.

hypothécaire (art. 815, al. 2)<sup>(553)</sup>. Ils peuvent en outre 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<sup>(554)</sup>.

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<sup>(555)</sup>. 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<sup>(556)</sup> ; l'acceptation de la donation au profit d'un enfant mineur par l'autre parent suscite un conflit d'intérêts justifiant la désignation d'un tuteur *ad hoc* (art. 378, § 1<sup>er</sup>, al. 6, et 935, al. 3 ; *supra*, n° 292).

### 3° Biens professionnels

**553. Poursuite de l'activité et valorisation.** Si un époux exerce une activité professionnelle en qualité de *personne physique*, les conventions pré-alables pourront lui attribuer l'entreprise, le fonds de commerce ou la clientèle constitués pendant le mariage, et par conséquent communs en régime communautaire<sup>(557)</sup>. On peut envisager des indemnités transactionnelles visant à réajuster les contributions respectives des conjoints dans le développement de l'entreprise commune<sup>(558)</sup>. Avec M. De Page, nous considérons que l'estimation d'un actif commercial et sa valorisation

(553) Gand, 8 mai 2003, *NjW*, 2003, p. 971, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 794 (somm.). Ce bien indivis ne peut plus faire l'objet d'une attribution préférentielle (Gand, 15 mai 2008, *NjW*, 2009, p. 367, note GV), sauf si les époux se sont réservés cette faculté dans le pacte d'indivision (G. VERSCHULDEN, « Relitigatie na echtscheiding door onderlinge toestemming », *o.c.*, n° 17, p. 50).

(554) De manière abusive, certains stipulent que l'occupant ne peut résider dans l'immeuble avec un nouveau partenaire affectif. La jurisprudence fait cependant droit à de telles conditions : Bruxelles, 22 mai 2012, inédit, commenté par F. BUYSSENS et J.-E. BEERNAERT, « Le divorce par consentement mutuel. Chronique de jurisprudence (2001-2012) », *o.c.*, p. 3, n° 4 et p. 8, n° 19.

(555) Sur l'ensemble de la question : F. BUYSSENS, « Schenkingen aan minderjarigen bij echtscheiding door onderlinge toestemming », *o.c.*, p. 98.

(556) Pour une réfutation dans le contexte du divorce par consentement mutuel : F. BUYSSENS, « Schenkingen aan minderjarigen bij echtscheiding door onderlinge toestemming », *o.c.*, p. 99 ; W. PINTENS, *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, *o.c.*, p. 193, n° 311 ; L. RAUCENT, *Les libéralités*, Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia/Bruylant, 1991, p. 135, n° 175 ; plus généralement : Y.-H. LELEU, « L'aléa chasse la donation. Sortie de tontine et rentrée d'assurance », in *Les donations. Thèmes choisis* (H. CASMAN, Y.-H. LELEU et A. VERBEKE éd.), coll. Le droit patrimonial de la famille sans préjugés, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 97.

(557) 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 éd.), Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 91 et 101.

(558) 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 », *o.c.*, p. 847, n° 40.

n'ont de sens que s'il est mis fin à l'exercice de la profession, par exemple suite à un décès et/ou à une cession de l'actif professionnel<sup>(559)</sup>. La collaboration non rémunérée suscite de nombreux autres et délicats problèmes<sup>(560)</sup>.

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)<sup>(561)</sup>. 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<sup>(562)</sup>. 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<sup>(563)</sup>, dans leur état au jour de la dissolution du régime matrimonial<sup>(564)</sup>, mais les statuts peuvent définir un mode de calcul spécifique<sup>(565)</sup>.

#### 4° Contrats et prestations d'assurance-vie

**554. Incidence des arrêts d'inconstitutionnalité.** Les conventions préalables doivent d'abord statuer sur 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<sup>(566)</sup>.

(559) En ce sens : Ph. DE PAGE, « La clientèle des professions libérales », *o.c.*, pp. 48-49, n° 16. Application : Liège, 17 octobre 1994, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 98.

(560) Voy. not. Ph. DE PAGE et Y.-H. LELEU, « Les collaborations non rémunérées entre époux : solutions contractuelles et judiciaires », in *Rapport Congrès Notarial 2013. Travail et relation*, Gand, Larcier, 2013, pp. 33-74 ; N. TORFS et 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.

(561) Pour plus de détails : Y.-H. LELEU et S. LOUIS, *Sociétés et régime matrimonial de communauté*, *o.c.*, p. 79. À propos des sociétés patrimoniales : B. TILLEMANN, « Echtscheiding tussen de echtgenoten-vennoten in een patrimoniumvennootschap », *E.J.*, 1999, p. 34.

(562) Voy. : Y.-H. LELEU, « L'actif des patrimoines propres », in « Les régimes matrimoniaux. 3. Le régime légal » (Y.-H. LELEU et L. RAUCENT dir.), *Rép. not.*, t. V, l. II/3, Bruxelles, Larcier, 2001, n° 701 et s. ; B. WAÛTERS, *Aandelen en echtscheiding*, *o.c.*, pp. 437 et s., et pp. 456 et s.

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

(564) 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*, *o.c.*, p. 132.

(565) 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* (J.-L. RENCHON éd.), Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 387.

(566) Sur l'ensemble de la question : F. BUYSENS et Y.-H. LELEU, « Les assurances-vie », in *Régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Kluwer, feuillets mobiles ; H. CASMAN, « Levensverzekering en huwelijk », in *Familiaal vermogensrecht*, coll. Notariële actualiteit, n° 12, Bruges, die Keure, 2002, p. 11 ; Y.-H. LELEU, « L'aléa chasse la donation. Sortie de tontine et rentrée d'assurance », *o.c.*, p. 79 ; N. TORFS, « Enkele

À défaut de stipulation contraire des conventions patrimoniales notifiées à l'assureur ou du contrat d'assurance lui-même, les prestations exigibles en vertu d'un contrat d'assurance-vie sont payées valablement au bénéficiaire, aussi bien durant la procédure (art. 195, L. du 4 avril 2014) qu'après le divorce, sous réserve de l'article 299 du Code civil (art. 196)<sup>(567)</sup>.

Ensuite, il convient de négocier la transaction sur les *prestations* d'assurance-vie et d'assurances de groupe en connaissance de leur statut en régime de communauté<sup>(568)</sup>, modifié pour de nombreuses formes d'assurance-vie par les arrêts de la Cour d'arbitrage et de la Cour constitutionnelle des 26 mai 1999<sup>(569)</sup> et 27 juillet 2011<sup>(570)</sup>. Si le contrat qualifié assurance recouvre une opération d'épargne<sup>(571)</sup>, 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. En ce qui concerne les assurances de groupe, le règlement est plus complexe en raison de leur nature de pension complémentaire, de l'absence fréquente de faculté de rachat et du lien à l'emploi actuel de l'époux titulaire. Si les parties optent pour un versement différé d'une partie du capital effectivement perçu, il y a lieu de réserver au conjoint du titulaire des garanties de paiement<sup>(572)</sup>.

bedenkingen bij de begunstiging van de levensverzekering, de regelingsakte en de echtscheiding door onderlinge toestemming », *T. Not.*, 2003, p. 183.

(567) En outre, l'ex-conjoint désigné *nommément* comme bénéficiaire percevra le capital au décès du preneur (art. 171, al. 1<sup>er</sup>, L. du 4 avril 2014) ; lorsque le conjoint n'est pas nommément désigné comme bénéficiaire, le bénéfice du contrat est attribué à la personne qui a cette qualité lors de l'exigibilité des prestations (art. 171, al. 2, L. du 4 avril 2014).

(568) 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.

(569) 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, partagée 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.

(570) C. const., 27 juillet 2011, n° 136/2011, *R.W.*, 2011-2012, p. 202 (somm.), *J.T.*, 2012, p. 156, note Y.-H. LELEU et L. ROUSSEAU, p. 152, *N.F.M.*, 2012, note B. SCHEERS, *R.A.B.G.*, 2011, p. 1353, note C. HENDRICKX, *Rev. not. b.*, 2012, p. 211, note H. CASMAN, *R.D.C.*, 2012, p. 272, note C. DEVOET, *T. Fam.*, 2012, p. 19, note U. CERULUS, *T. Not.*, 2011, p. 595, note J. DU MONGH.

(571) Notamment parce qu'il assure au bénéficiaire la récupération et la capitalisation de ses « primes ». La portée du constat d'inconstitutionnalité est très large selon la doctrine majoritaire. Pour une nomenclature : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 106, n° 88.

(572) L. ROUSSEAU, « Les prestations d'assurance-groupe en régime de communauté : une épargne commune. Réflexions sur l'arrêt Cour const., n° 136/2011 du 27 juillet 2011 », *J.T.*, 2012, pp. 155-156, n° 13. Pour une application : Bruxelles, 30 octobre 2007, inédit, commenté par F. BUYSSENS et

Si les parties ne sont pas avisées par les rédacteurs des conventions des qualifications nouvelles de ces prestations, la transaction risque d'être entachée d'erreur ou, pire, de dol, sans préjudice de la responsabilité professionnelle des conseils<sup>(573)</sup>. 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<sup>(574)</sup>.

## 5° Dettes, récompenses et créances

**555. 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<sup>(575)</sup>. Les conventions relatives au passif lient les époux sur le plan de la contribution<sup>(576)</sup> 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)<sup>(577)</sup>.

**556. 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, le compte de *récompenses* (art. 1432-1436) ne doit être dressé qu'à titre informatif, pour éclairer les parties sur leurs droits : il se solde par un règlement forfaitaire.

J.-E. BEERNAERT, « Le divorce par consentement mutuel. Chronique de jurisprudence (2001-2012) », *o.c.*, pp. 10-11, n° 22.

(573) 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 », *o.c.*, p. 11 ; N. TORFS, « Enkele bedenkingen bij de begunstiging van de levensverzekering, de regelingsakte en de echtscheiding door onderlinge toestemming », *o.c.*, p. 183.

(574) Proposant cette clause, risquée du point de vue de la responsabilité professionnelle : J.-Ch. ANDRÉ-DUMONT et G. RASSON, *Assurance vie des particuliers*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 422.

(575) On se souviendra que le contrat d'emprunt peut contenir une clause en vertu de laquelle toute modification des droits des débiteurs sur l'immeuble hypothéqué entraîne l'exigibilité immédiate du solde restant dû, et que l'attribution d'un immeuble commun n'implique pas que le cessionnaire, en conservant à sa charge l'emprunt hypothécaire, s'engage à obtenir la libération de son ex-conjoint (Liège, 14 décembre 1994, *J.T.*, 1995, p. 387, *R.R.D.*, 1995, p. 35).

(576) Si rien n'est prévu dans le règlement transactionnel quant à la contribution aux dettes communes, chacun des époux doit contribuer à leur paiement (Civ. Anvers, 28 juin 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 697, note M. GOOVAERTS).

(577) Voy. : A. GOSSELIN, « Sûretés entre époux », in *Les contrats entre époux* (J.-L. JEGHERS éd.), Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 342-347, nos 18-21 ; J. KOKELENBERG, « Hypothécaire lening en schuldevernieuwing », *R. W.*, 1984-1985, col. 2383. Sur les formalités hypothécaires : G. RASSON, « La novation par changement de débiteur dans la pratique notariale », *Rec. gén. enr. not.*, 1998, p. 5. Si le conjoint libéré de sa contribution par les conventions préalables doit néanmoins payer parce qu'il n'a pas obtenu sa désolidarisation, il dispose d'un recours à concurrence de la *totalité*, fondé soit sur l'article 1441 s'il s'agit d'une dette commune, soit sur le principe de la subrogation personnelle (art. 1251, 3°).

Il en va de même 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)<sup>(578)</sup>.

## 6° Décès d'un époux en cours d'instance

**557. Pacte successoral autorisé.** L'article 1287, alinéa 3, du Code judiciaire oblige<sup>(579)</sup> les époux à transiger à propos de leurs *droits successoraux ab intestat* (art. 745bis) et *réservataires* (art. 915bis) pour le cas où l'un d'eux décèderait en cours de procédure<sup>(580)</sup>. En règle générale, ils suppriment tout droit successoral dès le début de la procédure<sup>(581)</sup>.

Il se déduit d'un arrêt de la Cour de cassation que cette clause ne produit pas ses effets dès sa signature, mais seulement lors du dépôt de la requête<sup>(582)</sup>, sans possibilité d'y déroger<sup>(583)</sup>. Cette solution est critiquée par la doctrine, notamment en raison de la nature purement formelle du critère d'entrée en vigueur<sup>(584)</sup>. Il faut donc conseiller de déposer rapidement la requête si l'exhérédation est un objectif des parties, en particulier

(578) Voy. not. : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 394-445 et « Liquidation des créances et récompenses au titre d'investissements immobiliers », o.c., 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.

(579) 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.

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

(581) Des circonstances exceptionnelles peuvent justifier le maintien de certains droits, par exemple la présence d'héritiers éloignés ou le risque que le conjoint survivant nécessaire ne réclame une créance alimentaire contre la succession du prémourant (art. 205bis ; *infra*, n° 803).

(582) Cass., 13 décembre 2010, *Pas.*, 2010, p. 3199, *R.A.B.G.*, 2011, p. 897, note, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 658, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1279 ; Cass., 6 mars 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 401 (somm.), *T. Fam.*, 2009, p. 103, note F. BUYSSENS, *T. not.*, 2009, p. 355, note M. PUELINCKX-COENE, *R.G.D.C.*, 2009, p. 353, note K. BOONE, *Juristenkrant*, 2009, p. 1 ; dans le même sens (arrêt *a quo*) : Gand, 3 mai 2007, *R.G.D.C.*, 2008, p. 532, note K. BOONE, *NjW*, 2008, p. 780, note G.V., *R.W.*, 2008-2009, p. 463 ; P. DELNOY, « Droits successoraux du conjoint survivant », *J.T.*, 1982, p. 387. Nous défendions dans la première édition, avec d'autres, la thèse de l'effet immédiat de ces conventions (même numéro).

(583) F. BUYSSENS, « Het lot van de bij artikel 1287, derde lid Ger.W. bepaalde erfrechtafspraken in geval van overlijden vóór de inleiding van de eis », note sous Cass., 6 mars 2009, *T. Fam.*, 2009, p. 108 e.s. Une infime échappatoire possible serait, en cas de décès avant l'introduction de la requête, de demander une « conversion » judiciaire d'un tel accord déposé dans le règlement transactionnel, en contrat modificatif du régime matrimonial au sens de l'article 1394 du Code civil, ce qui ne serait possible que si le règlement transactionnel est lui-même notarié pour répondre au prescrit formel de l'article 1394, et surtout que si la clause d'exhérédation satisfait aux conditions de l'article 1388, al. 2 (pacte Valkeniers), à savoir l'existence d'enfants d'une relation antérieure au mariage (M. PUELINCKX-COENE, « Erfrecht en echtelijke moelijkheden. Iets over artikel 1287, derde lid Ger.W. na de vele recente wetwijzigingen », *T. Not.* 2009, pp. 81-82).

(584) F. BUYSSENS, « De aangetaste autonomie van de echtgenoten in het kader van de echtscheiding door onderlinge toestemming », in *Confronting the frontiers of family and succession law. Liber Amicorum Walter Pintens* (A.L. VERBEKE e.a. éd.), Anvers, Intersentia, 2012, pp. 248-250.

si un des conjoints, vu son état de santé, pourrait décéder en cours d'instance.

On notera qu'un testament exhérédatif au sens de l'article 915*bis*, § 3, du Code civil ne peut pas sortir ses effets si les époux ont conclu une convention relative aux droits successoraux dans leur règlement transactionnel (art. 915*bis*, § 3, al. 2), et ne comblera pas le vide juridique en cas de décès entre la signature de l'acte et le dépôt de la requête.

La clause est inopérante en cas de décès avant l'introduction de la procédure ou d'abandon de celle-ci avant le décès<sup>(585)</sup>.

**558. 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)<sup>(586)</sup>.

Les *legs* et les *institutions contractuelles stipulées hors contrat de mariage* demeurent révocables, avec effet immédiat<sup>(587)</sup>. 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)<sup>(588)</sup>, 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)<sup>(589)</sup> avant et après le divorce<sup>(590)</sup>.

(585) Le conjoint survivant a la charge de la preuve de l'abandon de la procédure : Civ. Bruxelles, 5 septembre 1989, *R.G.D.C.*, 1990, p. 478 (désistement non prouvé). Le décès d'un époux ne constitue pas un cas d'abandon de la procédure (Cass., 13 décembre 2010, *Pas.*, 2010, p. 3199, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1279, *R.A.B.G.*, 2011, p. 897, note, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 658 (somm.)).

(586) Pour plus de détails : F. BUYSSENS, « Echtscheiding door onderlinge toestemming na de wet van 27 april 2007 », *o.c.*, pp. 18 et s. ; S. LOUIS, « Le nouveau divorce par consentement mutuel », *o.c.*, 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 », *o.c.*, p. 160, n<sup>o</sup> 76.

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

(588) 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.

(589) P. DELNOY, « Flux et reflux de la révocabilité des donations entre époux », *o.c.*, 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.

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

L'article 299 tel que modifié par la loi du 27 avril 2007 est d'application immédiate aux conventions antérieures à son entrée en vigueur<sup>(591)</sup> (*supra*, n° 434-10).

### 7° Résidence des époux

**559. Liberté.** Les époux doivent mentionner leur résidence respective durant la procédure (art. 1288, al. 1<sup>er</sup>, 1°, C. jud.), mais ne sont pas tenus de résider séparément<sup>(592)</sup>. Cette situation n'est pas sans incidence sur l'application du régime matrimonial primaire (ex. : art. 215 et 222)<sup>(593)</sup>. En cas de changement d'adresse, ils seront avisés de prévenir le greffe du tribunal et le conjoint, de modifier ces mentions de leurs conventions, sous peine d'entendre rejeter leur demande (art. 1288*bis*, § 1<sup>er</sup>, al. 3, C. jud.)<sup>(594)</sup>.

### 8° Pension alimentaire entre époux

**560. Nature de la convention. Domaine de la transaction. Révisibilité.** 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<sup>(595)</sup>.

S'ils le décident, le montant et les modalités de paiement et d'exécution<sup>(596)</sup> 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°, C. jud.). La loi qui évoque ces deux derniers aspects a un rôle pédagogique<sup>(597)</sup>.

(591) Y.-H. LELEU et A. PAULUS, « La déchéance des institutions contractuelles entre époux à l'épreuve du droit transitoire de la réforme (L. du 27 avril 2007), *Rev. not. b.*, 2015, pp. 499-512.

(592) F. BUYSSENS, « De familierechtelijke overeenkomsten voorafgaand aan echtscheiding door onderlinge toestemming », in *Actualia Familiaal Vermogensrecht* (L. WEYTS, A. VERBEKE et E. GOOVAERTS éd.), Louvain, Universitaire Pers, 2003, p. 116, n° 10 ; J. GERLO et G. VERSCHULDEN, *Handboek voor familierecht*, o.c., p. 561, n° 1735 ; *contra* : G. MAHIEU, « Divorce et séparation de corps », o.c., n° 216. (593) Sur l'obligation et la contribution aux dettes locatives nées de la prise à bail d'un logement durant l'instance : F. BUYSSENS, « De familierechtelijke overeenkomsten voorafgaand aan echtscheiding door onderlinge toestemming », o.c., pp. 117-119, n°s 12-15.

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

(595) A. DUELZ, J.-C. BROUWERS et Q. FISCHER, *Le droit du divorce*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 316, n° 440 ; *contra* : J. GERLO et G. VERSCHULDEN, *Handboek voor familierecht*, o.c., p. 565, n° 1744. Une renonciation *expresse* est recommandée : la clause des conventions préalables 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 assurer à son épouse un revenu équivalent à celui qu'elle touchait en tant qu'employée dans ladite entreprise (Bruxelles, 18 avril 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 251 (somm.), *NjW*, 2007, p. 518, note G.V.).

(596) 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.

(597) 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 *La réforme du*

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<sup>(598)</sup>.

La pension est conventionnelle et, partant, soumise au principe de la convention-loi (art. 1134, al. 1<sup>er</sup>)<sup>(599)</sup>.

Avant la réforme de 2007, et pour toutes les anciennes conventions préalables (*supra*, n° 434-9), en l'absence de stipulation contraire (*infra*, n° 561) ou de modification amiable ultérieure, la convention ne pouvait être révisée unilatéralement après le prononcé du divorce<sup>(600)</sup> et était transmissible aux héritiers du débiteur<sup>(601)</sup>. Ni l'équité<sup>(602)</sup>, ni la théorie de l'imprévision<sup>(603)</sup>, ni la force majeure<sup>(604)</sup> ne permettaient au juge d'atténuer la force obligatoire des conventions et de modifier la pension, sauf abus de droit<sup>(605)</sup>. Il n'y avait là, selon la Cour d'arbitrage, aucune discrimination par rapport aux époux divorcés pour cause déterminée<sup>(606)</sup>.

*divorce* (M. GRÉGOIRE et P. VAN DEN EYNDE édés), Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia/Bruylant, 1994, pp. 70-71, n° 8).

(598) Sur ces incidences fiscales, voy. not. M.-C. VALSCHAERTS, « La fiscalité familiale », *o.c.*, pp. 119 et s.

(599) 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 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 365, *R.W.*, 1994-1995, p. 434, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1591 ; Cass., 21 mars 1975, *R.C.J.B.*, 1976, p. 536, note J.-P. MASSON ; Cass., 4 novembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 263, *R.C.J.B.*, 1979, p. 464, note M.-Th. MEULDERS-KLEIN ; Gand, 27 mai 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 681.

(600) 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. Comp. toutefois les perspectives offertes par la jurisprudence relative à l'annulation pour dol des conventions préalables, *infra*, n° 586.

(601) Cass., 4 novembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 263, *R.C.J.B.*, 1979, p. 464, note M.-Th. MEULDERS-KLEIN ; A. DELIÈGE, « La pension entre époux », in *Le divorce par consentement mutuel* (M. GRÉGOIRE, G. MAHIEU et P. CULOT édés), Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 112-113.

(602) 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 ; Civ. Gand, 17 octobre 1990 et 17 mai 1993, *J.J.P.*, 1994, p. 169 ; F. BUYSSENS, « De wijzigbaarheid van de uitkering tussen echtgenoten en EOT », note sous Bruxelles, 14 décembre 2000, *E.J.*, 2002, p. 39 ; N. GALLUS, « Les aliments », *o.c.*, n° 265.

(603) Civ. Gand, 17 octobre 1990 et 17 mai 1993, *J.J.P.*, 1994, p. 169 ; N. GALLUS, « Les aliments », *o.c.*, n° 267 ; D. PIRE, « Aspects personnels : les conventions relatives aux pensions entre époux », in *Divorce par consentement mutuel*, Liège, CUP, 1998, vol. XXII, pp. 60 et s.

(604) N. GALLUS, « Les aliments », *o.c.*, n° 266.

(605) Cass., 14 octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2643, *R.A.B.G.*, 2011, p. 902, note, *R.W.*, 2011-2012, p. 1209 (somm.), *Act. dr. fam.*, 2012, p. 156, note A.-C. VAN GYSEL, *D.A.O.R.*, 2012, liv. 101, p. 17 ; Cass., 20 avril 2006, précité.

(606) C.A., 2 juillet 2003, n° 96/2003, *E.J.*, 2004, p. 158, note P. SENAËVE, *Juristenkrant*, 2003, p. 12, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 99. Dans le même sens : J.P. Soignies, 20 juin 2001, *Div. Act.*, 2003, p. 56, note A.-Ch. VAN GYSEL ; *contra* : J.P. Gand, 4 décembre 2000, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 53, note

Un apport notable cette réforme 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° 561-1).

**561. Variations conventionnelles.** Si les époux conviennent d'une pension alimentaire, il est conseillé de prévoir l'*indexation* de celle-ci selon un indice et une fréquence précis. À défaut, la pension ne sera pas indexée<sup>(607)</sup>.

Comme causes de *variation* ou de *suppression*, les époux devraient retenir des événements<sup>(608)</sup> tels que le décès, le remariage ou une nouvelle relation affective du créancier<sup>(609)</sup>, et chez le débiteur, une diminution importante et involontaire de revenus<sup>(610)</sup>, la maladie ou la mise à la retraite<sup>(611)</sup>. Cette variabilité doit être précisée quant à ses modalités : proportionnelle, forfaitaire, par paliers ou encore par renvoi aux critères légaux en matière alimentaire<sup>(612)</sup>.

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<sup>(613)</sup>. Nous pensons qu'une déchéance imprudemment limitée au remariage doit être interprétée

C. JONCKERS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 521 (somm.) ; J.P. Gand, 25 juin 1999, *T.G.R.*, 2000, p. 225, note.

(607) Dans le même sens : F. BUYSSENS, « De echtscheiding door onderlinge toestemming », *o.c.*, p. 307, n° 651.

(608) On réglera notamment le problème de la « renaissance » éventuelle du droit à la pension si la cause qui a entraîné sa suppression disparaît. Applications : Gand, 23 février 1993, *R.W.*, 1992-1993, p. 188, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 340 (somm.) (la pension ne renaît pas même si l'épouse, après avoir retrouvé un emploi, cause de suppression de la pension, perd celui-ci) ; Civ. Nivelles, 28 juin 1996, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 626 (*idem* en raison d'un concubinage).

(609) 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.

(610) 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.

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

(612) En ce sens : N. HUSTIN-DENIES, « Le règlement des effets personnels », in *Divorce. Commentaire pratique* (G. BOLIAU éd.), Bruxelles, Kluwer, VII.2.3-12, n°s 3.18-3.20.

(613) Selon une certaine jurisprudence, si la clause de déchéance vise le remariage, elle n'est pas applicable à l'union libre (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). Par contre, les termes « union libre » (ou « concubinage ») peuvent ne pas s'appliquer à une relation affective sans portée économique (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.)).

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 alimentaire, conformément au principe de l'exécution de bonne foi de la convention<sup>(614)</sup>.

La pension entre époux peut 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<sup>(615)</sup>.

**561-1. Révision judiciaire après le divorce.** Après le divorce, le tribunal de la famille 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.).

Cette innovation majeure issue de la réforme de 2007<sup>(616)</sup>, non applicable aux anciens divorces par consentement mutuel (*supra*, n° 434-9), 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 révisibilité (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* ».

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

(614) 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).

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

(616) Elle figurait initialement dans l'article 301, § 7, C. civ. Cette disposition a été revue par la loi du 2 juin 2010, qui a modifié également l'article 1288, al. 3, C. jud. L'ancienne rédaction de l'article 301, § 7, était en effet malencontreuse dans la mesure où le texte prescrivait que le juge pouvait modifier la pension *dans le jugement prononçant le divorce* ou par décision ultérieure si son montant n'était plus adapté, créant des difficultés de combinaison avec la faculté prescrite par l'article 1293, al. 1<sup>er</sup>, C. jud.

propos à ce sujet<sup>(617)</sup> (non licite selon nous : *supra*, n° 560), implique une dérogation à la révisabilité<sup>(618)</sup>.

De même, l'on se demande si le juge pourrait augmenter la *durée* stipulée dans les conventions. La loi ne permet pas cette possibilité<sup>(619)</sup>.

### 3. Convention relative aux enfants des époux

**562. Matières d'ordre public. Applicabilité immédiate.** La convention relative aux enfants des époux régit les droits et devoirs parentaux d'ordre familial (autorité parentale) et patrimonial (devoir d'entretien et de formation). D'ordre public, ces matières ne se prêtent pas à une transaction. Il est en outre déconseillé aux époux de lier certaines conventions transactionnelles relatives aux droits des époux avec les accords concernant les enfants<sup>(620)</sup>. En effet, ces derniers sont soumis au contrôle judiciaire et révisables sur demande unilatérale après le divorce, le tout dans l'intérêt de l'enfant. Ils ne constituent en réalité qu'un premier arrangement visant à déconflictualiser l'immédiat après-divorce.

La convention concerne les enfants mineurs non mariés et non émancipés communs, ceux adoptés par le couple ou issus d'un époux et adoptés par l'autre (art. 1288, al. 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup>)<sup>(621)</sup>. La convention ne concerne les enfants majeurs qu'en ce qui concerne le devoir d'entretien subsistant jusqu'à l'achèvement de leur formation<sup>(622)</sup>.

Cette convention est applicable tant pendant le temps des épreuves qu'après le divorce (art. 1288, al. 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> C. jud.).

(617) P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 1999.

(618) Dans le même sens : F. BUYSSENS, « Echtscheiding door onderlinge toestemming na de wet van 27 april 2007 », o.c., p. 10 ; J. GERLO et G. VERSCHULDEN, *Handboek voor familierecht*, o.c., p. 592, n° 1814 ; *contra* : J.-Ch. BROUWERS, « La réforme du divorce (loi du 27 avril 2007) », o.c., *Rev. not. belge*, 2007, p. 615.

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

(620) Dans le même sens, mais avec une proposition de clause protégeant l'époux qui a fait des concessions patrimoniales en faveur du parent créancier de contribution alimentaire pour l'enfant : F. BUYSSENS, « De familierechtelijke overeenkomsten voorafgaand aan echtscheiding door onderlinge toestemming », o.c., p. 130, n° 39.

(621) Les enfants d'un seul des époux ne doivent pas faire l'objet de conventions préalables. La loi impose cependant qu'un extrait des actes de naissance des enfants de l'un d'eux adoptés par l'autre, des enfants de chacun des époux dont la filiation est établie, ainsi que des enfants qu'ils élèvent ensemble soit joint à la requête (art. 1288bis, § 1<sup>er</sup>, al. 4, 4<sup>o</sup>, C. jud. jo. art. 1254, § 1<sup>er</sup>, al. 4, C. jud.). On peut concevoir le souhait d'un parent d'exercer un droit aux relations personnelles à l'égard d'un enfant de l'autre conjoint. La convention peut contenir un « accord » à ce sujet, mais l'accord, par acte séparé, de l'autre parent est également nécessaire (rapp. art. 375bis ; *infra*, n° 780). Les enfants mariés ou émancipés ne sont pas non plus concernés par les conventions préalables (G. MAHIEU, « Divorce et séparation de corps », o.c., n° 241).

(622) En dépit du fait que l'article 1288, 3<sup>o</sup>, C. jud. vise la formation « desdits enfants », c'est-à-dire les enfants mineurs du couple.

## I° Autorité parentale

**563. Objet des conventions.** Les époux sont tenus de préciser les modalités de l'exercice de l'autorité parentale pendant la procédure et après le prononcé du divorce (art. 1288, al. 1<sup>er</sup>, 2°, C. jud.)<sup>(623)</sup>, et ce quant à ses deux aspects : l'autorité sur la personne de l'enfant et l'administration de ses biens.

La liberté des époux est grande, mais soumise au contrôle du juge et du ministère public (art. 1289<sup>ter</sup> et 1290, al. 2 et 5, C. jud.). Ils ont le choix entre le maintien de l'exercice conjoint de l'autorité parentale ou une formule d'exercice exclusif, pure ou nuancée. Ils sont également invités à modaliser l'hébergement de l'enfant et/ou le droit aux relations personnelles, et en négocier l'impact sur leurs contributions respectives à l'entretien de l'enfant.

**564. Exercice conjoint de l'autorité parentale. Hébergement de l'enfant.** Le maintien de l'exercice conjoint de l'autorité parentale est un choix qui convient à la forme consensuelle du divorce, de surcroît conforme au droit commun<sup>(624)</sup> (art. 370 ; *infra*, n° 758).

Les parents séparés doivent régler l'hébergement de l'enfant. Ils peuvent opter pour la formule de l'hébergement *égalitaire*, le modèle à examiner prioritairement par eux (*infra*, n° 759).

Ils peuvent préférer un hébergement *principal* chez l'un et *secondaire* chez l'autre<sup>(625)</sup> en motivant leur choix (ex. : activité professionnelle d'un des deux parents, éloignement, jeune âge de l'enfant...) et en définissant avec le plus de précision possible les moments et durées des périodes d'hébergement secondaire<sup>(626)</sup>.

(623) Sur l'ensemble de la question : F. BUYSSENS, « De familierechtelijke overeenkomsten voorafgaand aan echtscheiding door onderlinge toestemming », *o.c.*, pp. 119-132 ; N. HUSTIN-DENIES, « Aspects personnels : les conventions relatives aux enfants », in *Divorce par consentement mutuel. La réforme de la réforme 1997* (M.-Th. MEULDERS-KLEIN éd.), Liège, CUP, 1998, p. 141 ; J.-L. RENCHON, « À propos de quelques idées reçues en matière de divorce par consentement mutuel », in *Liber Amicorum Léon Raucant*, Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia/Bruylant, 1993, p. 341.

(624) Cass., 28 juin 2012, *Pas.*, 2012, p. 1506, R.W., 2013-2014, p. 174, note, *T. Fam.*, 2013, p. 124, note B. VAN HEK, *T.J.K.*, 2012, p. 337, note R. VASSEUR, *J.D.J.*, 2013, liv. 328, p. 45 (somm.), note, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 108 (somm.)

(625) Comp. : Civ. Arlon, 22 mars 1996, R.G.D.C., 1996, p. 344 (autorité parentale conjointe et restriction des droits du père à un droit aux relations personnelles ; refus du prononcé).

(626) Gand, 15 novembre 1999, *T.J.K.*, 2000, p. 34, note G. DECOCK : cet arrêt enseigne que pour éviter les interférences entre le régime de l'hébergement durant les vacances et durant les week-ends, il est utile de préciser que les *vacances* commencent le lundi qui suit le dernier jour d'école et se terminent le vendredi suivant ; Gand, 27 septembre 1999, *T.J.K.*, 2000, p. 34 : cet arrêt complète le précédent pour une interprétation correcte du *week-end* d'hébergement secondaire ; le premier week-end est celui qui se trouve complètement dans le mois concerné.

Très rarement, ils conviennent que l'enfant sera *hébergé par un tiers*<sup>(627)</sup>.

En toute hypothèse, les époux mentionnent l'endroit où l'enfant sera inscrit dans les registres de la population, ce qui détermine son domicile et l'impact fiscal de la charge de l'enfant (*supra*, n° 98)<sup>(628)</sup>.

**565. Exercice exclusif de l'autorité parentale. Prérogatives du parent non attributaire de l'exercice.** Le divorce par consentement mutuel n'exclut pas l'organisation d'une formule d'exercice exclusif de l'autorité parentale, considérée comme un régime exceptionnel soumis à conditions si c'est au juge qu'on demande de le décréter (*infra*, n° 770)<sup>(629)</sup>. La convention devra être motivée soigneusement pour convaincre le tribunal et le ministère public de valider un choix dérogatoire au droit commun<sup>(630)</sup>, et la convention sera d'autant plus précise que les risques de conflit entre parents, inégaux en droits, pourraient être plus aigus.

En principe, l'hébergement de l'enfant suit l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale, mais la convention peut varier sur ce point. Un hébergement de type *principal-secondaire* accompagne généralement l'exercice exclusif de l'autorité parentale, mais rien n'empêche les époux d'organiser un hébergement *égalitaire*.

Le parent qui n'exerce plus l'autorité parentale conserve un *droit aux relations personnelles* avec l'enfant et un *droit de surveillance et d'information* sur son éducation (*infra*, n° 764-765). Le droit aux relations personnelles n'est pas réductible à l'hébergement et peut impliquer des contacts complémentaires en dehors des périodes d'hébergement (ex. : lettres, conversations et messages téléphoniques, messages informatiques, activités, rencontres)<sup>(631)</sup>. Ce droit, pas plus que l'hébergement, ne peut faire l'objet d'une renonciation, encore moins compensée par une dispense de contribution alimentaire<sup>(632)</sup>. Une clause en ce sens contrevien-

(627) Sous l'ancienne législation : F. RIGAUX, *Les personnes*, t. I, *Les relations familiales*, Bruxelles, Larcier, 1971, p. 769, n° 3163. *Contra* : Liège, 3 juin 1976, *Rev. not. belge*, 1978, p. 50, note E. VAN LAETHEM.

(628) Sur les conséquences fiscales (qualité d'enfant à charge) et de sécurité sociale (allocations familiales) du régime d'hébergement, voy. not. : M.-C. VALSCHAERTS, « La fiscalité familiale », *o.c.*, p. 101, n° 146.

(629) La loi exige que les époux soient en désaccord fondamental sur la plupart des questions qui concernent leurs enfants (*infra*, n° 762). Voy. : P. MOREAU, « Divorce et séparation de corps par consentement mutuel – Intercalaire », *o.c.*, n° 12.

(630) J. SOSSON, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », *o.c.*, p. 160, n° 62 ; comp. : E. VIEUJEAN, « Divorce par consentement mutuel », in *Démariage et coparentalité. Le droit belge en mutation* (Ph. DE PAGE, J.-P. MASSON et G. HIERNIAUX eds), Bruxelles, E. Story-Scientia, 1996, p. 77, n° 8.

(631) Civ. Nivelles (jeun.), 28 juin 1983, *Rev. trim. dr. fam.*, 1986, p. 113.

(632) Anvers 23 mars 2005, *NjW* 2006, p. 268, note GV ; Civ. Liège, 17 juillet 1996, *Div. Act.*, 2000, p. 12 ; Civ. Hasselt, 18 avril 1995, *J.D.J.*, 1996, p. 384, *R.W.*, 1995-1996, p. 1319, *L.R.L.*, 1996, p. 37, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 233 (somm.) ; Civ. Turnhout, 25 avril 1991, *R.G.D.C.*, 1992,

drait à l'ordre public et à l'article 9 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

**566. Exercice modalisé de l'autorité parentale. Mini pouvoir exclusif ou conjoint.** Les parents peuvent enfin répartir entre eux l'exercice de l'autorité parentale suivant un modèle proche du principe – l'exercice conjoint – ou proche de l'exception – l'exercice exclusif (*infra*, n<sup>os</sup> 766-767)<sup>(633)</sup>. Cela s'avérera utile à propos des décisions dont l'impact est important sur le plan financier et/ou relationnel et qui gagnent à être prises de commun accord même en cas d'exercice exclusif. Outre les précisions nécessaires quant au choix du régime de base (conjoint ou exclusif), une motivation supplémentaire, axée sur l'intérêt de l'enfant, nous paraît devoir être donnée. La convention doit définir avec précision les actes ou domaines soustraits au régime de base. Elle précisera également quels recours sont ouverts en cas de désaccord ou de dysfonctionnement du régime mis en place.

## 2° Contribution à l'entretien, l'éducation et la formation des enfants

**567. Contribution et obligation.** L'obligation parentale d'entretien, d'éducation et de formation des enfants (art. 203, § 1<sup>er</sup>) subsiste jusqu'à son expiration en vertu du droit commun (*infra*, n° 794) ; elle doit impérativement être modalisée par les conventions préalables pour la période de la procédure et pour l'après-divorce (art. 1288, al. 1<sup>er</sup>, 3°, C. jud.).

L'autonomie de la volonté des époux ne s'étend qu'à la *contribution* à la dette et ne peut affecter l'obligation légale<sup>(634)</sup>. Les parents peuvent

p. 433 ; comp. Bruxelles 23 décembre 2004, *Div. Act.* 2007, p. 52, note (critique) A.-C. VAN GYSEL ; F. BUYSSENS, « De familierechtelijke overeenkomsten voorafgaand aan echtscheiding door onderlinge toestemming », *o.c.*, pp. 122-123, n<sup>os</sup> 21-22. Doit par contre être validée, la clause selon laquelle le parent titulaire du droit aux relations personnelles avec l'enfant qui ne s'est *pas présenté pour exercer ce droit dans un délai d'attente déterminé sans avoir averti l'autre parent* de son absence, *est censé avoir renoncé à l'exercer ce jour-là*, mais non celle qui prévoirait que le *non-exercice répété du droit aux relations personnelles entraîne sa perte définitive pour l'avenir* (N. HUSTIN-DENIES, « Le règlement des effets personnels », *o.c.*, VII.2.3.-40, n° 3.80).

(633) Voy. : F. BUYSSENS, « De familierechtelijke overeenkomsten voorafgaand aan echtscheiding door onderlinge toestemming », *o.c.*, pp. 123-126, n<sup>os</sup> 23-30 ; N. HUSTIN-DENIES, « Le règlement des effets personnels », *o.c.*, VII.2.3.-42-43, n<sup>os</sup> 3.85 et s.

(634) Jurisprudence constante de la Cour de cassation : Cass., 16 janvier 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 80, *Rev. not. belge*, 1997, p. 137, *J.T.*, 1997, p. 435, *R.W.*, 1997-1998, p. 117, note J. GERLO, *J.D.J.*, 1998, n° 175, p. 42 (somm.), *T. Not.*, 1997, p. 545 ; Cass., 8 octobre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 201, *Rev. not. belge*, 1984, p. 250, obs. R.D.V., *T. Not.*, 1984, p. 186, note R.R., *Rev. trim. dr. fam.*, 1983, p. 387, note J.-L. RENCHON, *R.W.*, 1983-1984, col. 1193, note A. POPPELEMON (clause de dispense de contribution). Dans le même sens : Civ. Bruxelles, 16 novembre 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 474, note J.-L. RENCHON ; Civ. Liège, 20 décembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1196 (somm.). Pour une critique, fondée sur la prétendue existence d'un devoir d'ordre public de contribution proportionnelle aux ressources : N. HUSTIN-DENIES, « Le règlement des effets personnels », *o.c.*, VII.2.3.-56, n° 3.120 ;

donc dispenser l'un d'eux de toute contribution à condition que l'enfant n'en pâtisse pas (*nihilbeding*)<sup>(635)</sup>. Ils ne peuvent par contre garantir l'un d'eux contre tout recours alimentaire relatif à l'enfant<sup>(636)</sup> ou fixer un âge de cessation inférieur à la limite légale<sup>(637)</sup>, à peine d'exposer le débiteur à payer deux fois si l'enfant majeur encore en formation lui réclame directement sa contribution<sup>(638)</sup>. Les parents sont toutefois libres de convenir un paiement prolongé de la contribution alimentaire, au-delà ce que la loi leur impose<sup>(639)</sup>, mais il leur est conseillé de considérer les implications fiscales de contributions alimentaires élevées<sup>(640)</sup>.

**568. Montant et modalités de paiement.** Le montant de la contribution de chaque époux est difficile à prévoir et le recours aux modèles mathématiques n'est pas généralisé ni imposé par la loi réformée le 19 mars 2010 (*infra*, n° 789). Il fait l'objet d'une négociation, mais ne devrait pas être lié aux accords patrimoniaux ni trop s'écarter des standards jurisprudentiels (*infra*, n° 789). Il est en tout cas déconseillé de formuler la contribution sous forme d'une proportion des revenus, sous peine d'ouvrir la porte aux dissimulations ou fraudes. L'on encourage au contraire un règlement forfaitaire individualisé par enfant s'ils ne sont pas au même stade de formation.

La contribution à l'entretien de l'enfant doit tenir compte des modalités de l'hébergement<sup>(641)</sup>, celui-ci exposant le parent hébergeant

M.-Th. MEULDERS-KLEIN et S. DEMARS, « La réforme de la réforme du divorce et les enfants : protection ou incohérences ? », *J.T.*, 1996, p. 675.

(635) Comp. : Civ. Hasselt, 18 avril 1995, *J.D.J.*, 1996, p. 384, *R.W.*, 1995-1996, p. 1319, *L.R.L.*, 1996, p. 37, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 233 (somm.).

(636) F. BUYSENS, « De familierechtelijke overeenkomsten voorafgaand aan echtscheiding door onderlinge toestemming », *o.c.*, p. 132, n° 42.

(637) J. GERLO, « Artikel 203, § 1 B.W., artikel 203bis B.W. en artikel 1288, eerste lid, 3° Ger.W. na de wetten van 30 juni 1994 en 13 april 1995. Bijzondere problemen in geval van echtscheiding door onderlinge toestemming », *N.F.M.*, 1997, p. 125, n° 10. Comp. : Corr. Oudenaarde, 14 juin 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 1150, *NjW*, 2002, p. 177, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 646 (somm.), *J.D.J.*, 2003, n° 228, p. 34 (somm.) ; J.P. Fexhe-Slins, 9 novembre 1992, *J.J.P.*, 1993, p. 10. *Adde* : Y. BOUILLET, « Les conventions de divorce par consentement mutuel et l'obligation spéciale de l'art. 203 du Code civil après la majorité des enfants », in *Liber Amicorum Léon Raucent*, Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia/Bruylant, 1992, p. 85.

(638) Anvers 23 octobre 2007, *NjW* 2008, p. 497, note GV.

(639) Gand, 6 mars 2003, *R.G.D.C.*, 2005, p. 348.

(640) M.-C. VALSCHAERTS, « La fiscalité familiale », *o.c.*, p. 90, n° 121/122.

(641) Il a cependant été refusé que la contribution de la mère puisse consister uniquement en sa participation en nature lorsqu'elle héberge les enfants ajoutée à la mise à disposition gratuite de sa part dans l'ancien immeuble commun au seul profit du mari (Civ. Bruxelles, 16 novembre 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 474, note J.-L. RENCHON). L'égalité de l'hébergement ne dispense pas de contribuer proportionnellement aux facultés : lorsque chacun des parents assure l'hébergement principal d'un des deux enfants du couple et que les revenus des parents et les besoins des enfants sont équivalents, la mère doit contribuer aux frais d'entretien et d'éducation de l'enfant dont elle n'assume pas l'hébergement principal, de la même façon que le père le fait pour l'autre enfant, y compris en ce qui concerne les frais extraordinaires (J.P. Grâce-Hollogne, 14 novembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 768).

à des frais quotidiens (*infra*, n° 788). Les époux peuvent convenir des réductions ou des augmentations en fonction des libertés prises avec les jours et heures d'hébergement convenus<sup>(642)</sup>. Elle est présumée due même pendant les périodes d'hébergement par le débiteur si la convention ne le précise pas.

La contribution doit aussi tenir compte des modalités d'*exercice de l'autorité parentale* car des décisions prises par un seul parent peuvent avoir un impact sur les besoins de l'enfant et la contribution de l'autre. L'instauration d'un régime nuancé d'exercice de l'autorité parentale permet que certaines décisions soient prises de commun accord. La convention peut imputer la charge financière d'une décision irrégulière au parent qui l'a prise.

Une attention particulière doit être prêtée aux *frais extraordinaires* liés à l'éducation ou à la formation des enfants (ex. : dépenses médicales, activités culturelles, stages sportifs, etc. ; *infra*, n° 787-1)<sup>(643)</sup>. Les parents sont tenus<sup>(644)</sup> d'en préciser avec soin<sup>(645)</sup> la nature, la répartition du financement<sup>(646)</sup>, la nécessité éventuelle d'un accord préalable<sup>(647)</sup>, ainsi que les modalités du recours à exercer par le parent qui les a indûment supportés<sup>(648)</sup>. Une imprécision des conventions expose les parents, en cas de contestation, à devoir poursuivre l'exécution forcée devant le juge du

(642) J.P. Tubize, 4 septembre 1990, *Rev. not. belge*, 1991, p. 464, note G. MAHIEU. Pour plus de détails, notamment sur la nécessité de ne pas permettre de réduire la contribution en gardant trop longtemps l'enfant à l'expiration de la période de contact : F. BUYSENS, « De familierechtelijke overeenkomsten voorafgaand aan echtscheiding door onderlinge toestemming », *o.c.*, pp. 128-129, n°s 37-38.

(643) Voy. not. : F. BUYSENS, « De familierechtelijke overeenkomsten voorafgaand aan echtscheiding door onderlinge toestemming », *o.c.*, pp. 134-136, n°s 45-48 ; L. GALLE, « Problemen rond het begrip "buitengewone kosten" m.b.t. de kinderen bij echtscheiding door onderlinge toestemming », *N.F.M.*, 2010, pp. 89 et s. ; F. LIGOT, « Les clauses de partage de certains frais d'éducation et d'entretien des enfants », note sous Civ. Bruxelles (sais.), 4 octobre 1995, *Div. Act.*, 1996, p. 124. Comp. : J.P. Westerlo, 8 février 2002, *T. Not.*, 2003, p. 270, note F. BUYSENS et J.P. Westerlo, 8 février 2001, *R.W.*, 2002-2003, p. 230, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 647 (somm.) (augmentation de la contribution mensuelle pour les enfants faite de pouvoir énumérer les dépenses exceptionnelles).

(644) Dès lors que la loi reconnaît la distinction entre frais ordinaires et extraordinaires (art. 203bis, § 3, réd. L. du 19 mars 2010).

(645) Ils pourraient néanmoins stipuler que la contribution mensuelle couvre aussi la part du créancier dans les frais extraordinaires (F.-X. DELOGNE, « La réforme du droit des contributions alimentaires », *Rev. not. belge.*, 2010, p. 398).

(646) Par moitié en toute hypothèse (J.P. Tournai, 21 septembre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 509), par moitié à condition d'avoir consulté l'autre parent avant l'engagement de la dépense, pour le tout à charge d'un des parents, etc.

(647) En ce sens : F. BUYSENS, « De clausule over de buitengewone kosten bij EOT : zorgkind voor de rechter? », note sous J.P. Westerlo, 8 février 2002, *T. Not.* 2003, p. 276. Comp. : Liège, 17 novembre 2010, *Rev. not. belge*, 2012, p. 267 (cette exigence découle de l'autorité parentale lorsqu'elle demeure conjointe ; un engagement d'accord préalable ne doit porter que sur les décisions à répercussions budgétaires importantes).

(648) Mons, 5 février 1996, *Rev. not. belge*, 1997, p. 481 (frais de logopédie ; exécution forcée sur la base de la convention notariée).

fond<sup>(649)</sup>. Toute latitude est réservée quant aux méthodes de financement (ex. : compte bancaire « enfant(s) » conjoint aux parents recueillant des provisions mensuelles sur lesquelles sont imputés les frais extraordinaires, avec affectation précise du solde après décompte annuel).

De manière générale, les conventions régleront les modalités de paiement, ses lieu et date, ainsi que les mesures d'exécution. La délégation de sommes est de droit (art. 203ter ; *infra*, n° 799)<sup>(650)</sup>.

Afin d'éviter un double paiement, la convention précisera que ce que le débiteur paie directement à l'enfant sera imputé sur la contribution due. Il est à noter que, dès sa majorité, l'enfant peut réclamer le montant de sa contribution au parent débiteur<sup>(651)</sup>.

**569. Variations.** Le fait que la contribution parentale à l'entretien des enfants soit révisable par le juge (art. 1288 *in fine* C. jud. ; *infra*, n° 585) n'enlève rien à l'intérêt de clauses de variabilité. Elles aident à éviter le procès et procurent au créancier un titre exécutoire.

Les époux peuvent prévoir une *revalorisation échelonnée* de la contribution par paliers ou l'application de coefficients liés à l'évolution prévisible du coût de l'enfant<sup>(652)</sup>. Ils peuvent aussi stipuler une *adaptation proportionnelle* à l'évolution des ressources des parents<sup>(653)</sup>.

Les clauses de variation ainsi que leur absence lient le juge. Il peut être déduit de l'absence de clause de révision ou de paliers de révision que les parents, dûment informés, n'ont pas entendu augmenter la contribution, par exemple en fonction de l'âge, ou de l'accès aux études supérieures, toutes deux des circonstances exclusives de demande de révision unilatérale<sup>(654)</sup>. La présence d'une clause de révision empêche le juge d'y

(649) J.P. Zottegem-Herzele 13 novembre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 239 (somm.), *J.J.P.*, 2010, p. 215. Voy. K. BROECKX, « Perikelen bij de executie van een akte van echtscheiding door onderlinge toestemming », *o.c.*, p. 18.

(650) J.P. Grâce-Hollogne, 16 octobre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 827.

(651) J.P. Westerlo, 25 juin 1993, *Turnb. Rechtsl.*, 1995-1996, p. 33. *Adde* : J.P. Woluwe-Saint-Pierre, 18 avril 2005, *Rev. not. belge*, 2005, p. 45 : la demande d'augmentation de la contribution d'une partie est irrecevable lorsqu'elle est introduite par l'ex-époux alors que les conventions stipulent que les parties régleront directement avec leurs enfants majeurs les montants et modalités de leur contribution aux différents frais leur incombant.

(652) J.P. Châtelet, 7 octobre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 640 ; J.P. Westerlo, 30 juin 2003, *R.G.D.C.*, 2004, p. 352 (imprécision de la convention) ; F. BUYSENS, « De familierechtelijke overeenkomsten voorafgaand aan echtscheiding door onderlinge toestemming », *o.c.*, p. 137, n° 50 ; G. MAHIEU, « Divorce et séparation de corps », *o.c.*, n° 302.

(653) Avec précaution et précision, pour éviter les fraudes.

(654) Cass., 9 décembre 2004, *T. Not.* 2005, p. 555, note S. VERHAMME, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 446, *E.J.*, 2006, p. 42, note F. BUYSENS ; Civ. Gand, 28 avril 2011, *J.J.P.*, 2012, p. 6 ; Civ. Liège, 22 janvier 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 869 ; Civ. Gand, 13 juin 2002, *E.J.*, 2002, p. 139, note F. BUYSENS ; J.P. Deinze, 19 février 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 421 (somm.), *J.J.P.*, 2010, p. 201. *Contra* : J.P. Overijse, 18 septembre 2001, *R. W.*, 2002-2003, p. 32 ; J.P. Fontaine-l'Évêque, 5 avril 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1620.

substituer un nouveau calcul, à la demande d'un parent, par exemple fondé sur une méthode informatisée<sup>(655)</sup> (*infra*, n° 789).

L'*indexation* de la contribution alimentaire est de droit (art. 203 *quater*)<sup>(656)</sup>, mais gagne à être précisée quant à l'indice et la fréquence d'actualisation<sup>(657)</sup>.

### § 3. Procédure

**570. Division.** La procédure du divorce par consentement mutuel, notablement simplifiée et raccourcie par la loi du 30 juin 1994, autorise la modification des conventions préalables en cours d'instance et affine le contrôle judiciaire, limité aux conventions relatives aux enfants. La procédure dite « sans incidents » se déroule 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.

#### I. Procédure « sans incidents »

**571. Introduction de la demande.** La procédure est introduite par requête déposée au greffe du tribunal de la famille<sup>(658)</sup> choisi par les époux (art. 1288*bis*, § 1<sup>er</sup>, C. jud.), sous réserve de la compétence du tribunal de la famille préalablement saisi (art. 629*bis*, § 1<sup>er</sup> et § 8, C. jud.). Elle est signée par les deux époux *ou* par au moins un avocat ou un notaire<sup>(659)</sup> et contient les mentions prescrites par l'article 1026 du Code judiciaire et, en annexe, les conventions préalables<sup>(660)</sup>, l'inventaire éventuel et de (trop) nombreux documents d'état civil<sup>(661)</sup>, notamment ceux relatifs aux enfants non communs mais élevés par le couple (art. 1288*bis*, § 1<sup>er</sup>, al. 4, 4<sup>o</sup> *jo.* art. 1254, § 1<sup>er</sup>, al. 4, C. jud.).

(655) Cass., 7 décembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2579, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 238 (somm.), *R.G.D.C.*, 2009, p. 30. Rapp. : Cass., 23 décembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 744, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 592 (somm.), *Div. Act.*, 2006, p. 44.

(656) Cass., 21 mars 1975, *R.C.J.B.*, 1976, p. 536, note J.-P. MASSON.

(657) J.P. Wavre, 12 novembre 1998, *Div. Act.*, 1999, p. 30. Voy. : J. ROODHOOFT, « Is de gezondheid-sindex toepasselijk inzake onderhoudsuitkeringen ? », *o.c.*, p. 10.

(658) Les termes « tribunal de première instance » qui apparaissent toujours à l'article 1288*bis* du Code judiciaire doivent être compris comme visant plus spécifiquement le greffe du tribunal de la famille, compétent en matière de divorce depuis la loi du 30 juillet 2013 (art. 572*bis*, 1<sup>o</sup>, C. jud.).

(659) 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.

(660) La loi du 20 mai 1997 a réparé l'imprécision antérieure du législateur qui avait conduit certaine jurisprudence (et doctrine) à exiger la reproduction intégrale des conventions préalables dans la requête. Sur la réparation des omissions de pièces (art. 867 C. jud.) : A. DUELZ, *Le droit du divorce*, *o.c.*, p. 326, n° 437.

(661) La dispense de production des documents d'état civil, possible pour le divorce contentieux (art. 1254, § 2 ; *supra*, n° 457), a été étendue au divorce par consentement mutuel par la loi du 14 janvier 2013 (art. 1288*bis*, § 2, C. jud.).

Dans les 8 jours du dépôt, la requête est transmise au procureur du Roi pour avis (art. 1288<sup>ter</sup> C. jud.) sur les conditions de forme, l'admissibilité du divorce<sup>(662)</sup> et le contenu des conventions relatives aux enfants mineurs (art. 1289<sup>ter</sup>, al. 1<sup>er</sup>, C. jud.). L'avis est en principe déposé au greffe au plus tard la veille de la première comparution<sup>(663)</sup>. 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.

**572. Procédure écrite (séparation de plus de 6 mois).** Lorsque les époux sont séparés depuis 6 mois au moins lors du dépôt de la requête, ils sont dispensés de comparaître et la procédure se déroule par écrit (art. 1289, C. jud.). Il s'agit là d'une innovation de la loi du 30 juillet 2013 qui s'inscrit dans la tendance législative d'accélération de la procédure, observée depuis la réforme de 1994.

Le tribunal de la famille peut néanmoins ordonner la comparution personnelle des parties s'il l'estime nécessaire, soit d'initiative, soit à la demande du ministère public ou d'une des parties (art. 1289, § 3, C. jud.). Les règles applicables sont alors les mêmes qu'en cas de comparution lorsque les époux sont séparés depuis moins de 6 mois (voy. ci-dessous).

**573. Comparution des parties (séparation de moins de 6 mois)** Si les parties ne sont pas séparées depuis plus de 6 mois au jour du dépôt de la requête, elles sont tenues de comparaître ensemble et en personne devant le tribunal afin de déclarer leur volonté (art. 1289, § 2, C. jud.).

Cette comparution a lieu dans le mois du dépôt de la requête (art. 1289, § 2 et 3, C. jud.). Les époux sont convoqués par le greffe ; ils comparaissent ensemble et en personne devant le tribunal de la famille, sauf dispense pour circonstances exceptionnelles<sup>(664)</sup>, auquel cas le tribunal autorise la comparution par mandataire (avocat ou notaire<sup>(665)</sup>) (art. 1289, § 4, C. jud.).

Cette comparution a pour but de donner au juge la possibilité d'exposer aux époux les conséquences de leur démarche (art. 1290

(662) Au sens du droit international privé. Voy. : R. BOURSEAU, « L'admissibilité du divorce par consentement mutuel en droit international privé belge positif », in *Mélanges offerts à Roland De Valkeneer*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 93 ; M. LIÉNARD-LIGNY, « Le divorce international. Conflits de lois. Conflits de juridictions », *Rép. not.*, t. XVIII, l. IV, Bruxelles, Larcier, 1998-1999, nos 70 et s. et « Le divorce par consentement mutuel », in *Relations familiales internationales* (F.R.N.B. éd.), Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 3.

(663) Sur les conséquences d'un retard dans la délivrance de l'avis : J.-P. MASSON, *La loi du 30 juin 1994 modifiant l'article 931 du Code judiciaire et les dispositions relatives aux procédures de divorce*, o.c., p. 125, n° 81.

(664) 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 », o.c., pp. 323-325, nos 674-681.

(665) Le notaire doit faire la preuve de son mandat car il ne bénéficie pas d'un mandat *ad litem*.

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° 576).

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

**574. Jugement.** Après avoir pris connaissance de l'avis du procureur du Roi, le tribunal rend son jugement s'il n'a pas connaissance d'un retrait du consentement des époux (*supra*, n° 542). La loi précise qu'il ne peut plus faire d'autres vérifications que celles du respect des conditions de fond ou de forme (art. 1298, C. jud.)<sup>(666)</sup>.

S'il prononce le divorce<sup>(667)</sup>, il homologue les conventions relatives aux enfants mineurs<sup>(668)</sup> (art. 1298 C. jud.). Cette formalité leur confère la force exécutoire lorsqu'elles n'ont pas été rédigées en forme notariée<sup>(669)</sup>. 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 et 387*bis*).

**575. 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.)<sup>(670)</sup>. En cas de réconciliation des époux, ces derniers peuvent conjointement interjeter appel, mais rapidement car l'appel fondé sur ce motif doit être introduit dans le mois du prononcé<sup>(671)</sup> (art. 1299, al. 1<sup>er</sup> et al. 4, réd. L. 17 juillet 2015). Les deux époux peuvent enfin interjeter appel contre un

(666) Pour certains auteurs, dont nous ne partageons pas l'avis, la conformité des conventions à l'intérêt de l'enfant est devenu, depuis la loi du 20 mai 1997, une condition de fond du divorce (en ce sens, not. : N. HUSTIN-DENIES, « La procédure sans incidents », *o.c.*, VII.3.4.-1, n° 4.1).

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

(668) Voy. F. SWENNEN, « Pleidooi voor de homologatie van heel de EOT-overeenkomst », *T. Fam.*, 2015, p. 222.

(669) Anvers, 27 novembre 2007, *NjW*, 2008, p. 556, note G.V ; Gand, 16 octobre 2007, *R. W.*, 2008-2009, p. 501.

(670) Auparavant, seul le ministère public pouvait interjeter appel d'un jugement qui prononce le divorce. Voy. Bruxelles, 22 novembre 2007, *NjW*, 2008, p. 557, note G.V., *Act. dr. fam.*, 2008, p. 143, note A.-Ch. VAN GYSEL.

(671) L. du 17 juillet 2015 modifiant l'article 1299 du Code judiciaire en ce qui concerne l'appel d'un jugement prononçant le divorce par consentement mutuel pour cause de réconciliation (I), *M.B.*, 1<sup>er</sup> septembre 2015, p. 55748. Pour plus de détails, voy. X, « La loi du 17 juillet 2015 modifiant l'article 1299 du Code judiciaire en ce qui concerne l'appel d'un jugement prononçant le divorce par consentement mutuel pour cause de réconciliation », *Act. dr. fam.*, 2015, p. 186 ; M. BUNKENS, « Hoger beroep na verzoening bij echtscheiding door onderlinge toestemming. Commentaar bij de wet van 17 juli 2015 », *T. Fam.*, 2015, p. 223.

jugement de *rejet* (art. 1300 C. jud.)<sup>(672)</sup>. 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.)<sup>(673)</sup>. 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.)<sup>(674)</sup>. Les *effets patrimoniaux entre époux* remontent au jour du dépôt de la requête (art. 1304, al. 2, C. jud.)<sup>(675)</sup>.

## 2. Incidents de procédure

**576. Modification des conventions relatives aux enfants mineurs à l'initiative du juge.** Si le juge estime lors de la comparution, que les conventions relatives aux enfants *mineurs* sont contraires à leurs intérêts, il *propose* aux parties de les modifier (art. 1290, al. 2, C. jud.), le cas échéant après avoir entendu les enfants. Il fixe une nouvelle date de comparution donnant aux parties l'occasion de réagir à sa proposition (art. 1290, al. 4, C. jud.).

Si le juge n'est pas satisfait de 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<sup>(676)</sup>.

(672) Sauf, avant la loi du 17 juillet 2015 et selon certaine jurisprudence, lorsque l'appel, interjeté après réconciliation, a pour but de faire constater judiciairement celle-ci : Gand, 11 décembre 2003, *NjW*, 2004, p. 490, note GV ; Gand, 21 décembre 2000, *R.G.D.C.*, 2002, p. 293, note P. MOREAU et G. de LEVAL, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 236 (somm.). Voy. aussi : Cass., 21 juin 2001, *Pas.*, 2001, p. 1209, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 78 : en annulant d'office le mariage, à leurs yeux simulé, contracté par deux époux qui poursuivaient en degré d'appel la réformation du jugement qui a rejeté leur divorce par consentement mutuel, la cour d'appel a modifié l'objet de la demande.

(673) Anvers, 24 avril 1996, *E.J.*, 1996, p. 150, note S. MOSSELMANS (demande d'un époux – non fondée – tendant à faire interdire la transcription).

(674) Sur l'hypothèse particulière du décès d'un époux divorcé avant la transcription, *supra*, n° 462, note 147.

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

(676) 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. Arlon, 7 avril 1995, *Div. Act.*, 2000, p. 114, note E. de WILDE d'ESTMAEL. 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*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., 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.

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

**577. Audition des enfants mineurs.** Si le juge décide de procéder à l'audition des enfants (art. 1290, al. 3 *jo.* art. 1004/1 C. jud.)<sup>(677)</sup>, en principe au plus tard lors de la comparution des époux (art. 1290, al. 3, C. jud.)<sup>(678)</sup>, la procédure comprend une nouvelle date de 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.).

**578. Modification des conventions préalables sur proposition conjointe.** Consacrant un droit prétorien<sup>(679)</sup>, la loi permet aux parties de modifier leurs conventions en cours d'instance. Le juge peut être saisi d'une proposition conjointe de modification 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<sup>(680)</sup>, prise à la lettre, apparaît excessivement sévère<sup>(681)</sup>. 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

(677) Les enfants peuvent également en faire la demande (art. 1004/1 C. jud.). Voy. : E. VIEUJEAN, « L'audition des enfants mineurs », *J.J.P.*, 1995, pp. 271-272, n<sup>os</sup> 9-10.

(678) Sauf en cas de proposition faite par les époux de modifier leurs conventions (art. 1293, al. 2, C. jud. ; voy. ci-après).

(679) Liège, 15 décembre 1987, *Rev. trim. dr. fam.*, 1988, p. 552 ; Anvers (vac.), 2 août 1985, *R.W.*, 1985-1986, col. 2842 ; Bruxelles, 25 mars 1980, *R.W.*, 1980-1981, col. 663, note, *Rev. not. belge*, 1980, p. 492, note D. STERCKX, *Rev. trim. dr. fam.*, 1980, p. 168, notes F. POELMAN et J.-L. RENCHON ; H. CASMAN, *Notarieel familierecht, o.c.*, p. 389, n<sup>o</sup> 984 ; W. PINTENS, *Echtscheiding door onderlinge toestemming, o.c.*, pp. 268-273, n<sup>os</sup> 438-448 ; E. VAN LAETHEM, « La modification des conventions en cours de procédure », in *Le divorce par consentement mutuel* (M. GRÉGOIRE et G. MAHIEU éd.), Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 45.

(680) 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.

(681) La loi du 20 mai 1997 l'a maintenue alors qu'elle remplaçait ce terme dans le deuxième alinéa de l'article 1288, relatif à la révision après le divorce des dispositions relatives aux enfants, par « indépendantes de la volonté des parties ». Comme le souligne M. BUYSSENS, il ne paraît pas possible d'établir une analogie entre le nouvel article 1293 et l'article 1288 afin d'interpréter plus souplesment la première (F. BUYSSENS, « De echtscheiding door onderlinge toestemming », *o.c.*, p. 338, n<sup>o</sup> 700 et p. 360, n<sup>o</sup> 736).

d'une créance incertaine<sup>(682)</sup>, 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 dans le mois du dépôt de la requête et avant l'éventuelle comparution des parties (art. 1293, al. 1<sup>er</sup>, C. jud.). La proposition est transmise pour avis au procureur du Roi. Après avoir pris connaissance de cet avis et avoir, le cas échéant, entendu les enfants, le juge qui estime les propositions de modification des conventions contraire aux intérêts de ces derniers peut convoquer les époux pour leur proposer d'adapter celles-ci (art. 1293, al. 2, C. jud.).

**579. (suite) Contre-lettres.** Il résulte de ce qui précède que les conventions préalables ne peuvent être modifiées pendant la procédure hors du contexte procédural 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<sup>(683)</sup> et ne peut être confirmée, même après le prononcé définitif du divorce<sup>(684)</sup>. Les actions intentées après le divorce pour en obtenir l'exécution sont irrecevables<sup>(685)</sup>. Comme les époux sont libres de modifier leurs conventions après le divorce, ils pourraient souscrire un nouvel engagement reprenant ceux de la contre-lettre. En ce sens, l'exécution volontaire de l'engagement contenu dans une contre-lettre pourrait

(682) 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.

(683) Anvers 9 mai 2007, *R.A.B.G.*, 2009, p. 272, note M. GOVAERTS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 943 (somm.) ; Anvers, 17 mars 2004, *R.W.*, 2005-2006, p. 152 ; Liège, 17 janvier 2001, *J.T.*, 2001, p. 381, *J.L.M.B.*, 2002, p. 637, note S. D. ; Liège, 14 décembre 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 137 ; Liège, 15 décembre 1987, *Rev. trim. dr. fam.*, 1988, p. 552 ; Civ. Anvers, 24 juin 2003, *R.A.B.G.*, 2004, p. 748 ; Civ. Bruxelles, 11 septembre 1992, *N.F.M.*, 1995, p. 21, note F. BUYSSENS ; Y.-H. LELEU, « Les conventions patrimoniales préalables au divorce par consentement mutuel », *o.c.*, p. 384, n° 28 ; J.-F. TAYMANS, « Le règlement des effets patrimoniaux », *o.c.*, VII.2.2.-20, n° 2.40. La charge de la preuve de la date de la contre-lettre, postérieure au divorce, repose sur celui qui en réclame l'exécution : Bruxelles, 13 octobre 1998, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1222 (somm.).

(684) Cass., 15 mai 2006, *Div. Act.*, 2007, p. 65, note S. MOSSELMANS, *R.G.D.C.*, 2007, p. 23. Cet arrêt révisé la solution antérieure qui admettait qu'une fois le divorce prononcé, les contre-lettres concernaient les intérêts privés des parties et pouvaient donc être confirmées, au motif qu'après le divorce, les parties sont libres de modifier leurs conventions préalables de commun accord (*infra*, n° 582). Dans le même sens : Civ. Liège, 27 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1671 ; 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 ; G. VERSCHULDEN, « Relitigatie na echtscheiding door onderlinge toestemming », *o.c.*, n° 5, p. 39. Certaine jurisprudence marque ses réticences face à l'impossibilité de confirmation, même si dans ces espèces la confirmation n'est pas retenue : Liège, 15 juin 2010, *Act. dr. fam.*, 2010, p. 177, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 661 (défaut de confirmation) ; Liège, 13 décembre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1137 (défaut de preuve).

(685) Pour une analyse approfondie : S. MOSSELMANS, « Les contre-lettres dans le divorce pour consentement mutuel », *Div. Act.*, 2007, p. 65.

être un mode de preuve d'un nouveau contrat en ce sens, à livrer par celui qui en réclame l'exécution forcée<sup>(686)</sup>.

Le praticien professionnel qui prête son concours à la rédaction d'une contre-lettre engage sa responsabilité envers celui qui pâtit de son inexécution<sup>(687)</sup>. Les époux peuvent certes modifier leurs conventions préalables après le divorce dans le même sens que la contre-lettre, mais la nullité de cette dernière n'est pas couverte par ce nouvel accord : ce qui a été exécuté volontairement préalablement au nouvel accord demeure susceptible de réparation ou remboursement<sup>(688)</sup>.

## § 4. Effets

### I. Date des effets des conventions préalables

**580. 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<sup>(689)</sup>. Cela peut être souhaitable en vue de pallier les éventuels dysfonctionnements du régime matrimonial durant la séparation ou durant la période de crise conjugale qui l'a précédée. Les conventions *alimentaires* prennent cours à la date arrêtée par les parties<sup>(690)</sup>, sous réserve de l'intérêt des enfants.

**581. 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<sup>(691)</sup>, sous réserve des

(686) F. BUYSENS et J.-E. BEERNAERT, « Le divorce par consentement mutuel. Chronique de jurisprudence (2001-2012) », *o.c.*, p. 7, n° 15 ; G. VERSCHULDEN, « Relitigatie na echtscheiding door onderlinge toestemming », *o.c.*, n° 5, p. 40. Rapp. : Civ. Mons, 3 mai 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 145.

(687) Bruxelles, 9 mai 1997, précité (notaire) ; Liège, 14 décembre 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 137 (avocat ; responsabilité non retenue). Voy. : C. COUQUELET, note précitée.

(688) S. MOSSELMANS, « Les contre-lettres dans le divorce pour consentement mutuel », *o.c.* ; D. PIRE, « Le droit des personnes et des familles. Le divorce », in *Chroniques notariales* (Y.-H. LELEU éd.), vol. 47, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 109, n° 104.

(689) F. BUYSENS, « De echtscheiding door onderlinge toestemming », *o.c.*, p. 345, n° 714 ; Y.-H. LELEU, « Les conventions patrimoniales préalables au divorce par consentement mutuel », *o.c.*, p. 385, n° 31.

(690) Pour le temps des épreuves, elles forment le pendant des mesures provisoires dans les procédures de divorce pour désunion irrémédiable 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 », *o.c.*, n° 16) et les paiements effectués ne sont pas susceptibles de restitution en cas de rejet du divorce.

(691) 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. BUYSENS.

obligations contractées par les époux pour le temps des épreuves ainsi que des stipulations dotées d'effet immédiat (ex. : révocation d'un testament<sup>(692)</sup>).

## 2. Modifications amiables

**582. 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 et 387bis ; *infra*, n° 816)<sup>(693)</sup>.

**583. Clauses de variabilité (renvoi).** La prudence (et l'art. 1288, al. 1<sup>er</sup>, 4°, 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 (*supra*, n° 569).

## 3. Modifications sur demande unilatérale

**584. Conventions relatives aux époux.** Les conventions relatives aux époux (art. 1287 et 1288, al. 1<sup>er</sup>, 1° et 4°, 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)<sup>(694)</sup> ni sur la *théorie de l'imprévision*<sup>(695)</sup>, tout au plus

(692) Comp. : Cass., 6 mars 2009, précité (*supra*, n° 557).

(693) 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 (sais.), 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°s 75-85 ; E. VIEUJEAN, note précitée. En sens contraire : Civ. Anvers, 10 octobre 1996, *N.F.M.*, 1996, p. 270, note S. BROUWERS ; J.P. Westerlo, 19 janvier 2001, *R.W.*, 2001-2002, p. 1512 ; F. BUYSENS, « De echtscheiding door onderlinge toestemming », *o.c.*, p. 349, n° 721 ; S. DEMARS, *Les procédures en divorce. La réforme de la réforme. Loi du 20 mai 1997, o.c.*, pp. 81-82 ; N. HUSTIN-DENIES, « Les effets du divorce par consentement mutuel », *VII.5.3.-22*, n° 3.20 ; P. SENAËVE, « De aanpassing van de wet tot hervorming van de echtscheidingsprocedure. Commentaar op de wet van 20 mei 1997 », *E.J.*, 1997, pp. 89-90, n° 91.

(694) Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 365, *R.W.*, 1994-1995, p. 434, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1591 ; Cass., 15 octobre 1987, *J.T.*, 1988, p. 143, *Pas.*, 1988, I, p. 177, *R.W.*, 1987-1988, p. 1506, *Rev. not. belge*, 1988, p. 48, note J. EM., *R.R.D.*, 1988, p. 17 ; *contra* : Civ. Gand, 10 octobre 2002, *J.J.P.*, 2005, p. 448.

(695) Civ. Gand, 17 octobre 1990 et 17 mai 1993, *J.J.P.*, 1994, p. 169. *Contra* : Civ. Gand, 21 décembre 2000, *T.G.R.*, 2001, p. 177, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 177 (somm.) ; J.P. Gand, 4 décembre 2000,

sur l'*abus de droit* si un créancier d'aliments exigeait les prestations en dépit d'un changement fondamental dans les revenus et les besoins des parties<sup>(696)</sup>.

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° 561-1). 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° 586)<sup>(697)</sup>.

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<sup>(698)</sup>.

**585. Conventions relatives aux enfants.** Les conventions relatives aux enfants (art. 1288, al. 1<sup>er</sup>, 2° et 3°, C. jud.) sont révisables depuis 1994<sup>(699)</sup>, et encore mieux depuis la réforme de 1997 qui a assoupli les conditions (art. 1288, al. 2, C. jud.)<sup>(700)</sup>. Un époux peut solliciter du juge compétent la révision de ces conventions si des circonstances *nouvelles*

A.J.T., 2001-2002, p. 53, note C. JONCKERS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 521 (somm.) (motifs ; dispositif conforme à l'art. 1134, al. 1<sup>er</sup>).

(696) Cass., 14 octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2643, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 156, note A.-Ch. VAN GYSEL, *N.F.M.*, 2014, p. 263, note E. ALOFS, *R.A.B.G.*, 2011, p. 902 (note), *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 49 (somm.), *R.W.*, 2011-2012, p. 1209 (somm.) ; 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., 11 juin 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 898, *J.T.*, 1992, p. 676 (solution implicite). Dans le même sens : C. JONCKERS, note précitée, pp. 59-61.

(697) 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 », *o.c.*, 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.

(698) 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° 561, à propos de la clause de suppression de la pension en cas de remariage).

(699) Avant la première réforme des procédures de divorce par la loi du 30 juin 1994, la jurisprudence tolérait une modification des dispositions relatives à l'exercice de l'*autorité parentale* quand l'intérêt psychologique ou moral de l'enfant était gravement menacé (ex. : Civ. Bruxelles, 23 juin 1989, *R.G.D.C.*, 1990, p. 166). S'agissant des clauses relatives à la *contribution alimentaire en faveur des enfants*, une modification était envisageable, suivant la règle préconisée par la Cour de cassation, si le parent qui avait la garde de l'enfant se trouvait dans l'impossibilité d'assurer son entretien et son éducation eu égard à ses ressources et à la contribution conventionnelle (Cass., 12 juin 1986, *J.T.*, 1987, p. 465 ; Cass., 24 septembre 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 749, *J.T.*, 1994, p. 477).

(700) La possibilité de révision de la contribution alimentaire prévue à l'article 1288, al. 2, C. jud. est applicable par analogie et dans l'intérêt de l'enfant à toutes les conventions relatives à la contribution

et indépendantes de la volonté des parties modifient sensiblement<sup>(701)</sup> la situation des époux ou celle des enfants, et dans l'intérêt de l'enfant si la demande de révision concerne seulement l'autorité parentale et l'hébergement de l'enfant (art. 387bis C.civ.)<sup>(702)</sup>. Pour l'obligation parentale d'entretien, plus de retenue s'impose, car même si cette obligation est d'ordre public, la détermination initiale de ses modalités a fait l'objet d'un accord global.

Cela expose toutefois les parents aux tracas 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<sup>(703)</sup>.

Ce sont surtout les clauses relatives aux contributions alimentaires qui font l'objet de demandes de révision, moins celles concernant l'autorité parentale. On citera comme causes invoquées l'accident, la maladie ou la perte d'un emploi<sup>(704)</sup>, la recomposition familiale, même délibérée (*supra*, n° 813)<sup>(705)</sup>, le fait que l'hébergement n'est pas exercé comme convenu ou est modifié<sup>(706)</sup>, ainsi que l'évolution de l'âge de l'enfant et

---

alimentaire conclues par les parents en vertu de l'article 203 C. civ. (J.P. Merelbeke, 14 février 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 892 (somm.), *T.G.R.*, 2006, p. 165).

(701) Application : Civ. Gand, 27 novembre 2008, *J.J.P.*, 2010, p. 171, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 237 (somm.) (augmentation insuffisante des revenus professionnels du débiteur).

(702) En ce qui concerne l'autorité parentale, le tribunal de la famille a, en vertu de l'article 387bis, un pouvoir général d'intervention dans l'organisation de l'exercice de l'autorité parentale dans l'intérêt de l'enfant (*infra*, n° 769). Aussi les critères de l'article 1288, al. 2, C. jud., ne doivent plus s'appliquer, à l'exception de celui des circonstances nouvelles : Cass., 28 juin 2012, *Pas.*, 2012, p. 1506, *R.W.*, 2013-2014, p. 174, note, *T. Fam.*, 2013, p. 124, note B. VAN HER, *T.J.K.*, 2012, p. 337, note R. VASSEUR, *J.D.J.*, 2013, liv. 328, p. 45 (somm.), note, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 108 (somm.) (le juge tenu de statuer sur la modification des conventions relatives à l'autorité parentale et le droit aux relations personnelles, en cas de circonstances nouvelles, doit exclusivement contrôler cette demande à la lumière de l'intérêt de l'enfant) ; Bruxelles, 26 novembre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 849 ; Bruxelles, 24 août 2004, inédit, cité par F. BUYSSENS et J.-E. BEERNAERT, « Le divorce par consentement mutuel. Chronique de jurisprudence (2001-2012) », *o.c.*, p. 21, n° 49.

(703) Voy. *supra*, n° 568, en ce qui concerne les clauses relatives aux frais extraordinaires, et *supra*, n° 569, en ce qui concerne les clauses d'indexation et de révision par paliers ou en fonction des ressources.

(704) *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.).

(705) *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.

(706) 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.).

l'augmentation des frais qui en découlent<sup>(707)</sup>. Le prétendu irrespect de l'enfant n'est pas une circonstance nouvelle justifiant révision<sup>(708)</sup>.

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 significatives des ressources des parties<sup>(709)</sup>. 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<sup>(710)</sup>. Rappelons toutefois que le juge est lié par les clauses de variabilité stipulées par les parties et n'a pas la latitude d'écarter les conventions préalables pour y substituer un autre mode de calcul des contributions alimentaires (*supra*, n° 569). Pour assouplir cette rigueur, certains auteurs suggèrent de s'en remettre au seul critère de l'intérêt de l'enfant, suivant l'arrêt de la Cour de cassation du 28 juin 2012 (*supra*, note 698).

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

**586. Dol : l'arrêt de la Cour de cassation du 16 juin 2000.** 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<sup>(711)</sup>. La Cour de cassation a néanmoins

(707) 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'Evêque, 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. BUYSENS ; 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.

(708) Civ. Gand, 28 avril 2011, *J.J.P.*, 2012, p. 6.

(709) Voy. Cass., 14 mai 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1348 (diminution de contribution suite à l'augmentation des revenus du parent hébergeant principal). 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.

(710) Civ. Bruxelles, 22 décembre 1998, *J.L.M.B.*, 2000, p. 834 (somm.) ; 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).

(711) En ce sens : H. CASMAN, note sous Cass., 16 juin 2000, *R.C.J.B.*, 2002, p. 400 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 1096, n° 1018, note 4 ; Y.-H. LELEU, « Les conventions patrimoniales préalables au divorce par consentement mutuel », *o.c.*, p. 387, n° 35 ; W. PINTENS, *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, *o.c.*, pp. 300-303, n°s 502-504 ; F. RIGAUX, *Les personnes*, t. I, *Les relations familiales*, mise à jour par M.-Th. MEULDERS-KLEIN, Bruxelles, Larcier, 1978, p. 133, n° 247 ; J.-F. TAYMANS, « L'inventaire – Le règlement transactionnel », *o.c.*, p. 101, n° 34. *Contra* : Civ. Bruxelles, 16 novembre 1999, *J.T.*, 2000, p. 69.

approuvé le principe de l'annulation pour dol dans un arrêt du 16 juin 2000<sup>(712)</sup>, 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<sup>(713)</sup> et que la convention relative aux droits des époux est soumise au droit des contrats<sup>(714)</sup>.

Cette jurisprudence mérite l'approbation parce qu'elle moralise la négociation des conventions préalables<sup>(715)</sup>. La suppression de l'inventaire et la réduction (voire la suppression) 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 l'un vis-à-vis de l'autre.

La portée de l'arrêt est large quant aux vices du consentement admissibles, à savoir tous ceux qui affectent les transactions (dol, violence, erreur de fait ; art. 2052-2053)<sup>(716)</sup>, et quant aux clauses visées, à savoir toutes celles de la *convention relative aux droits des époux*<sup>(717)</sup>. 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<sup>(718)</sup>. La question de savoir si le dol qui entache un accord particulier de la convention, par exemple la pension entre époux, justifie l'annulation de toute la convention, doit être résolue conformément aux

(712) 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.

(713) En France, en sens contraire : Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 21 mai 1997, *Dr. fam.*, 1997, n° 16, note H. LÉCUYER, *Gaz. Pal.*, 1998, p. 30 (somm.), obs. J. MASSIP, *Rép. Defrénois*, 1998, art. 36753. La question s'y pose en termes différents car le juge *homologue* la convention dans tous ses aspects (art. 232 C. civ.), ce qui renforce ses liens avec le divorce, et affermit les arguments opposés à l'action en nullité (voy. : R. GUIMBELLOT, « La convention définitive de divorce, en cas de divorce sur requête conjointe, peut-elle donner lieu à une action en rescision pour lésion ? », *D.*, 1981, p. 278, nos 4 et s. ; A. BÉNABENT, *Droit civil. La famille*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1994, p. 247, n° 314 ; comp. : A. TISSERAND, « L'indésirable indivisibilité dans le divorce sur requête conjointe », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1994, pp. 497 et s.).

(714) Voy. à ce sujet : I. BOONE, « Het verbintenisrecht als remedie voor conflicten tussen gewezen echtgenoten na echtscheiding door onderlinge toestemming », in *Personen- en familierecht* (X éd.), Bruges, die Keure, 2014, pp. 81 et s.

(715) *Contra* : A.-Ch. VAN GYSEL, note sous Cass., 16 juin 2000, *Div. Act.*, 2001, pp. 170 et s. Cet auteur prône le recours à la requête civile (art. 1025 et s. C. jud.). Rapp. : Bruxelles, 22 novembre 2007, *NjW*, 2008, p. 557, note G.V., *Act. dr. fam.*, 2008, p. 143, note A.-Ch. VAN GYSEL.

(716) A.-Ch. VAN GYSEL, « Divorce et vice de consentement », *Act. dr. fam.*, 2013, p. 54 ; H. CASMAN, note sous Cass., 16 juin 2000, R.C.J.B., 2002, p. 426. Application : Bruxelles 4 mai 2010, R.A.B.G., 2011, p. 342 (dol non rapporté) ; Gand 16 octobre 2008, R.G.D.C. 2010, p. 213, note D. COTTENIE (dol non prouvé) ; 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).

(717) Dont le contenu a été (re)défini à l'occasion de cet arrêt par M<sup>me</sup> CASMAN (*supra*, n° 548).

(718) Une annulation des conventions patrimoniales peut diminuer les ressources d'une des parties.

principes régissant la nullité partielle des actes juridiques<sup>(719)</sup>, avec une présomption de lien entre toutes les stipulations de la convention<sup>(720)</sup> 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.

**586-1. Erreur ou lésion qualifiée : les arrêts de la Cour de cassation du 9 novembre 2012.** L'annulation des conventions préalables pour cause d'erreur ou de lésion a fait l'objet de deux arrêts de la Cour de cassation du 9 novembre 2012. Dans un premier arrêt<sup>(721)</sup>, la Cour insiste sur la nature particulière des conventions préalables pour en conclure qu'elles ne peuvent être attaquées du chef d'*erreur* ou de *lésion d'outré quart*<sup>(722)</sup>, « les parties étant censées avoir prévu ces risques au moment de la conclusion de la convention ».

Dans le second arrêt du même jour<sup>(723)</sup>, la Cour affirme toutefois que les conventions peuvent être remises en cause sur la base de la *lésion qualifiée*, assimilable au dol. Elle sera établie lorsque la disproportion manifeste entre les prestations résulte du fait que l'une des parties a abusé de la position de faiblesse de l'autre<sup>(724)</sup>. Tel n'est pas le cas en présence d'un simple différentiel de revenus ou de position économique<sup>(725)</sup>.

(719) 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.

(720) H. CASMAN, note sous Cass., 16 juin 2000, R.C.J.B., 2002, p. 431.

(721) Cass., 19 novembre 2012, R.G. n° C.12.0146.N, *Pas.*, 2012, p. 2183, N.F.M., 2013, p. 117, note H. CASMAN, R.W., 2012-2013, p. 1415, note E. ADRIAENS, T. Fam., 2013, p. 131, note V. HULPIAU, T. Not., 2013, p. 356, R.G.D.C., 2013, p. 168, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 833 (somm.).

(722) Anvers, 9 novembre 2011, T. not., 2012, p. 234, note L. WEYTS (octroi d'un immeuble sans soulte); rappr. Cass., 28 janvier 2010, *Pas.*, 2010, p. 278, *Rev. not. belge*, 2012, p. 484, note H. CASMAN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1324, *NjW*, 2010, p. 324, note K. VANDENBERGHE (application de la nullité pour lésion d'outré-quart à un partage transactionnel). La distinction entre le partage transactionnel et le règlement transactionnel n'est pas discriminatoire en raison de la spécificité de la procédure de divorce par consentement mutuel : F. BUYSENS et J.-E. BEERNAERT, « Le divorce par consentement mutuel. Chronique de jurisprudence (2001-2012) », *o.c.*, p. 15, n° 30 ; *contra* : H. CASMAN, « Le partage transactionnel, stable ou égalitaire avant tout ? », in *Confronting the frontiers of family and succession law. Liber Amicorum Walter Pintens* (A.-L. VERBEKE e.a. éd.), Anvers, Intersentia, 2012, pp. 305-307 (paru également in *Rev. not. belge*, 2012, pp. 406 et s.).

(723) Cass., 19 novembre 2012 (C.12.0051.N), *Pas.*, 2012, p. 2178, N.F.M., 2013, p. 119, note H. CASMAN, R.W., 2012-2013, p. 1416, note E. ADRIAENS, T. Fam., 2013, p. 132, note V. HULPIAU, T. Not., 2013, p. 363, R.G.D.C., 2013, p. 129, note M. DE POTTER DE TEN BROECK, T.G.R.-T.W.V.R., 2013, p. 103, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 834 (somm.).

(724) Déjà en ce sens : J.P. Bruges, 15 décembre 2005, T.G.R., 2007, p. 249, note M.F., *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1351 (somm.).

(725) Bruxelles, 4 mai 2010, R.A.B.G., 2011, p. 342.

## SECTION 5

### La séparation de corps

**587. Bibliographie.** A. DUELZ, J.-C. BROUWERS et Q. FISCHER, *Le droit du divorce*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2009, p. 345 ; Y.-H. LELEU, « La séparation de corps et la conversion de la séparation de corps », in *Divorce. Commentaire pratique* (G. BOLIAU éd.), Bruxelles, Kluwer, feuil. mob. ; J.-M. PAUWELS, « De instelling van de scheiding van tafel en bed : meer ongemak dan nut », *R.W.*, 1984-1985, col. 2763 ; *R.P.D.B.*, v<sup>o</sup> Divorce et séparation de corps, t. III, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., s.d. ; G. VERSCHELDEN, « De scheiding van tafel en bed », in *De hervorming van het echtscheidingsrecht. Commentaar op de wet van 27 april 2007* (P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHELDEN éds), Anvers, Intersentia, 2008, p. 177 ; 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 », *T. Fam.*, 2007, p. 151 ; A. WYLLEMAN, « Art. 308-311bis B.W. en art. 1305-1310 Ger. W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, feuil. mob.

**588. Généralités.** La séparation de corps dispense les époux de cohabitation, mais non de fidélité ni de secours. Introduite à l'origine dans le Code civil pour ménager les convictions religieuses d'une partie de la population, elle est en passe de tomber en totale désuétude<sup>(726)</sup>.

Ce désintérêt pour la séparation de corps n'était pas seulement imputable à la meilleure acceptation sociale du divorce, mais résultait également de la sévérité des conditions et de la lourdeur de sa procédure, identiques à celles du divorce. Mal aimée<sup>(727)</sup> ou mal connue, cette institution ne résout que rarement les crises qui l'ont provoquée, maintient artificiellement un mariage vide de sens et favorise l'éclosion de ménages de fait, nécessairement adultères et sans protection juridique.

Bien que la question de son abrogation ait déjà été posée<sup>(728)</sup>, le législateur ne semble pas vouloir se défaire de cette institution, comme en témoigne la mise en concordance entre les dispositions relatives à la séparation de corps et au divorce réalisée lors de la réforme des procédures en divorce par la loi du 20 mai 1997 et les récentes retouches opérées par la loi du 27 avril 2007.

(726) On comptait 114 séparations de corps en 1989, 82 en 1990 (*Doc. parl.*, Ch. repr., S.E. 1991-1992, n<sup>o</sup> 545/14, annexe I, pp. 139 et 157) et 104 en 2005 (G. VERSCHELDEN, « De scheiding van tafel en bed », in *De hervorming van het echtscheidingsrecht. Commentaar op de wet van 27 april 2007* (P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHELDEN éd.), Anvers, Intersentia, 2008, p. 181).

(727) J.-M. PAUWELS, « De instelling van de scheiding van tafel en bed : meer ongemak dan nut », *R.W.*, 1984-1985, col. 2763.

(728) J. DE GAVRE, « La loi du 30 juin 1994 modifiant l'article 931 du Code judiciaire et les dispositions relatives aux procédures de divorce », *J.T.*, 1994, p. 593, n<sup>o</sup> 49.

## § 1. Causes

**589. Parallélisme.** Comme en matière de divorce, la séparation de corps peut être fondée sur les deux mêmes causes de divorce (art. 311*bis*) : la désunion irrémédiable et le consentement mutuel des époux<sup>(729)</sup>.

Durant l'instance, malgré le silence de la loi, les mesures provisoires sont régies par les dispositions applicables à l'instance en divorce (*supra*, n<sup>os</sup> 471 et s.). Toutefois, l'ordonnance du tribunal de la famille qui, par hypothèse, aura accordé une pension alimentaire entre époux en exécution du devoir de secours, continuera de produire ses effets après le jugement prononçant la séparation de corps, jusqu'à la décision qui fixe, le cas échéant, le montant définitif de la pension alimentaire<sup>(730)</sup>.

## § 2. Procédure

**590. Renvoi législatif.** L'article 1305 du Code judiciaire aligne la procédure de séparation de corps sur celle du divorce en stipulant que la demande en séparation de corps est traitée et jugée dans les mêmes formes que la demande en divorce. Les procédures sont identiques.

**591. Modification de la demande.** Le choix initial de la procédure de séparation de corps n'est pas définitif. Des passerelles sont prévues :

- une demande en séparation de corps peut à tout moment être transformée en demande en divorce (art. 1305, al. 3, C. jud.) ;
- une demande en divorce peut à tout moment être transformée en demande de séparation de corps (art. 1305, al. 2, C. jud.).

L'article 1307 du Code judiciaire relatif aux demandes reconventionnelles a été abrogé.

## § 3. Effets

**592. Maintien du mariage.** Sortent intacts de la séparation de corps, le devoir de fidélité<sup>(731)</sup>, quelques droits ou avantages liés au statut d'époux,

(729) Ce, même si l'article 311*bis* C. civ., par un oubli du législateur, ne renvoie pas à l'art. 230 (consentement mutuel) : G. VERSCHELDEN, « De scheiding van tafel en bed », *o.c.*, p. 184.

(730) Cass., 8 janvier 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 580 ; A. DUELZ, J.-C. BROUWERS et Q. FISCHER, *Le droit du divorce*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 347.

(731) F. RIGAUX, *Les personnes*, t. I, *Les relations familiales*, Bruxelles, Larcier, 1971, p. 577, n<sup>o</sup> 2351 ; R.P.D.B., v<sup>o</sup> Divorce et séparation de corps, t. III, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., s.d., n<sup>o</sup> 551 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 », *o.c.*, p. 154.

comme l'usage du nom du conjoint<sup>(732)</sup>, le maintien des droits et avantages sociaux liés au mariage (pension de survie, de retraite<sup>(733)</sup>) et surtout le devoir de secours (art. 308)<sup>(734)</sup>.

Le devoir de secours s'exécute sous forme d'une pension alimentaire<sup>(735)</sup>, dont les fondements et l'organisation dépendront du type de séparation :

- En cas de *séparation de corps pour cause de désunion irrémédiable*, la pension alimentaire, perpétuation du devoir de secours, subsiste au profit des deux époux (art. 308). Elle n'est donc pas régie par l'article 301 du Code civil mais par le droit commun (art. 213)<sup>(736)</sup>. L'époux créancier peut prétendre à une pension lui permettant de mener le train de vie qui aurait été le sien s'il n'y avait pas eu de séparation<sup>(737)</sup> sans limitation au 1/3 des revenus du débiteur ni à la durée du mariage. Le tribunal de la famille détermine le montant de la pension en fonction des revenus des époux au jour où il statue, sans attendre la liquidation du patrimoine commun<sup>(738)</sup>.
- En cas de *séparation de corps par consentement mutuel*, le paiement d'une pension alimentaire, ses modalités, ainsi que les conditions d'une révision ultérieure sont réglés par les conventions préalables. Avant la réforme du divorce de 2007, le principe de l'immutabilité des conventions préalables durant la séparation de corps<sup>(739)</sup> était en tension avec la subsistance du devoir de secours entre époux<sup>(740)</sup>. À plus forte raison, ces conventions doivent pouvoir être révisées depuis la réforme de 2007, sauf convention contraire (art. 301, § 7).

(732) En ce sens : R.P.D.B., v° Divorce et séparation de corps, n° 555 ; *contra* : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 140, n° 131.

(733) C. trav. Anvers, 3 juin 1976, R.W., 1976-1977, col. 1330.

(734) Cass., 23 novembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 378 ; Bruxelles, 5 mars 1968, *Pas.*, 1968, II, p. 168.

(735) La pension alimentaire peut être assortie d'une *délégation de sommes* (A. WYLLEMAN, « Art. 308 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n° 5 ; *contra* : N. GALLUS, « Le recouvrement des aliments en droit interne », in *Les ressources de la famille* (E. VIEUJEAN éd.), Bruxelles, E. Story-Scientia, 1992, p. 100).

(736) En ce sens : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 833, n° 821 ; Cass., 23 novembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 378 ; Cass., 3 janvier 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 1 ; Bruxelles, 11 mai 1956, *Pas.*, 1957, II, p. 70 ; 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 », o.c., p. 155.

(737) Cass., 30 janvier 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 147, *Div. Act.*, 2000, p. 26, R.W., 1998-1999, p. 1188, *Rev. not. belge*, 1998, p. 392, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 629, R.G.D.C., 1999, p. 398, note J. GERLO.

(738) Cass., 4 juin 1966, *Pas.*, 1966, I, p. 1263 ; Civ. Liège, 4 juin 1974, *J.L.*, 1974-1975, p. 244.

(739) Cass., 19 décembre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 635, note B.C., *NjW*, 2004, p. 626, note GV, *J.T.*, 2004, p. 204 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 323, R.G.D.C., 2004, p. 387, note J. GERLO ; Liège, 12 novembre 1984, *Pas.*, 1984, II, p. 154 ; Civ. Tournai, 12 décembre 1974, *J.T.*, 1975, p. 208.

(740) Pour plus de détails, voy. notre 1<sup>ère</sup> édition, même numéro.

Une pension alimentaire conventionnelle dans le cadre d'une séparation de corps, qui constitue l'exécution du devoir de secours, sera caduque lorsque le divorce ultérieur sera définitif, le mariage étant alors dissous<sup>(741)</sup>.

**593. Relâchement du lien matrimonial.** Le relâchement du lien conjugal se manifeste par la dispense légale du devoir de cohabitation et par la disparition corrélative du devoir d'assistance.

En outre, la séparation de corps emporte toujours séparation de biens (art. 311)<sup>(742)</sup> et provoque la liquidation du patrimoine conjugal. La date de dissolution du régime légal pour séparation de corps est déterminée de la même manière qu'en cas de divorce (art. 1278 et 1304 C. jud.)<sup>(743)</sup> et la liquidation-partage suit la procédure de droit commun. L'époux séparé de corps n'hérite plus de son conjoint (art. 731). Les avantages matrimoniaux subissent les déchéances déjà examinées à propos du divorce (art. 311*bis* *jo.* art. 299).

Enfin, la séparation de corps requiert l'adoption de mesures relatives aux enfants. Tous les effets du divorce à l'égard des enfants sont applicables (art. 311*bis* *jo.* art. 302 et 304).

## § 4. Cessation

**594. Réconciliation.** La séparation de corps s'éteint par la réconciliation des époux<sup>(744)</sup>. Le mariage est alors rétabli sans qu'une nouvelle célébration ne soit exigée. Les époux réunis risquent cependant de se heurter à deux types d'obstacles : le premier, d'ordre probatoire, est lié à la difficulté d'établir avec certitude ce fait mêlé d'intentions<sup>(745)</sup> ; le second, de forme, tient à la mise en concordance de l'acte de mariage des époux

(741) Cass., 19 décembre 2003, *Pas.*, 2004, p. 2048, *J.L.M.B.*, 2004, p. 635, note B.C., *NjW*, 2004, p. 626, note GV, *J.T.*, 2004, p. 204 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 323, *R.G.D.C.*, 2004, p. 387, note J. GERLO, *Rev. not. belge*, 2006, p. 359, note E. BEGUIN ; Anvers, 17 décembre 2003, *NjW*, 2004, p. 628, note GV, *R.W.*, 2004-2005, p. 468, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 278 (somm.).

(742) Avant la réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 14 juillet 1976, des époux recouraient parfois à la séparation de corps en vue de changer de régime matrimonial, celui-ci étant immuable. Au cours des travaux préparatoires de la loi du 30 juin 1994 relative aux procédures en divorce, des parlementaires ont invoqué, mais sans succès, l'argument de la mutabilité contrôlée des conventions matrimoniales à l'appui de leur proposition d'abroger la séparation de corps (*Doc. parl.*, Ch. repr., S.E. 1991-1992, n° 545/8, amendements n°s 137 et 138).

(743) Pour plus de détails : 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 », *o.c.*, p. 155.

(744) Plus nuancé en raison de la suppression par la loi du 27 avril 2007 des dispositions relatives à la réconciliation : 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 », *o.c.*, p. 156.

(745) Bruxelles, 20 juin 1972, *Pas.*, 1973, II, p. 7, *J.T.*, 1972, p. 676 ; Civ. Bruxelles, 10 novembre 1983, *Rev. not. belge*, 1986, p. 488, note M. MAUPIN ; G. MAHIEU, « Divorce et séparation de corps »,

avec la restauration de leur état ancien, la séparation de corps ayant été répercutée dans les registres de l'état civil (art. 1275 et 1303 C. jud.)<sup>(746)</sup>. La réconciliation des époux laisse subsister la séparation de biens<sup>(747)</sup> ; seule une procédure de modification du régime matrimonial leur permettra d'adopter à nouveau le régime de communauté<sup>(748)</sup>.

**595. Décès.** La séparation de corps prend fin par le décès d'un des époux en donnant, le cas échéant, naissance à une pension alimentaire au profit du conjoint survivant (art. 205bis ; *infra*, n° 803)<sup>(749)</sup>.

**596-599. Divorce après séparation de corps.** La séparation de corps peut faire place à un divorce, par transformation de la demande de séparation de corps en demande de divorce ou par l'introduction d'une demande en divorce après séparation de corps.

La séparation de corps est une séparation de fait utile pour établir la désunion irrémédiable (art. 229, §§ 1<sup>er</sup> et 3) ; elle est une séparation voulue par les deux époux (par consentement mutuel) ou par un seul d'entre eux (pour cause de désunion irrémédiable)<sup>(750)</sup>.

Si le législateur de 2007 a supprimé la procédure de conversion en divorce d'une séparation de corps, il permet expressément la transformation de la demande en séparation de corps en demande en divorce. La loi n'a cependant donné aucune indication quant à la procédure à suivre, de sorte que l'insécurité juridique règne à cet égard<sup>(751)</sup>.

*o.c.*, n° 423. *Adde* : J. DE VROE, « Réconciliation des époux séparés de corps et capacité de la femme séparée de biens », *Rev. prat. not.*, 1963, p. 153.

(746) Civ. Verviers, 22 septembre 1969, *J.T.*, 1969, p. 712.

(747) Bruxelles, 20 juin 1972, *Pas.*, 1973, II, p. 7, *J.T.*, 1972, p. 676. Voy. : G. MAHIEU, « Divorce et séparation de corps », *o.c.*, n° 423.

(748) Y.-H. LELEU, « La séparation de corps et la conversion de la séparation de corps », in *Divorce. Commentaire pratique* (G. BOLIAU éd.), Bruxelles, Kluwer, feuil. mob., V.1.3-8, n° 3.13.

(749) Réponse du ministre de la Justice à une question parlementaire du 22 mars 1972, à propos de l'article 205, §§ 2-5 ancien du Code civil (*Rev. not. belge*, 1972, p. 535) ; 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 », *o.c.*, p. 157. Comp. : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, *o.c.*, p. 475, n° 454.

(750) A. DUELZ, J.-C. BROUWERS et Q. FISCHER, *Le droit du divorce*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 350.

(751) Voy. : 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 », *o.c.*, p. 157.





## TITRE 3



# LES ENFANTS

*Das zullende Kind zogest du auf,  
wärmtest mit Kleiden den kleinen Wurm :  
wie kam dir aber der kindische Wurm ?  
Du machtest wohl gar, ohne Mutter mich ?*

Siegfried, in Richard Wagner, *Siegfried*, I, 1<sup>(1)</sup>

**600. Des familles et des enfants** Le droit familial a fait le deuil de ses certitudes, renié des modèles imposés, décidé d'accompagner les mouvements d'une société génératrice « en continu » de nouvelles formes de familles et de parentés.

Une évidence demeure, pour l'instant, en ce qui concerne les enfants : ils sont le fruit de l'union de deux gamètes sexués. Le mariage, le couple, la fécondité des parents, la différence des sexes dans la fonction parentale, tout ce que l'on croyait nécessaire à l'épanouissement d'un enfant, en ordre décroissant de prévalence socio-culturelle, voire anthropologique pour certains, est désormais questionnable.

Les enfants, plus vulnérables que les adultes, doivent bénéficier d'une attention particulière et d'une protection juridique soustraite en grande partie aux volontés individuelles. L'autorité peut d'autant plus légitimement occuper ce terrain qu'il s'élargit à mesure que s'accroît l'autodétermination des personnes, y compris celle des parents (potentiels). Ces missions sont assumées par le droit de la filiation et de l'adoption, sans commune mesure avec les normes de la Belle Epoque : filiation et adoption ne sont plus des vecteurs d'organisation sociale (patriarcale), mais un système égalitaire d'organisation de la généalogie et de l'ancrage des droits et devoirs parentaux, avec une stabilité suffisante pour permettre leur exercice dans l'intérêt des enfants. S'ajoutent à ces matières liées au statut, les normes attachées à sa mise en œuvre : le droit de la minorité

---

(1) « Quand j'étais gosse, tu m'as élevé, tu as vêtu chaudement le tout petit ver. mais où as-tu pris ce pauvre petit ? Tu m'aurais fait naître sans mère ? ».



(*supra*, n° 251), de l'autorité parentale, de l'entretien des enfants, des relations personnelles et des obligations alimentaires.

## CHAPITRE I



# LA FILIATION

**601. Bibliographie.** G. BAETEMAN (éd.), *Afstamming en adoptie*, Bruxelles, E. Story-scientia, 1987, p. 121 ; G. BAETEMAN, « De vaststelling van de afstamming van moederszijde en vaderszijde », *R.G.D.C.*, 1987, p. 10 ; J. DALCQ, « La réforme du droit de la filiation (loi du 19 mars 1987) », *J.T.*, 1987, p. 393 ; J. DE GAVRE, « Le principe d'égalité dans le droit de la filiation : limites, exceptions et contrôle », *Rev. dr. U.L.B.*, 1990, p. 11 ; E. DE KEZEL, « Het begrip 'het belang van het kind' », *R. W.*, 1998-1999, p. 1163 ; 10 *années d'application du nouveau droit de la filiation*, Liège, éd. Jeune Barreau, 1997 ; M. DEMARET, « Le droit de la filiation réformé », *Rev. not. belge*, 2007, pp. 114 et 142 ; N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2009 ; J. GERLO, « De persoonlijke gevolgen van de afstamming », *T.P.R.*, 1987, p. 1143 ; M. HANOTIAU, « Les dispositions transitoires de la loi modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation », *Ann. Dr. Louvain*, 1987, p. 363 ; *La filiation et l'adoption*, Liège, éd. Jeune Barreau, 1988, p. 9 ; Y.-H. LELEU, « À l'orée d'un droit judiciaire des familles », in *Actualités de droit des personnes et des familles* (Y.-H. LELEU et D. PIRE éd.), Limal, Anthemis, 2013 ; Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, « Inceste, mariage et filiation : les cours supérieures ouvrent une voie libérale », *J.T.*, 2007, p. 269 ; G. MAHIEU et D. PIRE, « La filiation », *Rép. not.*, t. I, l. XII, Bruxelles, Larcier, 1999 ; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Bruxelles, Bruylant, 1997 ; N. MASSAGER, « La proposition de loi 597 modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci », *Rev. dr. ULB*, 2005/2, pp. 228-229 ; N. MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », in *Droit des familles* (D. PIRE éd.), CUP, vol. 92, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, pp. 43 et 84 ; N. MASSAGER, « Le nouveau droit de la filiation : questions choisies », *Div. Act.*, 2007, p. 81 ; N. MASSAGER, « Trois ans d'application de la nouvelle loi en matière de filiation », *Act. dr. fam.*, 2010, p. 101 ; N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, Bruxelles, Bruylant, 2009 ; N. MASSAGER, « La prophétie de Gerlo. Réflexion à propos des derniers arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *Act. dr. fam.*, 2011, pp. 130-139 ; N. MASSAGER, « Trois ans d'application de la nouvelle loi en matière de filiation », in *Droit des familles* (D. PIRE éd.), Liège, Anthemis, 2011, p. 96 ; N. MASSAGER et J. SOSSON, « Filiation et Cour constitutionnelle », in *La Cour constitutionnelle et le droit de la famille* (N. MASSAGER et J. SOSSON éd.), Limal, Anthemis, 2015, p. 33 ; G. MATHIEU, *Le secret des origines en droit de la filiation*, Malines, Kluwer, 2014 ; G. MATHIEU, « Le droit de l'enfant de connaître ses origines », *J.D.J.*, 2015, n° 345, p. 6 ; G. MATHIEU et G. WILLEMS, « Origines, parentalité et parenté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Filiation et parentalité* (J.-L. RENCHON et J. SOSSON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 35 ; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « L'établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987 », *Ann. Dr. Louvain*, 1987, p. 213 ; A. RASSON-ROLAND et J. SOSSON, « Coups de tonnerre constitutionnels

dans la filiation : l'article 318 du Code civil dans la tourmente », *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, pp. 581-613 ; L. RAUCENT, « Le nouveau droit de la filiation : aspects patrimoniaux », *Ann. Dr. Louvain*, 1987, p. 345 ; J.-L. RENCHON et J. SOSSON (éd.), *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014 ; P. SENAËVE, *Het vaderschap van de echtgenoot*, Anvers, Kluwer, 1982 ; P. SENAËVE, « Rechterlijke censurering van wetgeving op het vlak van het familierecht op grond van de bescherming van de mensenrechten-twintig jaar later », in *Confronting the frontiers of family and succession law. Liber Amicorum Walter Pintens*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2012, pp. 1299-1318 ; P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHELDEN (éd.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007 ; P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHELDEN (éd.), *Ouders en kinderen*, Anvers, Intersentia, 2013 ; J. SOSSON, « Quelques problèmes judiciaires d'application de la loi du 31 mars 1987 réformant le droit de la filiation », *J.T.*, 1990, p. 301 ; J. SOSSON, « Le droit de la filiation nouveau est arrivé ! », *J.T.*, 2007, pp. 365, 391 et 398 ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 411 et s. ; F. TAINMONT, « Filiation et succession », in *Filiation et parentalité* (J.-L. RENCHON et J. SOSSON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 157 et s. ; A.-Ch. VAN GYSEL, « Les nouvelles lois concernant la filiation et l'adoption », *Rev. not. belge*, 1987, p. 506 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « Examen de jurisprudence. Les personnes (2003-2011). La filiation », *R.C.J.B.*, 2011, pp. 409-452 ; G. VERSCHELDEN, « Afstamming », in *A.P.R.*, Malines, Kluwer, 2004 ; G. VERSCHELDEN, *Origineel ouderschap herdacht*, Bruges, die Keure, 2005 ; G. VERSCHELDEN, « Een jaar toepassing van de wetten van 1 juli 2006 en 27 december 2006 inzake het afstammingsrecht », in *Knelpunten, echtscheiding, afstamming en verblijfsregelingen* (P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHELDEN éd.), Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 129 ; G. VERSCHELDEN « Overzicht van rechtspraak (2012-2015) », *T. Fam.*, 2015, pp. 171 et s. ; E. VIEUJEAN, « Le nouveau droit de la filiation », *Ann. dr. Liège*, 1987, p. 99 ; G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2005-2008) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, n<sup>os</sup> 41-52 et « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, n<sup>os</sup> 57-65.

## SECTION I

### Généralités

**602. Notion.** La filiation est un lien juridique qui unit un enfant à son père et/ou à sa mère, un rapport dédoublé en paternité et maternité, aux règles d'établissement différentes de par la nature des choses.

La notion de filiation connaît plusieurs variantes, non encore toutes régulées, indiquant son ancrage dans le vécu des familles et dans leur évolution sociologique (filiation biologique/adoptive, filiation biologique/socio-affective, filiation en mariage/hors mariage/hors couple, filiation moniste/dualiste/pluraliste<sup>(1)</sup>).

(1) À propos des familles recomposées, et d'un point de vue prospectif : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 2<sup>e</sup> éd., o.c., pp. 242-243, n<sup>o</sup> 391.

Si le droit de la filiation est *évolutif*, c'est parce que le système juridique n'oriente plus vers un modèle familial unique – le mariage hétérosexuel fécond – mais accompagne des individus en recherche d'épanouissement, chacun à sa manière, dans la composition d'un ou plusieurs couples successifs, dans la fondation d'une ou plusieurs familles. Si le droit de la filiation est *complexe*, c'est qu'outre la diversité des situations à régir, il considère son sujet comme une donnée composite, mélange de liens de sang et d'affection, les seconds pouvant prévaloir sur les premiers, tandis qu'un subtil dosage entre les deux est nécessaire. Enfin, s'il constitue une des matières les plus importantes du droit de la famille, c'est en raison de ses enjeux : l'ancrage juridique d'un enfant dans une famille, les intérêts individuels et collectifs ainsi que les droits fondamentaux de tous les protagonistes.

### 603. Évolution socio-historique. I. Le droit législatif de la filiation

L'enracinement sociologique du droit de la filiation résulte de la volonté des législateurs anciens d'y trouver un moyen d'organiser la société, en étroite association avec un autre, le mariage. Le droit de la filiation a véhiculé des options idéologiques (indissolubilité du mariage, prophylaxie et répression de l'adultère), économiques (travail et sécurité sociale), patrimoniales (planification patrimoniale par le mariage, transmission par succession) et organisationnelles (état civil)<sup>(2)</sup>. Le droit de la filiation demeure principalement d'ordre public et soustrait aux volontés individuelles, encore que l'autonomie de la volonté et l'adaptation aux données de fait gagne du terrain. Il continue actuellement de structurer les rapports de parenté, mais sur un autre mode que jadis, tendant vers la régulation d'une famille où règnent égalité et respect. Le droit de la filiation ne quitte en aucun cas la sphère du droit privé parce que son objet est de régler des rapports interindividuels et leurs évolutions<sup>(3)</sup>.

L'histoire du droit de la filiation illustre l'abandon par nécessité du modèle matrimonia-patriarcal au profit de l'ouverture à une diversité de familles resserrées autour d'individus égaux en droit.

Le Code civil de 1804, en régression par rapport au droit libéral post-révolutionnaire, privilégiait pour des raisons politiques la filiation issue du mariage, gage de stabilité des ménages et de pérennité de l'ordre social<sup>(4)</sup>. Mais il s'y prenait mal, de manière répressive, instrumentalisant les enfants dans une quête sans fin d'un modèle qui faisait souffrir aussi les femmes. La filiation hors mariage et encore plus celle issue d'un adultère, jugée provenir d'un dangereux dérèglement des mœurs, était

(2) G. VERSCHULDEN, « Afstamming », o.c., p. 19, n° 24.

(3) Comp. : P. MARTENS, « L'égalité et le droit privé », *Rev. dr. U.L.B.*, 2002, p. 325.

(4) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 870, n° 865.

traitée légalement en vue de sa dissimulation, surtout pas en agissant sur les droits de son principal responsable, mais en privant les enfants des avantages liés à la filiation légitime. Ainsi la filiation « naturelle », y compris celle de la mère, ne pouvait-elle être établie que par reconnaissance volontaire (art. 334 et 336 anc.) ou, à titre exceptionnel, par décision de justice (art. 340, 340a et 341 anc.). La filiation « adultérine » ne pouvait quant à elle jamais être établie (art. 335, 342a anc.). Les effets de la filiation naturelle étaient restreints : limités au premier degré (art. 757 anc.), ils privaient l'enfant de vocation successorale au-delà (art. 756 anc.) et même ses droits dans la succession de ses parents naturels étaient inférieurs à ceux d'un enfant légitime (art. 757 et s. anc.), davantage encore s'il était adultérin (art. 762 à 764 anc.). Enfin, la « puissance paternelle » n'était organisée qu'en ce qui concerne les enfants légitimes.

Quelques allègements de la répression de la filiation hors mariage<sup>(5)</sup> n'ont pas suffisamment réduit les inégalités<sup>(6)</sup> pour que notre droit réussisse le test de conformité avec les droits fondamentaux, devenus entretemps hiérarchiquement supérieurs au droit civil national. Signe d'un malaise profond, l'adoption était détournée de sa finalité pour « légitimer » des sous-filiations (art. 331-333 anc.).

Dans le même temps, la désaffection pour le mariage et l'acceptation sociale du divorce proposaient de nouveaux parcours éducatifs dans lesquels les rôles parentaux n'étaient assumés ni nécessairement par un couple marié, ni surtout par les mêmes personnes tout au long de l'éducation de l'enfant. L'essor des modes scientifiques de preuve de la parenté a libéré le droit de la filiation des fictions et présomptions, et encouragé la réflexion sur le dosage entre parenté biologique et parenté socio-affective<sup>(7)</sup>. Enfin, la maîtrise de la fécondité, la contraception et le développement de l'assistance médicale à la procréation ont accru l'autonomie de la volonté en cette matière.

Condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme en 1979 (arrêt *Marckx* ; voy. ci-dessous), la Belgique a révisé sa législation trop tard (L. du 31 mars 1987) en poursuivant un triple objectif : égaliser, libéraliser, moderniser. Les modes d'établissement et les effets de la filiation ont été uniformisés. La terminologie a subi des changements lourds

(5) Ex. : L. du 6 avril 1908 (extension des cas d'admissibilité de l'action en recherche de paternité naturelle – art. 340a anc.) ; L. du 20 mars 1937 (contestation de la paternité du mari facilitée en cas de divorce – art. 313 anc.) ; L. du 10 février 1958 (reconnaissance d'enfants adultérins en cas de divorce sur autorisation du tribunal – art. 331 anc.) – pour un relevé complet : G. VERSCHELDEN, « Afstamming », *o.c.*, pp. 23-26).

(6) Voy. : J. GERLO, « Hierarchie der afstammingen of gelijkheid van statuten », *R.W.*, 1972-1973, col. 1889.

(7) Voy. : N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2009.

(suppression de « légitime » et « naturel ») ou cosmétiques (périphrases pour « adultérins » ou « incestueux »). L'établissement de la filiation a été autorisé dans tous les cas, sous l'ultime réserve de l'inceste, à présent critiquée par la Cour constitutionnelle<sup>(8)</sup>. La législation s'ouvre aux nouvelles techniques de preuve et d'assistance médicale à la procréation<sup>(9)</sup>, et le législateur, 20 ans après, les réglemeta dans le respect de la maîtrise du corps et du droit fondamental à fonder une famille (*supra*, n° 118).

L'œuvre du législateur de 1987 était considérable mais très imparfaite. De nombreuses inégalités, fruits de compromis et stigmatisées par les commentateurs dès l'entrée en vigueur de la loi<sup>(10)</sup>, ont été censurées par la Cour d'arbitrage au nom du respect du principe d'égalité. Il en est résulté un droit de la filiation « décomposé »<sup>(11)</sup> qui a justifié une réforme en profondeur.

La loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006<sup>(12)</sup> avait pour vocation de mener à bien cette entreprise ambitieuse. Le législateur de 2006 ne s'est pas limité à

(8) Dans une affaire récente dans laquelle il était question d'une action en recherche de paternité, la Cour a affirmé que l'intérêt de l'enfant doit pouvoir être pris en compte par le juge, car l'établissement d'une double filiation incestueuse n'est pas *toujours* contraire à son intérêt. Dans certains cas, les avantages juridiques, notamment patrimoniaux (aliments, succession, droits sociaux,...), qu'il en retire sont supérieurs aux inconvénients (C. const., 9 août 2012, n° 103/2012, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 150, note A.-Ch. VAN GYSEL, *J.D.J.*, 2012, n° 319, p. 35, note G. MATHIEU et A. RASSON, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1281, note P. MARTENS, *Juristenkrant*, 2012, liv. 253, p. 4 (refl. M. VERHOEVEN), *T. Fam.*, 2012, p. 219, note T. WUYTS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 204, note Y.-H. LELEU et L. SAUVEUR, *T.J.K.*, 2015, p. 67, note E. IGNOVSKA et G. VERSCHULDEN). Voy. déjà sur les critiques émises à l'encontre de l'inceste : C.A., 17 décembre 2003, n° 169/2003, *Juristenkrant*, 2004, p. 12 (refl. G. VERSCHULDEN) ; *J.L.M.B.*, 2004, p. 628, *NjW*, 2004, p. 409, note GV, *R.W.*, 2003-2004, p. 1375, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 349, note E. LANGENAKEN, *T.J.K.*, 2004, p. 126 ; C.A., 18 octobre 2006, n° 157/2006, *Div. Act.*, 2007, p. 10, *Juristenkrant*, 2006, p. 8 (refl. M. VANDELDE), *J.L.M.B.*, 2007, p. 504, *NjW*, 2007, p. 317, note G.V., *J.T.*, 2007, p. 177, note, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 682, *T.J.K.*, 2007, p. 264, *R.W.*, 2006-2007, p. 537, *R.W.*, 2007-2008, p. 905, note A. HUYGENS, *T. Fam.*, 2007, p. 43, note W. VERRIJDT. *Adde* : Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, « Inceste, mariage et filiation, les cours suprêmes ouvrent une voie libérale », *o.c.*, p. 269 ; Y.-H. LELEU et L. SAUVEUR, « La filiation incestueuse et la Cour constitutionnelle », note sous C. const., 9 août 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 213 ; *infra*, n° 639). À notre sens, une filiation incestueuse peut être établie, avec lesdits avantages, et les droits liés à la parenté peuvent être modulés, voire retirés au parent incestueux, si tel est l'intérêt concret de tel enfant à tel moment. Dans le même sens : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, pp. 233-237 et pp. 265-266, n° 418.

(9) Voy. not. : X. DIJON, « La filiation paternelle de l'enfant né par insémination artificielle avec donneur », *o.c.*, p. 95 ; N. MASSAGER, « L'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur la filiation de l'enfant à naître », in *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, Liège, éd. Jeune Barreau, 1997, p. 135 ; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées », *Rev. trim. dr. civ.*, 1988, p. 645.

(10) F. RIGAUX, « Le nouveau droit de la filiation à l'épreuve des droits de l'homme », *Ann. Dr. Louvain*, 1987, p. 379 ; J. DE GAVRE, « Le principe d'égalité dans le droit de la filiation : limites, exceptions et contrôle », *Rev. dr. U.L.B.*, 1990, p. 11 ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, *o.c.*, p. 923, n° 952 ; E. VIEUJEAN, « Le nouveau droit de la filiation », *o.c.*, p. 115, n° 21.

(11) A.-Ch. VAN GYSEL, « Le droit belge de la filiation décomposé », *J.T.*, 1995, p. 701.

(12) Voy. : M. DEMARET, « Le droit de la filiation réformé », *Rev. not. belge*, 2007, p. 114 ; N. MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », in *Droit des familles* (D. PIRE éd.), CUP, vol. 92, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 43 ; P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHULDEN (éd.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007 ; J. SOSSON, « Le droit de la filiation nouveau est arrivé ! », *J.T.*, 2007, p. 365 (1<sup>re</sup> partie) et p. 391 (2<sup>e</sup> partie).

« recomposer » la loi de 1987 en y assimilant les prescrits de la Cour d'arbitrage, mais entreprit un plus profond changement, en-deçà d'une refonte où il s'est contenté de cliquer une évolution dont il était témoin depuis 1987, maintenant un carcan de règles d'ordre public aussi rigide que le précédent. Soucieux de grands équilibres et de simplification technique, le législateur a généralisé la possession d'état comme fin de non recevoir à toutes les contestations de filiation, tandis que les délais d'action restaient extrêmement brefs, seuls les points de départ étant modifiés pour éviter leur prise de cours dans l'ignorance des raisons d'agir. La loi s'accrochait ainsi à une fonction jamais contestée du droit de la filiation classique : doser de manière abstraite, par voie de règles impératives, les composantes biologique et socio-affective de la filiation. Le droit de la filiation continuait de servir des intérêts généraux – indisponibilité de l'état, stabilité des filiations, paix des familles – sans une meilleure écoute des demandes des individus en quête de filiation. Cela nous conduit à penser que malgré une volonté d'adapter la loi à la jurisprudence constitutionnelle, le législateur de 2006 est demeuré anachronique et inadapté aux familles plurielles. Il n'a pas franchi le pas de servir l'intérêt de leurs membres, en particulier les enfants, car il lui fallait pour cela à renoncer à la protection prioritaire de l'intérêt général<sup>(13)</sup>.

Logiquement, la loi de 2006 a subi bien plus de condamnations par la Cour constitutionnelle que celle qu'elle entendait réparer. Ces censures ont eu lieu moins en raison de discriminations techniques que pour des violations de droits fondamentaux, ce qui est plus grave.

À présent, la Cour constitutionnelle se charge elle-même de régénérer le droit de la filiation, en vue d'une meilleure pondération de tous les intérêts en présence et d'une garantie d'accès au juge chargé de les apprécier *in concreto*<sup>(14)</sup>.

**603-1. (suite) II. Le droit judiciaire de la filiation.** Inerte, le législateur observe l'émergence d'un droit judiciaire de la filiation<sup>(15)</sup>, un phénomène

(13) « Et l'erreur a, sans aucun doute, été de se fonder exclusivement sur des concepts juridiques (actions réservées, prescription, possession d'état) et des raisonnements (sécurité juridique, stabilité des liens familiaux, nécessité de pondérer la vérité scientifique par la valeur accordée au vécu socio-affectif) issus du passé : le législateur de 2006 a voulu faire du neuf avec du vieux, alors qu'autour de lui, le monde avait changé et que nous étions passés, sans véritablement en prendre conscience, dans une nouvelle dimension qui allait être mise en évidence par les fameux arrêts de la Cour constitutionnelle. » (N. MASSAGER, « La prophétie de Gerlo – Réflexion à propos des derniers arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *Act. dr. fam.*, 2011, p. 132).

(14) En ce sens : N. MASSAGER, « La prophétie de Gerlo. Réflexion à propos des derniers arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *o.c.*, pp. 131-132 ; V. MAKOW, « Détricotage constitutionnel du droit de la filiation stimulé par une juridiction de fond », note sous Mons, 14 mai 2012, *J.L.M.B.*, 2013, pp. 405-415.

(15) Y.-H. LELEU, « Le nouveau droit judiciaire de la filiation : pour de meilleurs conseils aux familles », *Tijdschrift voor Estate Planning*, 2013, p. 2 et « À l'orée d'un droit judiciaire des familles. Propos introductifs », *o.c.*, p. 1.

salutaire. S'ébauchent de nouveaux principes décisionnels en droit de la filiation et s'efface le principe d'indisponibilité absolue de la filiation.

Nous exposerons le contenu de cette évolution lors de l'examen des différentes institutions remodelées et ses conséquences pour la pratique. Elle est caractérisée, en synthèse, par un triple bouleversement normatif :

- rejet de la *possession d'état* en tant qu'empêchement absolu pour le juge d'examiner le fond des contestations de filiation au regard de l'intérêt des protagonistes, au centre desquels est celui de l'enfant ;
- rejet pour les mêmes motifs des *délais* brefs, sans concession lorsqu'ils empêchent le juge d'apprécier les intérêts des enfants, avec des nuances lorsqu'elles sont opposées à des adultes tardifs sauf impossibilité technique d'agir ;
- rejet des *interdictions* abstraites d'établir la (double) filiation (ex. inceste).

Dans ce droit plus casuel mais non moins prévisible, les souhaits et besoins des personnes sont dignes de considération, dans la lignée de l'arrêt *Kroon* de la Cour européenne des droits de l'homme (voy. ci-après) et de la jurisprudence européenne qu'il a initié. Cet arrêt est constamment appelé à la motivation des arrêts de la Cour constitutionnelle qui, comme on l'a dit, ne censure pas tant des discriminations que des violations de droits fondamentaux portés par les articles 22 et 22*bis* de la Constitution (vie privée, intérêt de l'enfant) et 8 de la CEDH (vie privée, vie familiale). La Cour européenne refuse avec constance que le respect d'une vie familiale *effective* soit compromis par des normes qui « heurtent les faits, les vœux des personnes, sans réellement profiter à personne ». Cette expression issue de l'arrêt *Kroon* stigmatise les inconvénients d'un droit structurant les familles pour le bien prétendu de tous. Elle enseigne qu'une norme – respecter la parenté socio-affective ou des délais –, si elle est abstraite, peut, dans le concret de la vie, être contraire aux faits, ne satisfaire aucun souhait, et donc ne profiter à aucun individu, même si elle rencontre un intérêt général. Le droit de la filiation reprofilé par la Cour constitutionnelle donne au juge la possibilité de surmonter ces obstacles, si les intérêts en présence le justifient, avec à l'horizon un droit plus humain, franc et lisible que la loi actuelle.

Notre appréciation positive de l'intervention de la Cour constitutionnelle est loin de rencontrer l'adhésion<sup>(16)</sup>. Une majorité d'auteurs critique celle-ci au nom d'une possible insécurité juridique, d'une trop

(16) N. MASSAGER, « La prophétie de Gerlo », *o.c.*, pp. 136-137 ; A. RASSON-ROLAND et J. SOSSON, « Coups de tonnerre constitutionnels dans la filiation : l'article 318 du Code civil dans la tourmente... », *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 612, n° 19 ; A. QUIRYNEN, « De (on)verenigbaarheid van de (strikte) vervaltermijn voor de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot met het recht op erfbieding van het privéleven », *T. Fam.*, 2011, p. 222, n° 23. F. SWENNEN, « Wat is onderschap ? », *T.P.R.*, 2016, à paraître, n°s 18 et s.

grande subjectivité, d'un affaiblissement de l'ancrage familial par la filiation, ou d'une incitation à procéder potentiellement délétère d'un point de vue familial ou économique<sup>(17)</sup>.

L'avenir dira si la jurisprudence de la Cour est incohérente et/ou rend le droit de la filiation impraticable. Nous en doutons déjà, car de plus en plus de juridictions adhèrent à cette méthodologie constitutionnelle et intègrent leur obligation d'apprécier les intérêts en présence. Elles rendent des décisions qui, pour la plupart, restaurent la conformité entre le droit et le fait quand seul le droit freine l'épanouissement de relations familiales ou de quêtes d'origines. Posant de moins en moins de questions préjudicielles, les juges stabiliseront le droit casuel qui n'évoluera qu'aux frontières des précédents, ou révisera ceux-ci au gré des mouvances sociales et familiales.

Les difficultés que l'on rencontre encore en jurisprudence proviennent tantôt de la nouveauté de la norme, tantôt de l'inertie du législateur à outiller le juge pour son nouvel office (ex. pouvoir du juge en cas de *contestation* de filiation *contraire* à l'intérêt de l'enfant). Nous récusons en tout cas l'idée que ces difficultés proviennent de prétendues incohérences à la Cour constitutionnelle. À notre estime, les lignes directrices des arrêts actuels sont claires et telles que les décrit Paul Martens : « si on devait trouver un fil conducteur de la jurisprudence de la Cour, c'est qu'elle accorde une attention constante à l'intérêt de l'enfant, qu'au nom de celui-ci, elle est prête à faire sauter tous les verrous procéduraux qui le privent de l'accès au juge, mais que, en revanche, en ce qui concerne l'action d'autres intervenants, lesquels peuvent être mus par des mobiles qui ne sont pas toujours désintéressés et qui sont parfois inavouables, elle respecte les choix du législateur, sauf quand il n'a pas pris suffisamment en compte les cas où ils étaient dans l'impossibilité d'agir. »<sup>(18)</sup>

Parallèlement, subsistent d'autres questionnements en droit de la filiation, qu'il est possible désormais de résoudre autrement que par de

(17) J. SOSSON, « Cour constitutionnelle, filiation et intérêt de l'enfant. 'C'est quand qu'on va où ?' », in *Actualités de droit des personnes et des familles* (Y.-H. LELEU et D. PIRE éd.), Liège, Anthemis, 2013, p. 97 ; N. GALLUS, « L'établissement ou la contestation de la filiation : possession d'état et délais », in *Filiation et parentalité* (J.-L. RENCHON et J. SOSSON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 95 et s. ; P. SENAËVE, « Rechterlijke censurering van wetgeving op het vlak van het familierecht op grond van de bescherming van de mensenrechten- twintig jaar later », in *Confronting the frontiers of family and succession law. Liber Amicorum Walter Pintens*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2012, p. 1314 ; F. SWENNEN, « Afstamming en Grondwettelijk Hof », R. W., 2011-2012, pp. 1102 et s., qui a révisé son opinion, voy. note précédente ; A.-Ch. VAN GYSEL, « Les décisions récentes de la Cour constitutionnelle en matière de filiation : humanisme ou aberration ? », *Rev. not. belge.*, 2013, p. 374 et « Examen de jurisprudence. Les personnes (2003-2011) », R.C.J.B., 2011, pp. 437-438, n° 9 ; G. VERSCHULDEN, « Het belang van het kind in het komende afstammingsrecht : considerans voor de wetgever, niet voor de rechter », *T. Fam.*, 2013, p. 98 et « Pleidooi voor een wetgevende hervorming van het Belgische afstammingsrecht », *T. Fam.*, 2015, p. 53.

(18) P. MARTENS, « La Filiation : contrepoint », in *La Cour constitutionnelle et le droit de la famille* (J. SOSSON et N. MASSAGER éd.), Limal, Anthemis, 2015, p. 100.

difficiles réformes législatives, qui soulevent parfois un débat plus idéologique que pragmatique.

Les parents éducatifs des familles recomposées<sup>(19)</sup> ou au sein des couples de même sexe éprouvent le besoin de voir reconnue leur implication dans l'éducation de l'enfant de leur (ancien) partenaire. Faut-il intégrer le beau-parent par une adaptation des règles d'établissement de la filiation ou de l'adoption, ou seulement via l'autorité parentale ? Pour le beau-parent par reconstitution familiale, qui n'est pas le parent biologique, nous privilégions l'ouverture (casuistique ou législative) de la réglementation de l'autorité parentale<sup>(20)</sup>. Si le beau-parent est le père biologique, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle facilite la contestation de la paternité légale pour autant qu'il agisse dans les délais, en rejetant la possession d'état entre l'enfant et le père légal comme cause d'irrecevabilité absolue.

Par contre, la filiation peut reprendre ses droits lorsqu'il s'agit d'intégrer un enfant dans une famille qui ne peut le concevoir en son sein, par exemple si le couple est entre personnes de même sexe. Pour les femmes en couple, l'avènement de la comaternité (L. du 5 mai 2014)<sup>(21)</sup> signe le recul de l'adoption au profit de la filiation. En outre, la comaternité découple filiation et procréation biologique. Pour les hommes la situation est plus complexe en raison des controverses au sujet de la gestation pour autrui (*supra*, n° 119).

**604. Droits fondamentaux.** Les droits fondamentaux en présence dans la matière de la filiation sont principalement ceux au respect de la vie privée et familiale (art. 8 C.E.D.H. ; art. 22 Const.), à la non-discrimination (art. 14 C.E.D.H. ; art. 10-11 Const)<sup>(22)</sup>, ceux concernant plus spécifiquement l'enfant consacrés notamment par la Convention de New

(19) Pour des développements approfondis : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., pp. 240-247, n° 389-395.

(20) Dans le même sens : N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 23. Plus favorable à l'adoption (simple) : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., pp. 246-247, n° 395.

(21) La comaternité est traitée dans le présent ouvrage au sein des diverses institutions du droit de la filiation.

(22) *Adde* : art. 2 C.E.D.H. (droit à la vie) ; art. 6, al. 1<sup>er</sup>, C.E.D.H. (droit au procès équitable) ; art. 12 C.E.D.H. (droit au mariage et à la fondation d'une famille) ; art. 1, 1<sup>er</sup> protocole additionnel à la C.E.D.H. (droit de propriété (successoral)). Pour plus de détails : G. MATHIEU, et G. WILLEMS, « Origines, parentalité et parenté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Filiation et parentalité* (J.-L. RENCHON et J. SOSSON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 35 ; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., pp. 334 et s. ; G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2005-2008) », o.c., n<sup>os</sup> 41-52 et « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, n<sup>os</sup> 57-65 ; P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n<sup>os</sup> 560-575 ; G. VERSCHULDEN, « Afstamming », o.c., pp. 34 et s.

York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant<sup>(23)</sup> et par la constitution belge (art. 22bis).

La Cour européenne des droits de l'homme a été le moteur de la réforme de 1987. Dans l'arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979<sup>(24)</sup>, la Cour a jugé contraire aux articles 8 et 14 de la C.E.D.H. l'obligation pour une mère non mariée de reconnaître son enfant naturel, l'absence de parenté naturelle au-delà du premier degré ainsi que l'infériorité successorale de l'enfant naturel<sup>(25)</sup>. Les apports de l'arrêt *Marckx* au droit européen des droits de l'homme furent décisifs : la Cour soumet l'article 8 à une *interprétation évolutive*<sup>(26)</sup> en considérant que la notion de famille recouvre aussi celle hors mariage ; elle y découvre une *obligation positive*<sup>(27)</sup> à charge de l'État de permettre aux citoyens de mener une vie familiale normale, notamment en rendant possible dès sa naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille. La Cour a ensuite élargi son contrôle et étendu l'emprise des articles 8 et 14 à la filiation *paternelle*<sup>(28)</sup> et à la filiation *adultérine*<sup>(29)</sup>. À la suite de l'arrêt *Marckx*, la Belgique a tergiversé, pour des motifs autant idéologiques que juridiques, avant d'exécuter son obligation de mise en conformité du droit de la filiation aux principes égalitaires de l'arrêt<sup>(30)</sup>. Il lui en a coûté une seconde condamnation, par l'arrêt *Vermeire*<sup>(31)</sup>. D'autres États ont anticipé les réformes suggérées par l'arrêt *Marckx*, réalisant ainsi l'idéal de convergence spontanée des droits nationaux sous l'influence de la Convention européenne.

(23) Voy. G. MATHIEU, « L'article 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant dans la jurisprudence belge en matière de filiation », note sous Mons, 14 mai 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 802. Nous nous limitons ici à ces deux sources internationales ; il y en a bien d'autres (ex. : adoption internationale, procréation médicalement assistée, état civil, etc.). Pour un relevé complet : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., pp. 321 et s.

(24) C.E.D.H., *Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 31, p. 395 ; F. RIGAUX, « La loi condamnée », *J.T.*, 1979, p. 513.

(25) L'infériorité successorale de l'enfant naturel a également été jugée contraire à l'art. 1<sup>er</sup> du 1<sup>er</sup> protocole additionnel à la C.E.D.H. en ce qu'elle s'accompagnait d'une limitation de la capacité de disposer de la mère au profit de son enfant naturel (dans le même sens : C.E.D.H., *Camp et Bourimi c. Pays-Bas*, arrêt du 3 octobre 2000, *CEDH*, 2000-X, p. 117).

(26) Voy. : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., pp. 44 et s., n<sup>os</sup> 70 et s.

(27) *Ibid.*, pp. 37 et s., n<sup>os</sup> 61 et s.

(28) C.E.D.H., *Rasmussen c. Danemark*, arrêt du 28 novembre 1984, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 87.

(29) C.E.D.H., *Inze c. Autriche*, arrêt du 28 octobre 1987, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 126, *J.D.J.*, 1988, p. 882.

(30) Pour une tentative d'explication : Y.-H. LELEU, « Erfrechtelijke discriminatie van buitenhuwelijkse kinderen : *Quousque tandem, Gallia, abutere patientia nostra ?* », o.c., pp. 1360 et s., n<sup>os</sup> 9 et s. ; G. VERSCHULDEN, « Afstamming », o.c., pp. 41-42, n° 41.

(31) C.E.D.H., *Vermeire c. Belgique*, arrêt du 29 novembre 1991, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 214-C, *Rev. trim. D. H.*, 1992, p. 211, note F. RIGAUX ; C.E.D.H., *Vermeire c. Belgique (2)*, arrêt du 24 septembre 1993, *J.D.J.*, 1994, p. 43, *Rev. trim. D. H.*, 1994, p. 239, note P.L.

D'autres encore ont cru pouvoir transporter des scories d'inégalités dans le troisième millénaire<sup>(32)</sup>.

La Cour européenne des droits de l'homme trouve dans l'article 8 de la Convention tant le droit de constituer une famille, notamment par P.M.A.<sup>(33)</sup>, que celui de ne pas être parent<sup>(34)</sup>. Dans un arrêt plus récent la Cour respecte la marge d'appréciation d'un État qui interdit tant le don d'ovules que le don de sperme hors contexte marital, mais précise que cette marge d'appréciation est celle « à l'époque pertinente ». Elle ne répond donc pas à la question si une telle restriction se justifierait dans le cadre d'une interprétation évolutive de la Convention<sup>(35)</sup>.

Elle s'est principalement penchée sur les obstacles dressés par les législations nationales devant l'établissement ou la contestation de la *filiation paternelle*, visant à assurer aux citoyens une chance réelle d'agir en justice pour que la protection de leur vie privée soit effective.

Dans l'arrêt *Kroon*, le droit néerlandais a été condamné pour avoir empêché l'établissement d'une filiation entre un enfant et son père biologique, unis par une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention, parce que le mari de la mère n'avait pas contesté sa propre paternité juridique et était le seul à pouvoir prendre cette initiative<sup>(36)</sup>. La Cour affirme que le respect de la vie familiale exige que la réalité biologique et sociale prévale sur une présomption légale heurtant de front tant les faits établis que les vœux des personnes concernées, sans véritablement profiter à personne. Et même quand la présomption légale profite à une personne, par exemple le père biologique qui craint une action en recherche de

(32) C.E.D.H., *Mazurek c. France*, arrêt du 1<sup>er</sup> février 2000, CEDH, 2000-II, p. 1, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 390, note Y.-H. LELEU, *D.*, 2000, p. 332, note J. THIERRY, *Dr. fam.*, 2000, n° 33, note B. de LAMY, *Petites Aff.*, 2000, n° 93, p. 11, note S. HOCQUET-BERG, *J.C.P.*, 2000, II, 10286, note F. SUDRE et A. GOUTTENNOIRE-CORNUT, *J.C.P.*, 2000, I, 278, obs. R. LE GUIDE, *Rép. Defrénois*, 2000, p. 654, obs. J. MASSIP, *Rev. trim. dr. civ.*, 2000, p. 311, n° 27, obs. J. HAUSER, *Rev. trim. dr. civ.*, 2000, p. 429, n° 1, obs. J.-P. MARGUENAUD et J. RAYNARD, *Gaz. Pal.*, 19 novembre 2000, p. 19, note N. BOLLON et M. PORTEFAIX, *Rev. trim. dr. civ.*, 2000, p. 601, n° 1, obs. J. PATARIN, *R.U.D.H.*, 2000, p. 103, *J.T.D.E.*, 2000, p. 67 (filiation adultérine – condamnation pour violation de l'art. 1<sup>er</sup> du 1<sup>er</sup> Protocole combiné avec l'art. 14 de la Conv.). Comp. : L. fr. du 3 décembre 2001. Pour une synthèse : Y.-H. LELEU, « Erfrechtelijke discriminatie van buitenhuwelijkse kinderen : *Quousque tandem, Gallia, abutere patientia nostra ?* », *o.c.*, p. 1353.

(33) *Voy.*, *supra*, n° 118, note 159.

(34) C.E.D.H., *Evans c. Royaume-Uni*, arrêt du 10 avril 2007, § 71, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 708, note M.D., *T.J.K.*, 2010, p. 84 (somm.) (P.M.A. post mortem – non-violation de l'art. 8). C.E.D.H., *Dickson c. Royaume-Uni*, arrêt du 4 décembre 2007, § 66, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 737, *R.W.*, 2009-2010, p. 1145 (accès de détenus à la P.M.A. – violation de l'art. 8).

(35) C.E.D.H., *S.H. et autres c. Autriche*, arrêt du 3 novembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 555 ; G. WILLEMS, « Cour de strasbourg et procréation médicalement assistée avec tiers donneur : des choix interprétatifs empreints de *judicial self-restraint* », *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 509.

(36) C.E.D.H., *Kroon c. Pays-Bas*, arrêt du 27 octobre 1994, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 297-C, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 183, obs. P. GEORGIN.

paternité, cet intérêt n'est pas toujours jugé suffisant pour empêcher la contestation de paternité<sup>(37)</sup>.

Par contre, dans un arrêt statuant sur la recevabilité, elle n'oblige pas l'État à permettre au père biologique d'établir sa filiation à l'encontre d'une présomption légale fondée sur le mariage car, dans certains cas, l'intérêt de l'enfant et celui de la famille dans laquelle il est éduqué prévalent sur celui du père à faire constater un fait biologique<sup>(38)</sup>.

Dans la même ligne, plus restrictive que la jurisprudence constitutionnelle belge (*infra*, n° 621 et 647), la Cour européenne a récemment validé le droit allemand qui déclare irrecevable l'action du père biologique prétendu en contestation de la paternité du père légal (par reconnaissance) lorsqu'existe entre l'enfant et lui des liens socio-familiaux actuels. Selon la Cour, la filiation socio-affective érigée par la loi en empêchement absolu à l'établissement de la filiation paternelle ne constitue pas une violation du droit à la vie familiale du requérant, le père biologique, vu l'absence de relations personnelles étroites entre lui et l'enfant. Elle constitue, par contre, une atteinte à la vie privée du requérant, mais qui reste dans la marge d'appréciation des États faute de consensus en cette matière<sup>(39)</sup>.

La Cour semble aussi faire une différence selon que la demande des pères biologiques (présumés) consiste en la reconnaissance de leur paternité via le désaveu de la paternité du père légal ou en un simple droit aux relations personnelles avec l'enfant<sup>(40)</sup>.

Enfin, l'absence dans le droit national d'une sanction ou d'une présomption de paternité à l'encontre de l'homme qui se soustrait à un examen comparatif d'A.D.N. est jugée contraire au droit au respect de la vie familiale<sup>(41)</sup>.

Toujours animée par le souci de faire primer la vérité biologique sur une présomption heurtant tant les faits de l'espèce que le souhait des personnes concernées, la Cour a condamné le système juridique russe<sup>(42)</sup>, qui prescrit l'action en désaveu de paternité en 1 an. Elle considère que si l'imposition d'un délai pour l'engagement d'une action en désaveu de

(37) C.E.D.H., *Pascaud c. France*, arrêt du 16 juin 2011, §§ 57-69, inédit.

(38) C.E.D.H., *Nylund c. Finlande*, arrêt du 29 juin 1999, CEDH, 1999-VI, p. 361. Dans le même sens : C.A., 14 juillet 1997, n° 41/97, J.L.M.B., 1997, p. 1232, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 184, R.W., 1997-1998, p. 943.

(39) C.E.D.H., *Abrens c. Allemagne*, arrêt du 22 mars 2012, *Juristenkrant*, 2012, liv. 249, p. 2, refl. L. PLUYM ; C.E.D.H., *Kautzor c. Allemagne*, arrêt du 22 mars 2012, inédit ; C.E.D.H., arrêt *Marinis c. Grèce*, arrêt du 9 octobre 2014, § 71, inédit.

(40) C.E.D.H., *Schneider c. Allemagne*, arrêt du 15 septembre 2011, N.J.B. (*Pays-Bas*), 2011, liv. 38, p. 2588 ; C.E.D.H., *Anayo c. Allemagne*, arrêt du 21 décembre 2010, J.D.J., 2011, n° 302, p. 43.

(41) C.E.D.H., *Mikulic c. Croatie*, arrêt du 7 février 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 629, J.C.P., 2002, I, 157, n° 13, obs. F. SUDRE, J.C.P., 2003, I, 148, note J. RUBELLIN-DEVICHI.

(42) C.E.D.H., *Shofman c. Russie*, arrêt du 24 novembre 2005, *Dr. fam.*, 2006, p. 3, T.J.K., 2006, p. 150, notes G. VERSCHELDEN et M. VERHEYDE.

paternité peut se justifier par le souci de garantir la sécurité juridique des rapports familiaux et de protéger l'enfant, la brièveté de ce délai causait, en l'espèce, une atteinte disproportionnée aux buts poursuivis. Le droit au respect de la vie familiale englobe donc également un droit à ne pas se voir imposer une paternité mensongère<sup>(43)</sup>.

La Cour européenne a également condamné la brièveté d'une prescription d'action en recherche de paternité en 3 ans à partir de la majorité de l'enfant, sans possibilité de dérogation dans l'hypothèse où les faits révélant la paternité putative n'auraient été connus qu'à l'issue de ce délai<sup>(44)</sup>. Récurrent à la Cour est le motif et le vœu que l'enfant ou l'adulte ait une chance réelle d'agir en droit de la filiation, ce qui, dans sa jurisprudence, concerne principalement les cas où le délai de prescription ne souffre d'aucune exception<sup>(45)</sup>, ou démarre avant que le parent ou l'enfant ait eu connaissance de son droit d'agir ou pu le mettre en œuvre. Une exception retenue par la Cour comme validant la rigueur d'un délai de prescription est l'existence d'une jurisprudence constitutionnelle permettant de faire prévaloir le respect des droits fondamentaux des parties sur l'application d'un délai de prescription<sup>(46)</sup>.

Quant à l'accouchement anonyme, insulte au droit de l'enfant à connaître ses origines<sup>(47)</sup>, il est, à tort, jugé conforme à la Convention, pour autant qu'existe un mécanisme d'échange d'informations non identifiantes, même si son activation est laissée à l'initiative de la mère<sup>(48)</sup>.

La Convention de New York sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989 a exercé une influence croissante sur la jurisprudence, y compris celle de la Cour d'arbitrage, en dépit du fait que toutes ses dispositions ne sont pas directement applicables dans l'ordre interne et qu'elle n'est pas assortie d'une juridiction internationale<sup>(49)</sup>. L'article 3 de la Convention, aux termes duquel l'intérêt supérieur de l'enfant doit

(43) À propos des délais du droit belge, voy. *infra*, n<sup>os</sup> 618-619 et 644-645.

(44) C.E.D.H., *Phinikaridou c. Chypre*, arrêt du 20 décembre 2007, *J.D.E.*, 2008, p. 99 (somm.).

(45) C.E.D.H., *Konstantinidis c. Grèce*, arrêt du 3 avril 2014, § 49 et 58 ; C.E.D.H., *Röman c. Finlande*, arrêt du 29 janvier 2013, §§ 50 et 56, inédit.

(46) C.E.D.H., arrêt *Röman c. Finlande*, précité, § 56.

(47) Voy. à ce sujet : G. MATHIEU, *Le secret des origines en droit de la filiation*, Malines, Kluwer, 2014 ; T. WUYTS, « Het recht op identiteit in de Belgische rechtsorde », *T. Fam.*, 2015, p. 60.

(48) C.E.D.H., *Odièvre c. France*, arrêt du 13 février 2003, *CEDH*, 2003-III, p. 1, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 629, *R.G.D.C.*, 2003, p. 403, note J. VAN BROECK, *D.*, 2003, I.R., p. 739, note, *NjW*, 2003, p. 926, *J.C.P.*, 2003, II, 10049, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE, *Dr. fam.*, 2003, n<sup>o</sup> 23, note P. MURAT, *NJCM-Bulletin*, 2003, p. 778, note C.J. FORDER. Dans le cas contraire, en l'absence de toute possibilité de demander des données non identifiantes, le juste équilibre entre les intérêts en présence n'est pas respecté : C.E.D.H., *Godelli c. Italie*, arrêt du 25 septembre 2012, *N.J.B. (Pays-Bas)*, 2012, p. 2772 ; V. BONNET, « L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'homme : une histoire sans fin ? », note sous l'arrêt précité, *Rev. trim. D. H.*, 2014, p. 153 ; G. VERSCHULDEN, « De discrete bevalling : onaanvaardbare ontwijking van ouderlijke verantwoordelijkheid », *T. Fam.*, 2009, p. 81.

(49) Pour plus de détails : G. VERSCHULDEN, « Afstamming », *o.c.*, pp. 53-56, n<sup>os</sup> 53-56.

être une considération primordiale<sup>(50)</sup> dans toutes les décisions qui le concernent, est invoqué sans succès dans les procédures de contestation de la filiation paternelle, en raison de son absence d'effet direct<sup>(51)</sup>. L'article 7 de la Convention – droit pour l'enfant, dans la mesure du possible, de connaître ses parents et d'être élevé par eux – a contribué à asseoir le constat d'inconstitutionnalité par la Cour d'arbitrage de l'interdiction d'établir une filiation incestueuse<sup>(52)</sup>. Enfin, l'article 12, relatif au droit de l'enfant à être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant et à exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, a été invoqué par la Cour d'arbitrage à l'appui de sa jurisprudence relative à la prise en considération de l'intérêt de l'enfant dans la reconnaissance paternelle<sup>(53)</sup>.

**605. Division.** L'exposé est structuré suivant les modes d'établissement de la filiation : loi, volonté ou décision judiciaire. Les différences séparant les filiations maternelle et paternelle tendent à s'estomper sous la pression du principe d'égalité tant qu'elles ne résultent pas de la nature des choses.

## SECTION 2

### La filiation légale

**606. Incidence non discriminatoire du mariage.** La filiation maternelle est presque toujours établie de plein droit en vertu de la loi. La filiation paternelle ou comaternelle ne l'est de cette manière qu'en cas de mariage entre les parents. On pourrait s'étonner de retrouver le mariage<sup>(54)</sup> comme facteur légal de différenciation en cette matière, mais ce n'est pas une prévalence nécessaire : l'objectif des règles d'établissement de la filiation légale est de faciliter celui-ci dans l'intérêt de l'enfant, tout en laissant aux intéressés des possibilités de contestation si ces règles ne

(50) Sur l'absence d'exigence qu'il soit « la » considération primordiale : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginnselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering, o.c.*, pp. 381-382, n° 507.

(51) Cass., 2 mars 2012, *Pas.*, 2012, I, p. 470, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 712, note J. SOSSON ; Cass., 4 novembre 1999, *Pas.*, 2000, p. 1446, *J.T.*, 2000, p. 667, *T.J.K.*, 2000, p. 62, note K. HANSON, R. W., 2000-2001, p. 232, note A. VANDAELE, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 681.

(52) C.A., 17 décembre 2003, précité ; *infra*, n° 639. Plus récemment, la Cour constitutionnelle s'est basée sur l'absence de consensus dégagée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Stübing c. Allemagne* (12 avril 2012, *J.D.J.*, 2012, n° 319, p. 38, *N.J.B. (Pays-Bas)*, 2012, p. 1728) pour affirmer qu'il n'y a pas de lien nécessaire entre l'interdiction du mariage entre parents par le sang et la prohibition de la double filiation de leurs enfants. La Cour poursuit ainsi sa critique de l'interdiction d'établir la filiation incestueuse (C. const., 9 août 2012, précité ; *infra*, n°s 639, 640 et 670).

(53) C.A., 14 mai 2003, n° 66/2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1121, obs. D. PIRE, R. W., 2003-2004, p. 341, note et p. 379, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 168. Voy. : J.-L. RENCHON, « La mise en oeuvre de l'art. 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant en droit belge », in *L'enfant et les conventions internationales* (J. RUBELLIN-DEVICHI et R. FRANK éd.), Lyon, Presses Universitaires, 1996, pp. 213-236.

(54) Non affecté par une crise conjugale officialisée, depuis la réforme de 2006 (art. 316bis ; *infra*, n° 610-1).

sont pas conformes à la vérité biologique. Le critère du mariage ne sera plus pertinent (ou deviendra discriminatoire) lorsque les naissances hors mariage égaleront quantitativement celles en mariage, sauf à envisager l'extension de la présomption de paternité ou de comaternité au couple non marié.

## § I. Établissement

### I. Filiation maternelle

**607. Mater semper certa est.** Une certitude existe en matière de filiation : l'enfant est issu de la femme qui l'a mis au monde ; elle est exprimée par l'adage *Mater semper certa est* (la mère est toujours certaine)<sup>(55)</sup>.

Depuis l'arrêt *Marckx*, ce principe s'applique aux mères mariées comme aux mères non mariées, ces dernières étant auparavant contraintes de reconnaître leur enfant. La loi belge est donc conforme au modèle préconisé par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>(56)</sup>.

La fiabilité quasi totale du critère de l'accouchement, jointe à l'impossibilité d'accoucher en Belgique de manière anonyme (art. 56)<sup>(57)</sup>, et la mention obligatoire du nom de la mère dans l'acte de naissance (art. 57, 2°) rendent techniquement possible l'établissement de plein droit de la filiation maternelle (art. 312, § 1<sup>er</sup>). L'acte de naissance portant le nom de la mère ne constitue toutefois pas une preuve absolue du lien de filiation. Il faut en effet que l'enfant soit bien celui dont la mère a accouché<sup>(58)</sup> et qu'il n'y ait pas eu, par exemple, supposition ou substitution d'enfants.

Par ailleurs, la pratique de la maternité de substitution (*supra*, n° 119) pose la question s'il n'y a pas lieu de différencier la mère gestatrice de la mère génétique. Comme on le verra, la seule manière de contester une filiation maternelle établie par la loi est de prouver que la femme

(55) Voy. : N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, o.c., pp. 48 et s.

(56) Sur la prévalence du principe *Mater semper certa* dans les normes internationales et européennes : D. VAN GRUNDEBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., p. 39, n° 529 et la note 1675. Ce n'est que depuis 2005 que le législateur français a fait un pas vers cette conception moderne, mais seulement en apparence puisque le fondement de la maternité demeure toujours l'exigence cumulative d'un accouchement et d'une manifestation de volonté. Voy. à ce sujet : Cl. NEIRINCK, « La maternité », *Dr. fam.*, 2006, p. 9. Certaine jurisprudence accorde toutefois un effet direct à l'art. 8 C.E.D.H. et considère la filiation maternelle comme établie par la mention du nom de la mère dans l'acte de naissance : T.G.I. Brive, 30 juin 2000, *Dr. fam.*, 2000, n° 107, note P.M., *D.*, 2001, p. 27, note I. ARDEEF et p. 972 (somm.), obs. F. GRANET, *Gaz. Pal.*, 2001, p. 20, note J. MASSIP, *Rev. trim. dr. civ.*, 2000, p. 930, note J.-P. MARGUÉNAUD et J. RAYNARD, *D.*, 2001, p. 2872 (somm.), obs. F. LE DOUJET-THOMAS.

(57) Voy. : Comité consultatif de bioéthique, avis n° 4 du 12 janvier 1998 concernant la problématique des accouchements anonymes, *Bioethica Belgica*, 1998, n° 3, p. 2.

(58) Arg. tiré de l'art. 314, al. 3.

mentionnée comme mère dans l'acte de naissance n'a pas *accouché* de l'enfant dont la filiation est contestée (*infra*, n° 625).

**608. (suite) Accouchement anonyme.** Quelques pays européens se singularisent en tolérant encore l'accouchement anonyme, « sous X »<sup>(59)</sup>. Il y va, prétend-on, du respect du choix des femmes et de la prévention des avortements (clandestins), voire des infanticides.

Le droit français est très attaché à cette « liberté » car il ajoute au droit de garder l'anonymat lors de l'accouchement (art. 341-1), une prohibition d'établir la filiation maternelle même si celle-ci peut être prouvée (art. 341, al. 1<sup>er</sup>)<sup>(60)</sup> et, par voie de conséquence, un empêchement pour le père biologique d'établir sa filiation par reconnaissance, fût-elle prénatale<sup>(61)</sup>. Une réforme de 2002 offre toutefois à l'enfant un droit de demander à un organisme central l'accès aux données identifiantes... que la mère a bien voulu laisser<sup>(62)</sup>.

(59) Il s'agit de la France, du Luxembourg, de l'Espagne et de l'Italie (G. VERSCHULDEN, « Afstamming », o.c., p. 96, n° 104) ; comp. : en Allemagne, la pratique des « casiers à bébé » (*babyklappen*) : E. WENNER, « Allemagne : le droit aux origines face à l'émergence de l'anonymat (à propos des 'casiers à bébé') », in *L'identité de la personne humaine* (J. POUSSON-PETIT éd.), Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 795. En Belgique, le débat législatif est lancé : Proposition de loi modifiant le Code civil, la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994 et la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, afin de permettre l'accouchement anonyme, *Doc. parl.*, Ch. repr., S.E. 2003, n° 155/001 ; Proposition de loi modifiant la réglementation afin de permettre l'accouchement anonyme, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2004-2005, n° 1984/001 ; Proposition de résolution relative à l'accouchement discret, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2005-2006, n° 2182/001 ; Proposition de loi modifiant le Code civil afin de permettre l'accouchement discret, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2006-2007, n° 51-2900/001. *Adde* : Comité consultatif de bioéthique, avis n° 4 du 12 janvier 1998 concernant la problématique des accouchements anonymes, *Bioethica Belgica*, octobre 1998, n° 3, p. 2, aussi publié in *Les avis du Comité consultatif de Bioéthique de Belgique 1996-2000* (L. CASSIERS, Y. ENGLERT, A. VAN ORSHOVEN et E. VERMEERSCH éd.), Bruxelles, De Boeck Université, 2001, p. 31.

(60) Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 5 novembre 1996, *D.*, 1997, p. 161, obs. F. GRANET, *J.C.P.*, 1997, II, 22749, note I. ARDEEFF, *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 98, obs. J. HAUSER, *D.*, 1997, p. 587, note J. MASSIP. La restitution de l'enfant à la mère est impossible : Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 6 avril 2004, *J.C.P.*, 2004, act., p. 214. Pour des commentaires critiques : F. DREIFUSS-NETTER, « L'accouchement sous X », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 99 ; H. GAUMONT-PRAT, « Le droit à la vérité est-il un droit à la connaissance de ses origines ? », *Dr. fam.*, 1999, chron., n° 17 ; S. MIRABAIL, « Les obstacles juridiques à la recherche de la vérité biologique en matière de filiation : discordances et anachronismes », *D.*, 2000, p. 9 ; C. NEIRINCK, « L'accouchement sous X : le fait et le droit », *J.C.P.*, 1996, I, 3922 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Une importante réforme en droit de la famille : la loi n. 93-22 du 8 janvier 1993 », *J.C.P.*, 1993, I, 3659.

(61) Nancy, 23 février 2004, *J.C.P.*, 2004, II, 10073, note M. GARNIER, *D.*, 2004, p. 1422, obs. ; T.G.I. Nancy, 16 mai 2003, *J.C.P.*, 2003, I, 148, note J. RUBELLIN-DEVICHI, *Dr. fam.*, 2003, n° 88, note P. MURAT, *D.*, 2003, p. 2120 (somm.), note F. GRANET-LAMBRECHTS et p. 2910, note E. POISSON-DROCOURT, *Gaz. Pal.*, 30-31 janvier 2004, p. 4, note S. RABY, *D.*, 2004, p. 465 (somm.), note D. BOURGAULT-OUDEVILLE ; T.G.I. Nancy, 16 mai 2003, *Dr. fam.*, 2003, n° 88, note P. MURAT, *Gaz. Pal.*, 30-31 janvier 2004, p. 4. *Adde* : Riom, 16 décembre 1997, *J.C.P.*, 1998, II, 10147, note Th. GARÉ, *D.*, 1998, p. 301 (somm.), obs. D. BOURGAULT-OUDEVILLE, *Dr. fam.*, 1998, n° 150, obs. P. MURAT, *J.C.P.*, 1999, I, 101, n° 4, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI.

(62) L. du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État (voy. not. B. MALLET-BRICOUT, « Réforme de l'accouchement sous X. Quel équilibre entre les droits de l'enfant et les droits de la mère biologique ? », *J.C.P.*, 2002, I, 119).

En dépit de la position relativement isolée de la France et des très graves questions que pose l'accouchement anonyme au regard de l'intérêt de l'enfant à avoir un parent et à tout le moins à connaître ses origines<sup>(63)</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme juge l'institution conforme aux articles 8 et 14 de la Convention. Selon la Cour, le droit français tente d'atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisante entre les multiples intérêts en cause (droit de l'enfant à la connaissance de ses origines, intérêt vital (*sic*) de l'enfant dans son épanouissement, intérêt d'une femme à conserver l'anonymat pour sauvegarder sa santé en accouchant dans des conditions médicales appropriées, intérêt des parents adoptifs)<sup>(64)</sup>. La Cour condamne par contre l'Italie pour absence d'un mécanisme d'échange de données non-identifiantes<sup>(65)</sup>.

Il n'est pas interdit à une femme belge d'accoucher anonymement en France. Dans ce cas, l'acte de naissance de l'enfant ne mentionnera pas le nom de sa mère, ce que la loi belge n'exclut pas<sup>(66)</sup>. Les enfants concernés pourront voir leur filiation maternelle établie selon d'autres modes (reconnaissance, recherche de maternité) ou faire l'objet d'une adoption en Belgique<sup>(67)</sup>, le tout si l'enfant a pu être « soustrait » à l'autorité française de protection de l'enfance à laquelle la loi veut qu'il soit confié...

## 2. Filiation paternelle ou comaternelle

**609. Pater/mater is est quem nuptiae demonstrant.** Partant du constat qu'en général, des parents mariés cohabitent, le législateur désigne comme père le mari ou la coparente d'un enfant issu d'une femme mariée (art. 315 et 325-2 *jo.* 57, 2°)<sup>(68)</sup>, consacrant la règle traditionnelle *Pater is est quem*

(63) Dans le même sens : G. VERSCHELDEN, « De discrete bevaling : onaanvaardbare ontwijking van ouderlijke verantwoordelijkheden », *o.c.*, p. 81 ; comp. F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 242, n° 394 (en faveur d'un système de médiation par une autorité dépositaire des informations identifiantes en cas d'accouchement dans la discrétion et un droit d'obtenir des informations non identifiantes, notamment médicales). Sur l'ensemble de la question : G. MATHIEU, *Le secret des origines en droit de la filiation*, Malines, Kluwer, 2014 ; G. MATHIEU, « Le droit de l'enfant de connaître ses origines », *J.D.J.*, 2015, n° 345, p. 6 ; G. MATHIEU et G. WILLEMS, « Origines, parentalité et parenté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *o.c.*, p. 35.

(64) C.E.D.H., *Odièvre c. France*, arrêt du 13 février 2003, CEDH, 2003-III, p. 1, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 629, *R.G.D.C.*, 2003, p. 403, note J. VAN BROECK, *D.*, 2003, I.R., p. 739, note, *NjW*, 2003, p. 926, *J.C.P.*, 2003, II, 10049, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE, *Dr. fam.*, 2003, n° 23, note P. MURAT, *NJCM-Bulletin*, 2003, p. 778, note C. FORDER. Voy. : M. DEMARET, « L'accouchement sous X en France : perspectives d'avenir », *Act. dr.*, 2002, p. 500 ; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, *o.c.*, p. 398, n° 532.

(65) C.E.D.H., *Godelli c. Italie*, arrêt du 25 septembre 2012, *N.J.B. (Pays-Bas)*, 2012, p. 2772.

(66) Cass., 29 janvier 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 121. Pour un commentaire : N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, *o.c.*, pp. 994 et s., n° 418 ; G. VERSCHELDEN, « Afstamming », *o.c.*, pp. 95-96.

(67) Cass., 29 janvier 1993, précité.

(68) La présomption de paternité s'explique également par des considérations sociologiques et techniques, qui perdent de leur pertinence actuellement. Le risque d'erreur étant minime, il est de bonne politique de le négliger compte tenu des avantages de la règle : attribution immédiate d'une filiation à l'enfant, dispense de preuve positive de la paternité à une époque où les procédés n'étaient pas fiables,

*nuptiae demonstrant* (le père est celui que les noces désignent). On ne peut cependant plus l'appeler « présomption de paternité » depuis son élargissement à la comaternité (L. du 5 mai 2014).

La présomption légale de filiation est actuellement fondée sur la proximité sexuelle ou le projet parental commun<sup>(69)</sup> plutôt que sur l'exclusivité liée au mariage (fidélité). La distanciation entre le droit de la filiation et la procréation charnelle qu'installe la loi sur la comaternité<sup>(70)</sup> milite en faveur de l'extension de la présomption de filiation à toutes situations de vie commune durable accueillant un projet parental licite<sup>(71)</sup>.

Le fait que la loi lie l'établissement de la filiation au mariage trouve encore grâce aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>(72)</sup> et de la Cour d'arbitrage<sup>(73)</sup>. La présomption de filiation n'avait pas été rendue applicable aux époux de même sexe (art. 143, al. 2), pour des raisons politiques et logiques, à une époque où l'adoption n'était pas ouverte aux couples de même sexe<sup>(74)</sup>. Cette situation est maintenue pour les couples masculins, mais plus pour les couples féminins (art. 325-2).

---

difficulté de preuve du fait négatif de l'absence de relations sexuelles entre la mère et un autre homme à l'époque de la conception (H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 904, n° 915).

(69) Civ. Dinant, 6 février 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 626, note J. SOSSON (présomption de paternité du mari d'une mère porteuse ayant consenti à la gestation pour autrui, contestée nonobstant la fin de non recevoir de l'article 318, § 4). Dans le même sens *de lege ferenda*, F. SWENNEN, « Wat is onderschap ? », *T.P.R.*, 2016, à paraître, n° 50.

(70) J.-E. BEERNAERT et N. MASSAGER, « Loi du 5 mai 2014 instaurant le régime de la comaternité : 'Trois femmes, un homme et un couffin' », *Act. dr. fam.*, 2015, pp. 74-75.

(71) Dans le même sens : A. HEYVAERT et H. WILLEKENS, *Beginselen van het gezins- en familierecht. De theorie van het Marckxarrest en haar weerslag op het geldend recht*, Anvers, Kluwer, 1981, pp. 64-65. Dans les travaux parlementaires de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006, certains parlementaires et experts ont préconisé l'extension de la présomption au cas de la cohabitation légale (Amendement n° 14 de M<sup>me</sup> VAN WEERT, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2003-2004, n° 597/006, pp. 1-2 ; Amendement n° 27 de M<sup>me</sup> VAN DER AUWERA, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2003-2004, n° 597/009, p. 5 ; Audition du professeur P. SENAËVE, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2004-2005, n° 597/024, p. 105 et note du même auteur, *Doc. parl.*, Sén., 2005-2006, n° 1402/7, p. 64). Cette proposition a été rejetée en raison de la différence fondamentale existant entre mariage et cohabitation légale et de l'absence de devoir de fidélité entre cohabitants légaux (pour une critique de cette proposition d'extension : G. VERSCHULDEN, *Origineel ouderschap herdacht*, Bruges, die Keure, 2005, p. 338, n° 570).

(72) C.E.D.H., *Kroon c. Pays-Bas*, arrêt du 27 octobre 1994, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 297-C, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 183, obs. P. GEORGIN ; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., p. 401, n° 537-538.

(73) C.A., 21 décembre 2000, n° 138/2000, *J.T.*, 2001, p. 297, *J.L.M.B.*, 2001, p. 936, *R.G.D.C.*, 2001, p. 359, note G. VERSCHULDEN, *J.D.J.*, 2001, n° 206, p. 43, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 319 ; F. RIGAUX, « Le nouveau droit de la filiation à l'épreuve des droits de l'homme », o.c., p. 382, n° 5. Pour plus de détails : P. SENAËVE, « De vaderschapsregel in het spanningsveld van de mensenrechtenbescherming en van het gelijkheidsbeginsel », in *Liber Amicorum Roger Blanpain*, Bruges, die Keure, 1998, p. 799.

(74) Pour plus de détails et une critique du caractère superflu de l'art. 143, al. 2, en raison du pré-supposé biologique de la filiation, et de l'erreur de ne pas avoir amendé l'art. 315 : F. SWENNEN et Y.-H. LELEU, « Les mariages homosexuels. Rapport belge », o.c., n° 21. Pour une proposition de transfert du contenu de l'art. 143 dans l'art. 315, non retenue par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006 : G. VERSCHULDEN, *Origineel ouderschap herdacht*, o.c., p. 300, n° 515 et p. 320, n° 547 ; *contra* : F. SWENNEN, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2004-2005, n° 597/032, p. 93.

La présomption de filiation, que certains auteurs qualifient de « règle de fond »<sup>(75)</sup>, relève ainsi du domaine des (fortes) probabilités et non de la certitude. Le mariage n'étant plus une situation d'ancrage définitif, elle présente plus que jamais un caractère réfragable, plus précisément « contestable ». Le législateur y a été particulièrement attentif lorsqu'il a instauré des mécanismes d'écartement de la présomption en cas de crise conjugale (*infra*, n° 610-1) ou de contestation de celle-ci en cas de discordance entre le titre et la biologie (*infra*, n° 628). Ces mécanismes sont plus ou moins contraignants selon la probabilité de cohabitation des époux à l'époque de la conception de l'enfant.

La loi du 5 mai 2014 relative à la comaternité a érigé celle-ci en mode *subsidaire* d'établissement de la filiation par rapport à la présomption de paternité. La filiation comaternelle ne peut être établie qu'à l'égard d'un enfant non couvert par une présomption de paternité (art. 325-1).

**610. Domaine de la présomption.** Le domaine de la présomption de filiation est défini par la loi en amont et en aval du mariage.

L'enfant *né pendant le mariage* a pour père le mari, ou pour coparente l'épouse (art. 315, 325-2). Cette règle s'applique aux enfants conçus pendant ou avant le mariage. Elle ne s'applique pas s'il ressort d'une décision constatant la présomption d'absence que l'enfant est né plus de 300 jours après la disparition (art. 316, 325-2, al. 2)<sup>(76)</sup>.

L'enfant *né moins de 300 jours après la dissolution ou l'annulation du mariage* a également pour père le mari, ou pour coparente l'épouse (art. 315, 325-2)<sup>(77)</sup>. Compte tenu de la présomption légale de durée de la grossesse – entre 180 et 300 jours (art. 326)<sup>(78)</sup> –, il est en effet juridiquement correct d'appliquer la présomption dans ces limites<sup>(79)</sup>, étant entendu qu'il convient de simplifier les moyens d'exclure celle-ci en cas d'absence probable de cohabitation des époux à l'époque de la concep-

(75) P. SENAËVE, *Het vaderschap van de echtgenoot*, Anvers, Kluwer, 1982, p. 60, n° 79 ; *contra* : G. MAHIEU et D. PIRE, « La filiation », *o.c.*, n° 50 ; G. VERSCHULDEN, « Afstamming », *o.c.*, p. 161, n° 245.

(76) Pour plus de détails, notamment sur la protection des droits des tiers (art. 316 *ab initio*) lorsque le jugement déclaratif d'absence intervient longtemps après la naissance : G. VERSCHULDEN, « Afstamming », *o.c.*, pp. 175-176, n°s 271-275. Sur l'incidence du retour de l'absent, voy. *supra*, n° 26.

(77) Civ. Bruxelles, 10 mars 1992, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 662. Il en est ainsi même si l'enfant a été conçu avant ce mariage. L'opportunité de maintenir la présomption de paternité après le divorce a été contestée lors des travaux parlementaires de la réforme du 1<sup>er</sup> juillet 2006 (Rapport fait au nom de la sous-commission « droit de la famille », *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2004-2005, n° 597/024, p. 16), notamment pour ne pas contraindre à la reconnaissance le père de l'enfant né quelques jours après le divorce et en raison de la préférence du législateur pour une simplification des moyens d'exclusion de la présomption de paternité dans les cas où le lien marital est distendu.

(78) Sur l'irréalisme de cette présomption : *supra*, n° 19.

(79) La preuve, par certificat médical, que la durée de la grossesse était telle que l'enfant a été conçu après le mariage n'y change rien (G. MAHIEU et D. PIRE, « La filiation », *o.c.*, n° 51).

tion. En cas de divorce, ce délai court à partir du jour où le jugement de divorce a acquis force de chose jugée<sup>(80)</sup>.

Dans le cas, assez peu fréquent, où l'enfant naît dans ce délai de 300 jours, mais *après que la mère se soit remariée*, un conflit de filiations légales surgit. Il est résolu en faveur du second conjoint (art. 317, al. 1<sup>er</sup> applicable par analogie à la coparente : art. 325-2, al. 2). À nouveau, la contestation doit être facilitée : le premier conjoint est titulaire d'une action en contestation (art. 318, § 2, al. 3) ; si son action aboutit, il est tenu pour père ou coparente, sauf si sa propre filiation est contestée ou si une filiation tierce est établie (art. 317, al. 2)<sup>(81)</sup>.

Un conflit de paternité peut également surgir en cas de bigamie de la mère, mais n'est pas résolu de manière expresse par le législateur. La paternité la plus vraisemblable de l'enfant sera déterminée par toutes voies de droit (art. 331*septies*)<sup>(82)</sup>.

**610-1. Inapplicabilité de la présomption de paternité.** Pour tempérer la rigueur de la présomption de paternité et éviter d'imposer une procédure de contestation dans des hypothèses où le lien matrimonial était manifestement distendu au moment de la conception de l'enfant, l'article 316*bis* du Code civil dispose que si l'enfant naît dans une période de séparation judiciaire ou administrative, la présomption de *paternité* ne s'appliquera pas, sauf si les époux font une déclaration conjointe en sens contraire<sup>(83)</sup>.

L'écartement de la présomption de paternité est fondé sur la probabilité de proximité sexuelle de la mère avec un autre homme que le mari. De ce fait, ce mécanisme ne devrait pas, selon nous, s'appliquer à la présomption de *comaternité*<sup>(84)</sup>, nonobstant son application analogique imposée par l'article 325-2 du Code civil. Le mécanisme de contestation de paternité par simple dénégation, qui s'applique principalement dans

(80) Bruxelles, 23 novembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 67 ; en ce sens et pour un exposé de la controverse à ce sujet, certains auteurs ayant proposé la date de la transcription du divorce dans les registres de l'état civil au motif que l'enfant serait un « tiers » au sens des art. 1278 et 1304 C. jud. : G. VERSCHULDEN, « Afstamming », *o.c.*, p. 164, n° 252.

(81) Ce tiers, l'amant de la mère divorcée et remariée, pourra pour sa part contester la paternité du mari, et par ce biais être reconnu comme le père de l'enfant (art. 318, § 5 ; *infra*, n°s 616 et 617).

(82) En ce sens, en France : Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 6 mars 1996, *D.*, 1996, p. 529, note J.-J. LEMOULAND.

(83) Le caractère optionnel de l'exclusion de la présomption de paternité permet de surmonter la problématique, épinglée par certains, relative à l'hypothèse où des résidences séparées sont actées pour des motifs professionnels. Certaines difficultés pratiques demeurent : comment sera faite la déclaration conjointe ? Devra-t-elle être mentionnée dans l'acte de naissance de l'enfant ? (en ce sens : P. SENAËVE, « De vaderlijke afstamming binnen het huwelijk », in *De hervorming van het afstammingsrecht* (P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHULDEN éd.), Anvers, Intersentia, 2007, pp. 21 et s.).

(84) Dans le même sens : P. SENAËVE, « De wettelijke moederlijke afstamming. De vaderlijke afstamming binnen het huwelijk », in *Het nieuwe afstammingsrecht, Studiemiddagen*, n° 88. Pour l'application de l'article 316*bis* à la coparente : J. BEERNAERT et N. MASSAGER, « La loi du 5 mai 2014 instaurant le régime de la comaternité : 'Trois femmes, un homme et un couffin' », *Act. dr. fam.*, 2015, p. 78.

l'hypothèse visée par l'article 316*bis*, n'a d'ailleurs pas été modifié pour y inclure la contestation de la comaternité (art. 318, § 3 ; *infra*, n° 628)<sup>(85)</sup>.

La preuve que la présomption de paternité ne s'applique pas doit être rapportée à l'officier de l'état civil lors de la déclaration de la naissance, sans préjudice pour l'officier de l'état civil de la désactiver d'initiative<sup>(86)</sup>. Si la présomption de paternité est maintenue alors que les conditions matérielles de l'article étaient remplies (ex. : déclaration mensongère de la mère quant à la séparation de fait), la filiation paternelle sera établie<sup>(87)</sup>.

La loi distingue trois hypothèses :

1. La présomption de paternité n'est pas applicable si l'enfant naît plus de 300 jours<sup>(88)</sup> après qu'ait été actée « judiciairement » la séparation des époux, c'est-à-dire soit par l'accord des parties quant aux mesures provisoires entériné par le tribunal à tout moment de la procédure de divorce (*supra*, n° 476), soit par l'ordonnance du juge des référés, soit par le dépôt de la requête introduisant une procédure en divorce par consentement mutuel.

La mère conserve toutefois la possibilité de déclarer l'enfant en qualité de femme mariée sans produire un tel acte, ou en présentant un acte « périmé » parce qu'il y a eu réconciliation ou abandon de la demande en divorce. Selon nous, l'officier de l'état civil, qui ne peut être assimilé à un scribe des parties<sup>(89)</sup>, a un rôle actif à jouer, et les conseils professionnels des parties en crise conjugale doivent attirer l'attention de leurs clients sur l'attitude à adopter lors de la déclaration de naissance<sup>(90)</sup>. En toute hypothèse, le mari dupé qui verrait sa filiation établie ou non nonobstant le prescrit de l'article 316*bis* peut, dans le premier cas, contester sa paternité

(85) Voy., M. DEMARET et E. LANGENAKEN, « La loi portant établissement de la filiation de la coparente : bien dire et laisser faire... », *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, à paraître.

(86) Sur le *modus operandi* : N. MASSAGER, « Trois ans d'application de la nouvelle loi en matière de filiation », *Act. dr. fam.*, 2010, pp. 104-107, n°s 5-6. Une circulaire ministérielle du 7 mai 2007 relative à la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006 impose à l'officier d'état civil de vérifier si la mère et son mari ont toujours un domicile commun et, dans la négative, de vérifier si les époux n'ont pas été inscrits à la même adresse dans les 300 jours précédant la demande, et d'en tirer les conséquences, sauf déclaration conjointe en sens contraire des époux (N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, o.c., p. 266, n° 245 ; N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, o.c., pp. 76-77).

(87) N. MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », o.c., p. 73. Une certaine doctrine soutient à tort que la présomption de paternité pourrait être écartée dans de tels cas en recourant à la procédure en rectification d'acte d'état civil. Voy. P. SENAEVE, « De wettelijke moederlijke afstamming. De vaderlijke afstamming binnen het huwelijk », o.c., n° 88. En ce sens : Civ. Bruxelles, 15 avril 2008, *Rev. dr. étr.*, 2008, p. 287 ; Civ. Arlon, 14 octobre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 191).

(88) Dans les situations où il est fait application de la présomption légale de durée d'une grossesse, la preuve contraire de la durée effective de la grossesse rend l'action irrecevable (G. VERSCHULDEN, « Afstamming », o.c., p. 482, n° 846).

(89) Voy. à ce sujet : J. SOSSEON, « Le droit de la filiation nouveau est arrivé ! », o.c., p. 369, n° 15.

(90) N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, o.c., p. 76.

par simple dénégation (art. 318, § 3, al. 2, 1<sup>o</sup>)<sup>(91)</sup> et, dans le second cas, reconnaître l'enfant<sup>(92)</sup>.

2. La présomption de paternité n'est pas applicable si l'enfant est né plus de 300 jours après la date d'inscription des époux à des adresses différentes dans le registre de la population, le registre des étrangers ou le registre d'attente. Cette hypothèse est fondamentalement différente de la précédente et de la suivante dans la mesure où la volonté module l'état de la personne. La mention sur ces registres permet à l'officier de l'état civil de désactiver d'initiative la présomption de paternité<sup>(93)</sup>.

3. La présomption de paternité n'est pas non plus applicable si l'enfant naît plus de 300 jours après une décision du tribunal de la famille fondée sur l'article 223 du Code civil autorisant les époux à résider séparément, pour autant que la naissance intervienne moins de 180 jours après que la mesure ait pris fin, ou après la réunion de fait des époux<sup>(94)</sup>.

## § 2. Contestation

### I. Procédure

**611. Tribunal de la famille.** Toutes les actions relatives à la filiation, en contestation comme en établissement de celle-ci, sont déferées à titre exclusif au tribunal de la famille compétent territorialement (art. 572*bis*, 1<sup>o</sup> C. jud.). Depuis l'abrogation de l'article 331 du Code civil par la loi du 30 septembre 2013, il semble que le critère de rattachement territorial d'une demande relative à la filiation d'un enfant mineur ne soit plus le domicile de celui-ci, dans la mesure où l'article 629*bis*, § 2 ne vise que les demandes relatives à l'autorité parentale, l'hébergement et les obligations alimentaires à l'égard des enfants mineurs. Seuls demeurent par

(91) N. MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », *o.c.*, p. 65, n<sup>o</sup> 18. Une certaine jurisprudence considère, à tort selon nous, qu'en cas de fausse déclaration, il y aurait matière à *rectification d'acte de l'état civil* (Civ. Bruxelles, 15 avril 2008, *Rev. dr. étr.*, 2008, p. 287 ; Civ. Arlon, 14 octobre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 191 ; en ce sens : P. SENAËVE, « De wettelijke moederlijke afstamming. De vaderlijke afstamming binnen het huwelijk », *o.c.*, n<sup>o</sup> 24).

(92) N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, *o.c.*, p. 268, n<sup>o</sup> 248 ; J. SOSSON, « Le droit de la filiation nouveau est arrivé ! », *o.c.*, p. 371, n<sup>o</sup> 17.

(93) *Supra*, note 86. Outre le cas d'inscription à des domiciles différents alors que les époux continueraient de vivre ensemble, le critère de l'inscription sur les registres de la population peut poser problème lorsque les époux tardent avant d'effectuer la modification de ces registres alors qu'ils sont séparés (dans ce cas, la présomption de paternité reste d'application). Voy. à ce sujet : J. SOSSON, « Le droit de la filiation nouveau est arrivé ! », *o.c.*, p. 369, n<sup>o</sup> 12.

(94) Le législateur reprend l'ancienne formulation critiquée de l'art. 320, 3<sup>o</sup> (voy. à ce sujet : I. MASSIN, « L'établissement de la paternité du père biologique par la contestation indirecte de paternité du père légal – Article 320, 3<sup>o</sup> du Code civil », obs. sous Mons, 4 mai 1999 et Liège, 12 mai 1999, *R.G.D.C.*, 2001, pp. 589 et s.) ; G. MAHIEU et D. PIRE, « La filiation », *o.c.*, n<sup>o</sup> 113 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n<sup>o</sup> 626 ; G. VERSCHULDEN, « Afstamming », *o.c.*, p. 360, n<sup>o</sup> 622.

conséquent les critères du tribunal premier saisi (art. 629bis, § 1<sup>er</sup>, C. jud.) et celui du domicile du défendeur ou du lieu de la dernière résidence des époux ou des cohabitants légaux (art. 629bis, § 5, C. jud.)<sup>(95)</sup>.

Chaque fois qu'une *question préjudicielle* relative à la filiation se pose devant un autre tribunal (ex. : abandon de famille, attentat à la pudeur, etc.), celui-ci ne peut statuer qu'après la décision définitive du tribunal de la famille sur la question d'état (art. 331, § 2)<sup>(96)</sup>. Ce principe s'applique seulement à la filiation et non à toute action d'état.

**612. Parties à la cause. Incapacités. Opposition d'intérêts.** Pour faciliter l'administration de la preuve et permettre au cercle familial concerné d'être informé, sont appelés à la cause :

- l'enfant ou ses descendants,
- celui de ses auteurs dont la paternité, la comaternité ou la maternité n'est pas contestée
- la personne dont la paternité, la comaternité ou la maternité est contestée (art. 332bis)<sup>(97)</sup>.

Le mineur non émancipé et le majeur incapable de manifester sa volonté, sont, dans les actions relatives à leur filiation, *représentés* ou *assistés* par leur représentant légal, en demande comme en défense (art. 331sexies).

Des dispositions particulières régissent l'expression de l'opposition à reconnaissance ou à recherche de filiation d'un enfant mineur ou majeur incapable de manifester sa volonté. Leur consentement à la reconnaissance ou leur opposition à la recherche de paternité, de maternité ou de comaternité n'est pas requis si le tribunal estime, par décision motivée, que l'enfant n'est pas capable d'exprimer sa volonté, ou si le juge de paix, dans une ordonnance d'administration prise en vertu de l'article 492/1,

(95) Pour une critique : D. PIRE, « La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse », *o.c.*, p. 178.

(96) Sur la procédure : D. PIRE, « Aspects de droit judiciaire relatifs à la filiation », in *10 années d'application du droit de la filiation*, Liège, éd. Jeune Barreau, 1997, p. 59 ; G. VERSCHULDEN, « Afstamming », *o.c.*, pp. 546-547, n<sup>os</sup> 977-978.

(97) Cass., 29 novembre 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 222, note N. MASSAGER, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 529 (somm.), R.A.B.G., 2015, p. 246, note M. GOVAERTS. Pour plus de détails : N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, *o.c.*, pp. 116-118. Sur la sanction du non-respect de ces dispositions (fin de non-procéder – Liège, 27 février 2007, *J.T.*, 2007, p. 464, *J.L.M.B.*, 2009, p. 112, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1251 –, régularisation, pouvoir du tribunal d'ordonner d'office la comparution de ces personnes, réouverture des débats) : G. MAHIEU et D. PIRE, « La filiation », *o.c.*, n<sup>o</sup> 162 ; N. MASSAGER, « La filiation », in *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 1999-2004* (J.-P. MASSON e.a. éd.), Bruxelles, Larcier, 2006, p. 392, n<sup>o</sup> 373 ; comp. : G. VERSCHULDEN, « Afstamming », *o.c.*, pp. 531-532, n<sup>o</sup> 949, en sens contraire sur le pouvoir du tribunal d'ordonner la comparution d'office. Si l'une des personnes devant être mises à la cause est décédée, l'action en contestation de filiation est intentée uniquement contre les autres (art. 332quater, al. 1<sup>er</sup>) ; si tous sont décédés, la demande est introduite par requête unilatérale (art. 332quater, al. 2).

a déclaré l'enfant (majeur) incapable de consentir à sa reconnaissance (art. 329*bis*, § 1/1, 332*quinquies*, § 1/1 et § 2, al. 2).

Ce n'est qu'à défaut de représentant légal ou en cas d'opposition d'intérêts qu'un tuteur *ad hoc* doit être désigné (art. 331*sexies*).

La représentation de l'enfant mineur défendeur<sup>(98)</sup> à la contestation de sa filiation fait l'objet d'une controverse à propos des circonstances justifiant qu'un tuteur *ad hoc* doive être désigné. Selon un premier courant<sup>(99)</sup>, l'opposition d'intérêts entre l'enfant et le parent qui le représente existe toujours au moins *in abstracto*. Selon un second courant<sup>(100)</sup>, l'opposition d'intérêts doit être vérifiée *in concreto*. Cette dernière position doit être suivie à peine de vider l'article 331*sexies* de sa substance<sup>(101)</sup>. On précisera que si la contestation de filiation paternelle est initiée par la mère, il ne se conçoit pas qu'elle représente aussi l'enfant comme défendeur<sup>(102)</sup>. Le père s'en chargera, ou un tuteur *ad hoc* en cas de réelle opposition d'intérêts<sup>(103)</sup>.

**613. Décès de l'enfant ou du titulaire.** Aucune action relative à la filiation n'est recevable si l'enfant n'est pas né viable (art. 331*bis*)<sup>(104)</sup>. Si l'enfant est décédé, l'action peut être dirigée contre ses descendants (art. 332*bis*)<sup>(105)</sup>.

Une action intentée par son titulaire avant son décès, et dont il ne s'est pas désisté, peut être *poursuivie* par ses héritiers (art. 331*quinquies*). Exerçant un droit dérivé, les héritiers doivent établir que leur auteur était titulaire de l'action.

Qu'en est-il des ascendants et descendants des titulaires décédés sans avoir agi ?

(98) Sur la problématique de la représentation de l'enfant comme *demandeur* à une action en contestation de sa filiation, *supra*, n° 612.

(99) G. VERSCHELDEN, in G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHELDEN et S. BROUWERS, « Personen- en familierecht (1995-2000) – Overzicht van rechtspraak », *o.c.*, p. 604, n° 973 ; E. VIEUJEAN, « Conclusion », in *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, Liège, éd. Jeune Barreau, 1997, p. 492.

(100) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, *o.c.*, p. 939, n° 979 ; G. MAHIEU et D. PIRE, « La filiation », *o.c.*, n° 181.

(101) Mons, 14 mai 2002, *R.G.D.C.*, 2005, p. 542, note M.D. ; Civ. Namur, 26 mars 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 638 ; Civ. Hasselt, 11 mars 1997, *R.G.D.C.*, 1997, p. 211 ; Civ. Bruxelles, 14 mai 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1101 ; Civ. Bruxelles, 22 avril 1991, *R.G.D.C.*, 1992, p. 55, note J. SOSSON ; Civ. Bruxelles, 15 décembre 1987, *Pas.*, 1988, III, p. 36, *J.L.M.B.*, 1988, p. 365, obs. Chr. PANIER, *R.G.D.C.*, 1989, p. 76.

(102) Civ. Bruxelles, 10 mai 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 128 ; J. SOSSON, « Quelques problèmes judiciaires d'application de la loi du 31 mars 1987 », *J.T.*, 1990, p. 305, n° 28.

(103) Mons, 14 mai 2002, précité ; G. MAHIEU et D. PIRE, « La filiation », *o.c.*, n° 181, *a) in fine*, note 1 ; G. VERSCHELDEN, « Afstamming », *o.c.*, p. 537, n° 957.

(104) Comp. : art. 328, al. 2, relatif à la reconnaissance prénatale (*infra*, n° 634).

(105) G. MAHIEU et D. PIRE, « La filiation », *o.c.*, n° 168.

Concernant la *contestation de filiation maternelle*, nous écrivions dans la première édition que les ascendants et descendants de la mère avaient un intérêt patrimonial en qualité de successibles, mais devaient établir leur intérêt moral, apprécié d'autant plus sévèrement que leur implication socio-affective à l'égard de l'enfant est faible<sup>(106)</sup>. Désormais, la loi exclut les ascendants et les descendants de la mère décédée qui serait toujours dans le délai pour contester sa maternité (art. 312, § 2) ce qui pourrait poser problème au regard des articles 10 et 11 de la Constitution<sup>(107)</sup>.

En effet, à titre exceptionnel, l'action en *contestation de filiation paternelle* peut être introduite par les ascendants et les descendants du mari<sup>(108)</sup> si celui-ci est décédé dans le délai pour contester sa paternité (art. 318, § 2, al. 2). L'action devra donc être introduite dans l'année du décès ou de la naissance<sup>(109)</sup>.

**614. Autorité de chose jugée.** Les décisions judiciaires en matière de filiation sont opposables *erga omnes* dès leur transcription sur les registres d'état civil. Les personnes qui n'ont pas été parties à la cause ont le droit de former tierce opposition (art. 331*decies*, al. 1<sup>er</sup>), pour autant qu'elles y ont intérêt, ce qui n'est pas le cas, notamment, du père biologique prétendu qui voudrait s'opposer à la contestation de la paternité du père légal par l'enfant qui est peut-être le sien<sup>(110)</sup>.

Pour assurer l'efficacité de ce principe, le tribunal peut ordonner d'office que soient appelés à la cause tous les intéressés auxquels il estime que la décision doit être rendue commune (art. 331*decies*, al. 2)<sup>(111)</sup>.

Les actions en contestation et en réclamation de filiation ont un effet déclaratif (*supra*, n<sup>os</sup> 34 et 38).

**615. Mentions dans les registres d'état civil.** Une copie de l'exploit de signification de la décision doit être adressée au ministère public (art. 333,

(106) Dans le même sens : G. VERSCHULDEN, « Afstamming », *o.c.*, p. 454, n° 785.

(107) En ce sens : M. DEMARET, « Le droit de la filiation réformé », *o.c.*, p. 126, n° 15 ; P. SENAËVE, « De wettelijke moederlijke afstamming. De vaderlijke afstamming binnen het huwelijk », *o.c.*, n° 4. Pour une critique : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, pp. 471-472.

(108) Elle ne peut l'être par les héritiers de la mère, ceux de l'enfant ou ceux du père biologique, ni par d'autres héritiers du mari, par exemple son nouveau conjoint (survivant) (G. VERSCHULDEN, « Afstamming », *o.c.*, p. 499, n° 885 et p. 498, n° 882). Les héritiers du père biologique ne peuvent diligenter l'action (P. SENAËVE, « De wettelijke moederlijke afstamming. De vaderlijke afstamming binnen het huwelijk », *o.c.*, n° 37).

(109) Sur la possible discrimination résultant du fait qu'ils ne peuvent agir s'ils découvrent eux-même que le titulaire décédé n'était pas le père biologique : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 285, n° 446.

(110) Civ. Courtrai, 5 janvier 2012, *T.G.R.*, 2013, p. 43, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 724 (somm.) ; *contra* : Civ. Bruxelles, 27 novembre 2014, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 265, note (recevabilité d'une intervention à la cause).

(111) Voy. : N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, *o.c.*, p. 117.

§ 1<sup>er</sup>) qui se charge de communiquer le dispositif de la décision définitive à l'officier de l'état civil du lieu où l'acte de naissance de l'enfant a été dressé ou transcrit (art. 333, § 2, al. 1<sup>er</sup>)<sup>(112)</sup>. Ce dispositif est transcrit sur les registres et mentionné en marge des actes d'état civil de l'enfant et de ses descendants (art. 333, § 2, al. 3). L'absence ou l'irrégularité de ces formalités n'entachent pas les effets de la décision judiciaire<sup>(113)</sup>.

## 2. Titulaires

### 616. Extension et unification des titulaires.

1. L'action en contestation de la filiation *maternelle* est réservée à certaines personnes<sup>(114)</sup> (art. 312, § 2,<sup>(115)</sup>) :
  - la mère légale ;
  - le père ;
  - l'enfant ;
  - la personne (*sic*) qui revendique la maternité de l'enfant pour l'avoir accouché<sup>(116)</sup>.
2. L'action en contestation de la filiation *paternelle* est ouverte à plus de titulaires que par le passé (art. 318, § 1<sup>er</sup>) :
  - le père légal ;
  - la mère ;
  - l'enfant ;
  - la personne (*sic*) qui revendique la paternité de l'enfant, c'est-à-dire le père biologique, innovation de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006 ;
  - la femme qui revendique la comaternité, pour avoir participé avec la mère à un projet parental.
3. L'action contestation de la filiation *comaternelle* emprunte le régime de celle en contestation de filiation paternelle (art. 325-3) :
  - la coparente, épouse de la mère, qui prétend que l'enfant n'est pas issu du projet parental ;
  - la mère, qui prétend avoir accouché de l'enfant ;

(112) Voy. : G. MAHIEU et D. PIRE, « La filiation », *o.c.*, n° 186 ; G. VERSCHULDEN, « Afstamming », *o.c.*, p. 558, n°s 1003-1004.

(113) P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n° 721.

(114) Aucune disposition transitoire n'est édictée pour organiser la réduction des titulaires de l'action ; la loi est d'application immédiate.

(115) La loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006 ne prévoyait pas de modification du régime mis en place en 1987 ; elle est l'œuvre d'une loi « réparatrice » du 27 décembre 2006 visant à prévenir toute discrimination. Voy. à ce sujet, M. DEMARET, « Le droit de la filiation réformé », *o.c.*, p. 126, n° 15.

(116) La coparente ne peut pas contester la filiation maternelle de son épouse, *sauf* si elle revendique elle-même la *maternité*, donc soutient avoir accouché l'enfant (le regrette : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 471, n° 759).

- l'enfant ;
- la femme qui revendique la comaternité pour avoir participé à un projet parental autre que celui dont se prévaut l'épouse de la mère<sup>(117)</sup> ;
- l'homme qui revendique la paternité de l'enfant, père biologique d'un enfant prétendu né du projet parental entre les épouses, mais en réalité de ses œuvres, par acte sexuel ou acte procréatif « artisanal », car si cet homme est un donneur de sperme au sens de la loi relative à la P.M.A., il ne peut « revendiquer » aucune paternité (art. 27, al. 2 et 56, al. 2, L. du 6 juillet 2007 ; *supra*, n° 118)<sup>(118)</sup>

**617. Contestation « 2 en 1 » de la filiation légale par le père biologique ou par la coparente.** Sous l'empire de la législation de 1987, en dépit de son intérêt au moins moral à agir, le père biologique de l'enfant n'était pas *titulaire* de l'action réservée en contestation de la paternité du mari. Cette exclusion suscitait des critiques au regard du principe constitutionnel d'égalité et du droit au respect de la vie familiale (art. 8 C.E.D.H.), mais n'a jamais été censurée par la Cour d'arbitrage<sup>(119)</sup>. Du reste, elle était commune à la plupart des systèmes juridiques européens<sup>(120)</sup>, sans être critiquée par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>(121)</sup>.

La loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006 a ouvert l'action en contestation à « la personne qui revendique la paternité de l'enfant » (art. 318, § 1<sup>er</sup>)<sup>(122)</sup>. Dans la même logique, la loi du 5 mai 2014 l'ouvre à la coparente, mère « intentionnelle » (art. 318, § 1<sup>er</sup> et § 6). Auparavant, il n'existait qu'une

(117) Pour des illustrations : J.-E. BEERNAERT et N. MASSAGER, « Loi du 5 mai 2014 instaurant le régime de la comaternité : 'Trois femmes, un homme et un couffin' », *o.c.*, p. 79.

(118) Le donneur de sperme « artisanal » n'est pas visé et peut donc revendiquer la paternité (J.-E. BEERNAERT et N. MASSAGER, « Loi du 5 mai 2014 instaurant le régime de la comaternité : 'Trois femmes, un homme et un couffin' », *o.c.*, p. 78 ; G. SEGHERS et F. SWENNEN, « Meemoederschap zonder adoptie – de wet van 5 mei 2014 tot vaststelling van de afstamming van de meemoeder », *R.G.D.C.*, 2014, p. 483, n° 10 ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 476, n° 770.

(119) C.A., 11 février 1998, n° 12/98, *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 290 ; C.A., 14 juillet 1997, n° 41/97, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1232, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 184, *R.W.*, 1997-1998, p. 943. *Contra* : Civ. Hasselt, 13 janvier 2004, *L.R.L.*, 2004, p. 167. Pour une critique : G. MAHIEU et D. PIRE, « La filiation », *o.c.*, n° 55 ; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, *o.c.*, p. 949, n° 419 ; P. SENAËVE, « De vaderschapsregel in het spanningsveld van de mensenrechtenbescherming en van het gelijkheidsbeginsel », *o.c.*, p. 812. Plus nuancé : G. VERSCHULDEN, « Afstamming », *o.c.*, p. 504, n° 898.

(120) Sur l'exception du Portugal : P. SENAËVE, *Het vaderschap van de echtgenoot*, *o.c.*, p. 244, n° 339. (121) Dans le même sens : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, *o.c.*, pp. 414-415, n° 559. La Cour valide cette exclusion dans l'affaire *Nylund c. Finlande* ; elle a par contre condamné les Pays-Bas dans l'affaire *Kroon* parce que seul le mari, disparu en l'espèce, était titulaire du droit de contestation (*supra*, n° 605).

(122) Voy. *infra*, n° 645, pour le cas où le père biologique découvre sa paternité potentielle après l'entrée en vigueur de la loi, et qu'il s'est écoulé plus d'un an depuis la naissance ou la découverte de la naissance de l'enfant.

possibilité de substitution de paternité ouverte au père biologique qui concevait un enfant avec une femme mariée (art. 320 anc.)<sup>(123)</sup>

Ces titulaires dirigent une action « de l'extérieur », de nature à troubler la paix d'une famille réconciliée après un adultère<sup>(124)</sup>. L'existence d'une telle famille, que la *loi* commande de révéler par la possession d'état, ne fait actuellement plus obstacle devant le *juge* à une remise en cause à l'initiative de ce tiers, sauf si les liens socio-affectifs dans la famille légale sont réels et actuels *et* s'ils méritent d'être protégés dans l'intérêt de tous, plus particulièrement l'enfant. Dans l'état actuel de la législation, censurée par la Cour constitutionnelle, cette pondération d'intérêts se fait provisoirement via la possession d'état (*infra*, n° 621-1) ou par un relevé de déchéance de l'enfant tardif à agir (*infra*, n° 619-1). Le juge doit, plus qu'auparavant, vérifier l'actualité de la possession d'état et l'existence de chances effectives d'agir.

La loi relative à la comaternité du 5 mai 2014 introduit une nouvelle catégorie de contestation à l'initiative d'un tiers qui se prétend parent biologique : la contestation de la comaternité légale par une *femme* qui revendique sa comaternité (mère intentionnelle dans autre projet parental)<sup>(125)</sup>, ou bien par un *homme* qui revendique sa paternité (père biologique, à l'exclusion du donneur anonyme dans le cadre d'une P.M.A.)<sup>(126)</sup> (art. 325-3, § 1<sup>er</sup>). Dans les deux cas l'enfant n'est pas issu du projet parental convenu entre les épouses. Sauf possession d'état attestant que les intérêts en présence convergent avec celui de l'enfant, l'intention parentale ou la vérité biologique devront primer<sup>(127)</sup>.

La contestation de la filiation légale par le père biologique ou par la femme qui se revendique coparente, ne sera fondée que si la paternité

(123) Le père biologique voulant reconnaître un enfant couvert par la présomption de paternité devait obtenir, en plus des consentements requis par la loi, l'autorisation du tribunal de première instance, et surtout se trouver dans les hypothèses où la présomption de paternité était affaiblie (art. 320 anc.). Ce dispositif était devenu inutile dès lors que l'article 316*bis* du Code civil érige cette hypothèse en cause d'inapplication de la présomption de paternité, et que par une action « 2 en 1 » le père biologique pourra d'abord contester la présomption de paternité, même à titre prénatal, et ensuite reconnaître l'enfant.

(124) Sur les nouvelles « stratégies » pouvant en résulter : N. MASSAGER, « Trois ans d'application de la nouvelle loi en matière de filiation », *o.c.*, pp. 108-110, n° 9 et *passim*.

(125) La « troisième femme » : J.-E. BEERNAERT et N. MASSAGER, « Loi du 5 mai 2014 instaurant le régime de la comaternité : 'Trois femmes, un homme et un couffin' », *o.c.*, p. 79.

(126) L'« outsider » : J.-E. BEERNAERT et N. MASSAGER, « Loi du 5 mai 2014 instaurant le régime de la comaternité : 'Trois femmes, un homme et un couffin' », *o.c.*, p. 78.

(127) Voy. M. DEMARET et E. LANGENAKEN, « La loi portant établissement de la filiation de la coparente : bien dire et laisser faire... », *Rev. trim. dr. fam.*, 2015/4, n° 31 ; J.-E. BEERNAERT et N. MASSAGER, « Loi du 5 mai 2014 instaurant le régime de la comaternité : 'Trois femmes, un homme et un couffin' », *o.c.*, p. 76 : en cas de P.M.A. au sens strict de la mère avec un *homme*, la comaternité primera puisque la P.M.A. empêche tout établissement de la paternité du donneur. La paternité biologique d'un donneur « artisanal » primera par contre, ce qui est incohérent.

ou la comaternité est établie dans le chef du demandeur (art. 318, § 5 et § 6 ; art. 325-3, § 4 et § 5). Le demandeur doit donc prouver :

- que la filiation légale n'est pas conforme à la vérité biologique ou au projet de P.M.A. dont l'enfant est issu (ex. non-paternité du mari ; naissance d'un autre enfant que celui attendu de la P.M.A. projetée, ...) ;
- sa propre paternité ou sa propre comaternité.

La décision qui fait droit à la demande de contestation entraîne de plein droit l'établissement de la filiation du demandeur. La doctrine qualifia cette action « 2 en 1 »<sup>(128)</sup>, et salua cette initiative du législateur qui évite, dans l'intérêt de l'enfant, tout hiatus entre la contestation de la filiation légale et l'établissement de la filiation biologique ou résultant du projet parental.

Comme l'action « 2 en 1 » est fonctionnellement proche d'un établissement judiciaire de filiation biologique après mise à néant de la filiation légale (recherche de paternité/maternité/comaternité), le législateur impose de recueillir des *consentements* et de vérifier l'*intérêt de l'enfant* (renvoi à l'art. 332quinquies ; *infra*, n<sup>os</sup> 637 ; 677 et 677-1). Or la Cour constitutionnelle<sup>(129)</sup> a censuré l'article 332quinquies, d'abord en ce qu'il empêche le juge d'apprécier l'intérêt de l'enfant *avant 1 an* (art. 332quinquies, § 2, al.1<sup>er</sup>, C. civ.)<sup>(130)</sup>. Ensuite, elle a censuré la règle du contrôle dit *marginal* de l'intérêt de l'enfant<sup>(131)</sup>. Il ne s'agit donc plus d'écarter les initiatives « manifestement contraires » à l'intérêt de l'enfant, mais de rechercher *in concreto* et positivement la conformité de la contestation « 2 en 1 » à son intérêt. La Cour précise que, bien que primordial, l'intérêt de l'enfant n'est pas absolu et n'exclut pas de prendre en compte les intérêts des autres parties (*infra*, n<sup>os</sup> 638, 661, 677-1).

Toujours parce que l'action « 2 en 1 » se rapproche d'une action en recherche de paternité/maternité/comaternité, il est légitime de s'interroger

(128) N. MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », *o.c.*, p. 67, n<sup>o</sup> 20.

(129) C. const., 3 mai 2012, n<sup>o</sup> 61/2012, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 135, note, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 704, *Juristenkrant*, 2012, reflète M. VERHOEVEN, p. 2, *T. Fam.*, 2013, p. 90, note F. SWENNEN. La Cour avait auparavant condamné l'article 329bis, § 2, al. 3 du Code civil, en matière de reconnaissance, pour les mêmes raisons (C. const., 16 décembre 2010, n<sup>o</sup> 144/2010, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 2, note N. MASSAGER, *Juristenkrant*, 2011 (reflète L. STEVENS), p. 4, *R.A.B.G.*, 2011, p. 883, note E. DE MAEYER et C. VERGAUWEN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 118 (somm.), *T. Fam.*, 2011, p. 56, note F. SWENNEN, *T.J.K.*, 2011, pp. 139, 201, 254 et 320, note C. MELKEBEEK).

(130) Suivant la tendance majoritaire en doctrine qui critiquait l'« âge pivot » dès les travaux préparatoires de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006 : J. SOSSON, « Le droit de la filiation nouveau est arrivé ! », *o.c.*, p. 397, n<sup>o</sup> 40 ; N. MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », *o.c.*, p. 80, n<sup>o</sup> 29 ; *Infra*, n<sup>o</sup> 638.

(131) C. const., 7 mars 2013, n<sup>o</sup> 30/2013, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 76, note N. GALLUS, *Juristenkrant*, 2013, liv. 267, p. 4, reflète G. VERSCHELDEN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 789, note M. DEMARET, *R.W.*, 2012-2013, p. 1359 (somm.) et 2013-2014, p. 170 (somm.), *T. Fam.*, 2013, p. 232, note F. SWENNEN, *T.J.K.*, 2013, p. 151, note E. IGNOVSKA et G. VERSCHELDEN. Arrêt confirmé par : C. const., 2 juillet 2015, n<sup>o</sup> 101/2015, *M.B.*, 1<sup>er</sup> septembre 2015, p. 55811 ; C. const., 2 juillet 2015, n<sup>o</sup> 102/2015, *M.B.*, 1<sup>er</sup> septembre 2015, p. 55818.

sur l'application de certains empêchements absolus à l'établissement de la filiation, et sur l'impact, par répercussion, de la jurisprudence constitutionnelle très sévère à leur propos. Comme empêchements absolus, l'article 332quinquies érige le consentement du majeur ou du mineur émancipé (*infra*, n° 677) et l'exception du viol de la mère (*infra*, n° 640, 671)<sup>(132)</sup>. Par contre, et de façon surprenante, ni l'article 318, § 5, ni l'article 332quinquies auquel il renvoie, ne relaient les empêchements liés à l'inceste (*infra*, n°s 639, 670)<sup>(133)</sup>.

### 3. Délais

**618. Brefs délais légaux.** La contestation de la *filiation maternelle* doit, dans l'état actuel de la loi, être introduite dans l'année de la découverte du caractère mensonger de la filiation maternelle (art. 312, § 2). Ce délai est préfix<sup>(134)</sup>, non susceptible de suspension, interruption ou prolongation, sauf cas de force majeure<sup>(135)</sup>. La preuve de l'expiration du délai incombe au défendeur<sup>(136)</sup>.

La contestation de la *filiation paternelle* demeure, sous réserve de la jurisprudence constitutionnelle exposée ci-après, soumise à des délais préfix, tous brefs, mais différenciés selon les titulaires quant à leur durée et à leur point de départ (art. 318, § 2) :

(132) Manifestement inappropriée pour la comaternité (M. DEMARET et E. LANGENAKEN, « La loi portant établissement de la filiation de la coparente : bien dire et laisser faire... », *o.c.*, n° 40, à paraître ; G. SEGHERS et F. SWENNEN, « Meemoederschap zonder adoptie – de wet van 5 mei 2014 tot vaststelling van de afstamming van de meemoeder », *o.c.*, p. 485).

(133) Y.-H. LELEU et L. SAUVEUR, « La filiation incestueuse et la Cour constitutionnelle », note sous C. const., 9 août 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 213.

(134) Civ. Bruxelles, 25 juin 1997, *Pas.*, 1998, II, p. 66, R.G.D.C., 1998, p. 57 ; G. MAHIEU et D. PIRE, « La filiation », *o.c.*, n° 178 ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, *o.c.*, p. 945, n° 993 ; Chr. PANIER, « Problèmes de droit judiciaire relatifs à la filiation », *o.c.*, p. 104, n° 40 ; G. VERSCHULDEN, « Afstamming », *o.c.*, p. 509, n° 910.

(135) Pour une acception restrictive comme en droit commun des obligations : Bruxelles, 8 octobre 2002, *J.T.*, 2003, p. 200 (somm.) ; Bruxelles, 31 janvier 1983, R.W., 1982-1983, col. 2681, note P. SENAËVE ; Civ. Nivelles, 24 octobre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 324 ; J.-P. MASSON, *Droit des personnes et des familles : Chronique de jurisprudence 1999-2004*, Bruxelles, Larcier, 2006, n° 317 ; P. SENAËVE, « Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht », in *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht* (P. SENAËVE éd.), Louvain, Acco, 1993, p. 47, n° 61 ; G. VERSCHULDEN, « Afstamming », in A.P.R., Malines, Kluwer, 2005, p. 517, n° 928. La doctrine récente et certaine jurisprudence prônent une *interprétation souple de la force majeure*, comme voie technique d'exception aux délais préfix, ainsi que préconisé par la Cour européenne (Civ. Louvain, 12 décembre 2005, R.W., 2006-2007, p. 524, note (approbative) T. WUYTS ; A. QUIRYNEN, note sous C. const. 3 février 2011, *T. Fam.*, 2011, p. 221 ; F. SWENNEN, « Afstammingsrecht en grondwettelijk hof », R.W., 2012, p. 1108, n° 15).

(136) Civ. Liège, 9 février 1990, inédit, cité par D. PIRE, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1084 ; Liège, 3 mai 1979, *J.L.*, 1978-1979, p. 377.

1. L'action des *parents légaux* doit être intentée respectivement :
  - a) pour le *mari ou le précédent mari*, dans l'année de la découverte du fait qu'ils ne sont pas *père* de l'enfant<sup>(137)</sup> ;
  - b) pour l'*épouse ou la précédente épouse coparente*, dans l'année de la découverte du fait qu'elles n'a *pas consenti* à l'acte ayant la procréation pour but (ex. P.M.A. initiée par la mère seule) ou que l'enfant *ne peut être issu* du projet parental auquel elle a consenti (ex. relations sexuelles de la mère sous P.M.A. avec un tiers).

Quel est le « fait de parenté » qui doit être découvert pour faire courir le délai ? Le père légal ou la coparente n'ont jamais totale certitude quant à leur rôle dans la conception ou dans l'aboutissement du projet parental<sup>(138)</sup>. Aussi le délai ne peut courir avant la connaissance de la non-filiation biologique. Ce prescrit, généralisé par la réforme de 2006, appelle une part de subjectivité. Le délai ne commencerait-il à courir que suite à un test A.D.N. qui indique la non-paternité du mari ou la discordance de projets parentaux<sup>(139)</sup> ? Exigerait-t-on de la mère qu'elle notifie la naissance à son mari ou à son épouse ? Des difficultés se présenteront dans l'hypothèse où le père ou la coparente nourriraient de simples doutes quant à leur paternité. Pour pouvoir agir, il convient en effet de prouver l'absence de filiation, par toutes voies de droit<sup>(140)</sup>, notamment par un test A.D.N. fût-il privé, et pas simplement faire état d'un doute quant à la filiation.

2. L'action de la *mère* doit être intentée dans l'année de la naissance<sup>(141)</sup>.

(137) Pour plus de détails quant aux rétroactes de cette disposition, voy. : M. DEMARET, « Le droit de la filiation réformé », *o.c.*, p. 128, n° 19.

(138) Sous l'empire de la législation de 1987, la Cour d'arbitrage ne voyait aucune rupture d'égalité dans le fait qu'existait une différence entre les hommes et les femmes au niveau de leur connaissance des circonstances de la conception : C.A., 12 juillet 2001, n° 95/2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 725 ; C.A., 21 décembre 2000, n° 138/2000, *J.T.*, 2001, p. 297, *J.L.M.B.*, 2001, p. 936, *R.G.D.C.*, 2001, p. 359, note G. VERSCHELDEN, *J.D.J.*, 2001, n° 206, p. 43, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 319. Ce système était toutefois critiqué par bon nombre d'auteurs (voy. notre première édition, p. 496, n° 616) et par certains juges (Civ Anvers, 7 mars 2006, *E.J.*, 2006, p. 59, note G. VERSCHELDEN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 310 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 894 (somm.), *R.A.B.G.*, 2006, p. 1189, *R.W.*, 2006-2007, p. 532, note ; Civ. Louvain, 12 décembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 893 (somm.), *R.W.*, 2006-2007, p. 524, note T. WUYTS, *R.A.B.G.*, 2007, p. 169, note M. GOVAERTS).

(139) Civ. Arlon, 6 décembre 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 76, note M. DEMARET, *J.L.M.B.*, 2014, p. 259, note V. MAKOW ; arg. tiré de C. Const, arrêt n° 46/2013, du 28 mars 2013, B.10.3. En ce sens : N. MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », *o.c.*, p. 71, n° 22 et « La filiation », in *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Les dossiers du Journal des tribunaux, n° 85, 2012, p. 292.

(140) Bruxelles, 26 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 792 ; Civ. Bruxelles, 23 décembre 2010, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 144.

(141) Civ. Bruxelles, 25 juin 1997, *Pas.*, 1998, II, p. 66, *R.G.D.C.*, 1998, p. 57 ; Civ. Bruxelles, 27 septembre 1995, *R.G.D.C.*, 1996, p. 60.

3. L'action de l'*enfant* doit être intentée au plus tôt le jour où il atteint l'âge de 12 ans et au plus tard le jour où il atteint l'âge de 22 ans. L'ancienne controverse relative à la faculté pour un parent d'agir en tant que représentant de son enfant mineur<sup>(142)</sup> est ainsi dépassée. Toutefois, si l'enfant apprend que son père légal n'est pas son père biologique après avoir atteint l'âge de 22 ans, il conserve la faculté de contester ce lien de filiation dans l'année de la découverte de ce fait<sup>(143)</sup>.

L'enfant d'une *coparente* peut encore agir dans l'année de la découverte du fait que l'épouse de sa mère n'a *pas* consenti à l'acte à finalité procréative (ex. l'enfant découvre à 35 ans être issu d'une P.M.A. décidée par sa mère seule) ou du fait qu'il ne peut pas en être issu (ex. sa mère, recourant aux services d'un donneur connu, l'a conçu avec un autre homme).

4. L'action du « tiers », le *père biologique* ou la *coparente in spe*, doit être intentée dans l'année de leur découverte, respectivement de la réalité biologique, ou du fait d'avoir consenti à la conception de cet enfant sous P.M.A. (ex. la coparente *in spe* apprend l'utilisation d'embryons surnuméraires issus d'un ancien projet parental commun et prouve le lien avec la conception de l'enfant<sup>(144)</sup> ; le père biologique d'un enfant affilié à une mère et à sa coparente apprend que l'enfant peut être issu des relations qu'il eut avec la mère pendant le projet de P.M.A.)<sup>(145)</sup>.

Des difficultés symétriques à celles énoncées ci-dessus à propos du père légal ou de la coparente pourront se poser. Pour agir, la preuve de la paternité ou de la comaternité n'est pas exigée : il

(142) Voy. notre première édition, p. 497, n° 616.

(143) Loi réparatrice du 27 décembre 2006. Pour une proposition en ce sens : M. DEMARET, « La réforme du droit de la filiation », in *Chroniques notariales* (Y.-H. LELEU coord.), vol. 44, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 317-318, n° 18 ; G. VERSCHULDEN, *Origineel ouderschap herdacht*, o.c., p. 360, n° 607. La Cour constitutionnelle a rendu un arrêt relatif à l'*application dans le temps de cette disposition* (C. const., n° 147/2013, 7 novembre 2013). Elle condamne l'article 318, § 2 du Code civil interprété comme ne permettant pas à un enfant né avant l'entrée en vigueur des lois du 1<sup>er</sup> juillet et du 27 décembre 2006, dont le droit d'agir en contestation de paternité est prescrit au moment de l'entrée en vigueur de ces lois, d'intenter une action en contestation de paternité, s'il découvre après l'entrée en vigueur de ces lois que le mari de sa mère n'est pas son père. Puisque cet enfant ne disposait pas, avant l'entrée en vigueur de la loi du 27 décembre 2006, du droit d'intenter une action en contestation de paternité dans l'année de la découverte du fait que le mari de sa mère n'est pas son père, son droit d'agir sur cette base ne peut être prescrit.

(144) Pour d'autres hypothèses, voy. : J.-E. BEERNAERT et N. MASSAGER, « Loi du 5 mai 2014 instaurant le régime de la comaternité : 'Trois femmes, un homme et un couffin' », o.c., p. 79.

(145) Comme la loi n'assigne un délai d'un an qu'à la femme qui revendique la comaternité pour avoir consenti à un projet de P.M.A., *au sens légal* du terme (loi de 2007), celle qui aurait consenti avec la mère à un projet parental « artisanal » (ex. : auto-insémination avec le sperme d'un ami) n'est soumise à aucun délai. Elle aurait un droit d'action imprescriptible (discriminatoire : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 476, n° 770).

suffit d'apporter des éléments de fait qui indiquent la prétendue paternité ou comaternité et demander au juge d'ordonner un test A.D.N.<sup>(146)</sup>.

Le père biologique ou la coparente *in spe* peuvent contester la filiation légale (paternelle ou comaternelle) à titre prénatal (art. 328bis)<sup>(147)</sup>.

5. Les *ascendants et descendants du mari* décédé sans avoir agi peuvent contester sa paternité dans l'année du décès ou dans l'année de la naissance si celle-ci intervient après le décès (art. 318, § 2, al. 2 ; *supra*, n° 613).

**619. (suite) Constitutionnalité des délais légaux : empêchements absolus vs. intérêts en présence.** La Cour constitutionnelle a commencé sa critique des délais préfix dans l'arrêt n° 54/2011 du 6 avril 2011<sup>(148)</sup>. Elle déclare inconstitutionnel le délai de contestation d'une *reconnaissance* (art. 330, § 1<sup>er</sup>, al. 4) quand son respect est tributaire de circonstances indépendantes de la volonté du demandeur, en l'occurrence une fraude de la mère qui a entraîné l'expiration du délai avant même que naisse l'intérêt du père à agir<sup>(149)</sup>.

Cet arrêt aurait pu laisser penser qu'un délai n'est critiquable que quand son bénéficiaire n'a pas eu la possibilité d'agir (ignorance ou absence d'intérêt à agir)<sup>(150)</sup>.

(146) J. SOSSON, « Le droit de la filiation nouveau est arrivé ! », *o.c.*, p. 393, n° 29.

(147) J.-E. BEERNAERT et N. MASSAGER, « Loi du 5 mai 2014 instaurant le régime de la comaternité : 'Trois femmes, un homme et un couffin' », *o.c.*, p. 80. Pour un relevé de certaines difficultés pratiques liées au libellé de l'art. 328bis : M. DEMARET, « Le droit de la filiation réformé », *o.c.*, pp. 129-130, n° 20 ; P. SENAËVE, « De wettelijke moederlijke afstamming. De vaderlijke afstamming binnen het huwelijk », *o.c.*, n°s 93 et s.

(148) C. const. n° 54/2011, 6 avril 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 146, note N. MASSAGER, *R.A.B.G.*, 2011, p. 889, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 345 (somm.), *R.W.*, 2010-2011, p. 1751, *T. Fam.*, 2011, p. 93, note G. VERSCHULDEN, *T.J.K.*, 2011, p. 254 (somm.). Dans le cas soumis à la Cour, le père biologique a intenté une action en reconnaissance de son fils et a été confronté au refus de la mère. Il apprend lors de l'audience introductive qu'un autre homme avait reconnu son fils et demande l'annulation de cette reconnaissance. Il s'est toutefois vu opposé le délai de forclusion d'un an après la découverte de la paternité de l'enfant alors que ce délai avait expiré avant même que la reconnaissance contestée ait eu lieu.

(149) C. const. n° 54/2011, 6 avril 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 146, note N. MASSAGER, *R.A.B.G.*, 2011, p. 889, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011 (somm.), p. 345, *R.W.*, 2010-2011, p. 1751, *T. Fam.*, 2011, p. 93, note G. VERSCHULDEN, *T.J.K.*, 2011, p. 254 (somm.). Dans le cas soumis à la Cour, le père biologique a intenté une action en reconnaissance de son fils et a été confronté au refus de consentement de la mère. Il apprend lors de l'audience introductive qu'un autre homme avait reconnu son fils et demande l'annulation de cette reconnaissance. Il s'est toutefois vu opposé le délai de forclusion d'un an après la découverte de la paternité de l'enfant alors que ce délai avait expiré avant même que la reconnaissance contestée ait eu lieu.

(150) Dans le même sens : C. const., n° 165/2013, 5 décembre 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 62, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 386 (somm.), *R.W.*, 2013-2014, p. 799 (somm.), *T. Fam.*, 2014, p. 39, note A. QUIRYNEN (action du père biologique, expiration du délai avant la connaissance de la reconnaissance) ; C. const., n° 118/2014, 17 juillet 2014, *Juristenkrant*, 2014, p. 4, refl. E. DE BOCK, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 528 (somm.) (action du père biologique, expiration du délai avant la connaissance de

Il n'en est rien, mais la cour distingue entre l'action à l'initiative de l'enfant et celles à l'initiative des parents.

En ce qui concerne *l'action de l'enfant*, dans l'arrêt n° 96/2011 du 31 mai 2011<sup>(151)</sup> la Cour franchit le pas décisif de relever de forclusion un enfant tardif en jugeant inconstitutionnel le délai annuel de l'article 318, § 2, du Code civil en ce qu'il empêche la contestation de la paternité d'un mari introduite par un enfant âgé de plus de 22 ans et plus de 10 ans après la découverte du fait qu'il n'était pas son père. L'enfant avait certainement pu agir, après sa majorité, mais n'a pas agi, et il doit retrouver une chance d'agir.

La Cour estime que l'expiration de ce délai prive l'enfant de l'accès à un juge, chargé d'apprécier la contestation au regard des intérêts en présence, dans une hypothèse où les liens familiaux sont inexistant, où la réalité socio-affective fait défaut<sup>(152)</sup>. Ce dernier paramètre est-il décisif ? La Cour déciderait-elle autrement sur « vif mariage », si la famille légale était encore soudée ou animée par une réalité socio-affective ? Déciderait-elle autrement s'il y avait eu une possession d'état seulement lors de la naissance ou pendant l'enfance, mais que celle-ci n'était plus actuelle en raison d'une distension des liens dans la famille légale, autrement dit s'il y avait eu un jour une réalité socio-affective, mais plus lors de la demande de contestation ? Ces questions sont cruciales mais ouvertes, et leur réponse donnera une orientation décisive à la jurisprudence constitutionnelle. La Cour est saisie d'une question relative à une demande comparable, où une possession d'état a existé à l'égard du père légal mais n'existe plus au jour de la demande<sup>(153)</sup>.

La jurisprudence de fond a rapidement appliqué cet enseignement à des enfants parfois très âgés, les relevant de déchéance pour qu'ils puissent soumettre au juge leur contestation de filiation.<sup>(154)</sup>

En ce qui concerne *l'action des parents adultes*, au contraire, la Cour constitutionnelle demeure sévère à l'égard du *père légal*, de la *mère* et du

la reconnaissance). Pour une critique de ces constats d'inconstitutionnalité, au motif notamment que la cour aurait cru sur parole les demandeurs qui soutenaient n'avoir pas eu connaissance de la reconnaissance : J. SOSSON et N. MASSAGER, « Filiation et Cour constitutionnelle », in *La Cour constitutionnelle et le droit de la famille* (N. MASSAGER et J. SOSSON éd.), Limal, Anthemis, 2015, pp. 55 et s., n° 21.

(151) C. const. n° 96/2011, 31 mai 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 142, note N. MASSAGER, *Juristenkrant*, 2011, p. 4, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 693 (somm.), R.W., 2010-2011, p. 1791 (somm.), R.W., 2011-2012, p. 1113, note F. SWENNEN, *T. Fam.*, 2011, p. 214, note A. QUIRYNEN, *T.J.K.*, 2011 p. 254 et 302, note C. MELKEBEEK.

(152) Dans le cas soumis à la Cour, le père légal de l'enfant n'était pas son père biologique et la mère s'était séparée de lui peu de temps après la naissance de l'enfant.

(153) Bruxelles, 27 novembre 2014, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 265.

(154) Liège, 3 juin 2015, inédit, R.G. n° 2014/107 ; Mons, 14 mai 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 400, note V. MAKOW ; Civ. Brabant Wallon, 22 décembre 2015, inédit, R.G. n° 15/2542/A ; Civ. Brabant Wallon, 9 septembre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 90 ; Civ. Nivelles, 25 juin 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 306 ; *contra* : Civ. Bruxelles, 27 novembre 2014, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 265.

*père biologique* qui contestent tardivement une paternité légale. Dans ses arrêts n° 46/2013 du 28 mars 2013 (père légal)<sup>(155)</sup>, n° 139/2013 du 17 octobre 2013 (père biologique)<sup>(156)</sup> et n° 46/2014 du 20 mars 2014 (mère)<sup>(157)</sup>, la Cour justifie la *constitutionnalité* de l'article 318, § 2 du Code civil par le caractère non absolu des délais imposés au *père légal* et à la *mère*. Dans son arrêt n° 16/2014 du 29 janvier 2014<sup>(158)</sup>, sur demande du *père biologique*, elle ne motive même plus sa décision de constitutionnalité par le caractère absolu ou non de l'empêchement. Elle demeure néanmoins sensible à l'effectivité du droit d'agir en justice, et motive la constitutionnalité du délai tantôt par l'existence d'autres possibilités d'agir, à l'initiative d'autres titulaires<sup>(159)</sup>, tantôt par la possibilité qu'a le juge d'ordonner un test A.D.N. et fixer le point de départ du délai d'un an au résultat de cet examen.

L'arrêt n° 96/2011 du 31 mai 2011 et ceux qui le suivent permettent de conclure qu'à ce jour les enfants sont plus excusables que les adultes à agir hors délai. Qualité du demandeur, force socio-affective de la filiation légale, empêchement technique d'agir, tels sont les paramètres actuels de la jurisprudence constitutionnelle relative aux délais préfix. L'enfant, au contraire des adultes, a un intérêt prépondérant à établir sa filiation à sa demande, et il peut le demander à tout moment dès lors que ses liens socio-affectifs avec son père légal sont inexistantes quand il agit. L'enfant n'est donc pas admis à ce jour de faire valoir un simple

(155) C. const., 28 mars 2013, n° 46/2013, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 70, *J.L.M.B.*, 2014, p. 248, *R.A.B.G.*, 2013, p. 903, note B. LAMBERSY et C. VERGAUWEN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 535, note J. SOSSON, *R.W.*, 2012-2013, p. 1439 (somm.) et 2013-2014, p. 577 (somm.), note – et p. 983 (somm.), note J.T., *T. Fam.*, 2014, p. 34, note A. QUIRYNEN. Dans cet arrêt, la Cour considère l'empêchement non absolu en raison de la marge d'appréciation du juge de fond pour apprécier la notion de "fait" que le demandeur n'est pas le père de l'enfant, et déterminer ainsi le point de départ du délai. Elle ajoute comme argument dans le même sens, que l'action est encore ouverte au père biologique et à l'enfant ; voy. aussi C. const., 25 septembre 2014, n° 139/2014, *R.W.*, 2014-2015, p. 279 (somm.) (action en contestation de la reconnaissance paternelle par l'auteur de la reconnaissance - constitutionnalité).

(156) C. const., 17 octobre 2013, n° 139/2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 71, *J.L.M.B.*, 2014, p. 253, *R.A.B.G.*, 2014, p. 218, note B. LAMBERSY et C. VERGAUWEN, *Rev. not. belge*, 2014, p. 11, note X, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 1045 (somm.), note G. MATHIEU, *R.W.*, 2013-2014, p. 479 (somm.), *R.W.*, 2013-2014, p. 1026 (somm.), *T. Fam.*, 2014, p. 36, note A. (action en contestation d'une reconnaissance mensongère par le père biologique) ; C. const., 5 décembre 2013, n° 165/2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 62, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 386 (somm.), *R.W.*, 2013-2014, p. 799 (somm.), *T. Fam.*, 2014, p. 39, note A. QUIRYNEN (action en contestation d'une reconnaissance paternelle par le père biologique) ; C. const., 9 octobre 2014, n° 145/2014, *R.A.B.G.*, 2014, p. 235, note B. LAMBERSY et C. VERGAUWEN (action en contestation d'une reconnaissance paternelle par le père biologique).

(157) C. const., 20 mars 2014, n° 46/2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 388, *R.W.*, 2013-2014, p. 1320 (somm.). Dans cet arrêt, la Cour souligne que l'action est également ouverte à l'enfant, au père légal et au père biologique. Également saisie d'une question préjudicielle sur ce point, la Cour n'a pas estimé discriminatoire la différence de traitement entre ladite mère, le mari et le père biologique en ce qu'ils sont soumis à une prise de cours de délai différente.

(158) C. const., 29 janvier 2014, n° 16/2014, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 59, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 387 (somm.), *R.W.*, 2013-2014, p. 1040 (somm.), *R.W.*, 2014-2015, p. 497 (somm.), note.

(159) Pour une critique du risque d'instrumentalisation de l'enfant par des adultes forclos : J. SOSSON et N. MASSAGER, « Filiation et Cour constitutionnelle », *o.c.*, p. 62, n° 28.

« souhait » de « quitter » sa famille légale où la filiation est vécue et où ses parents n'ont pas « démerité ». Quant aux adultes, il y a ceux qui tardent et ceux qui sont empêchés d'agir ; seuls les premiers ne trouvent pas grâce devant la Cour.

Certains critiquent le principe-même de la souplesse de la Cour envers les enfants tardifs<sup>(160)</sup>. D'autres doutent de la cohérence ainsi justifiée par la Cour, réelle selon nous, et fondée, d'une part, sur la prévalence de l'intérêt de l'enfant, et, d'autre part, sur le droit à la connaissance des origines<sup>(161)</sup>, prépondérant quel que soit l'âge de l'enfant, selon la Cour européenne des droits de l'homme<sup>(162)</sup>. On ajoute que les adultes tardifs qui ont eu une possibilité d'agir sont « mus par des mobiles qui ne sont pas toujours désintéressés et qui sont parfois inavouables »<sup>(163)</sup>. Nous ne croyons donc pas que la différence faite par la Cour entre le retard de l'enfant et le retard de l'adulte soit facteur d'incertitude ni annonciateur d'un revirement. La Cour n'a pas (encore) précisé clairement si elle pardonne à l'enfant son retard parce que son intérêt est supérieur à celui des autres (art. 22bis Const.), ou si elle amorce une plus grande sévérité à l'égard de tous.

La jurisprudence constitutionnelle n'enlève pas leur pertinence aux délais<sup>(164)</sup>, et ne les anéantit pas autant que la possession d'état, car l'existence-même d'un délai permet d'agir tant qu'il n'est pas expiré, au contraire de la possession d'état qui prive d'action même si elle est révoquée, et n'offre aucune prise au premier intéressé, l'enfant, dès lors qu'elle n'est pas assortie d'une condition d'actualité (*infra*, n° 620). On ne niera pas que les délais servent la sécurité juridique et la paix des familles, des intérêts généraux non critiquables en soi. L'apport de la jurisprudence constitutionnelle est d'imposer la mise en balance d'un plus grand nombre d'intérêts que ces intérêt généraux, et surtout de permettre que des intérêts individuels priment l'intérêt général.

**619-1. Repenser de lege lata les pouvoirs du juge du fond.** Comment, au fond, pratiquer la pondération d'intérêts requise par la Cour, à législation censurée mais constante ? Les dispositions relatives aux actions en contestation de filiation ne contiennent aucune prescription en ce sens.

(160) G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « Les fins de non-recevoir en matière de filiation : entre verrous absolus et verrous relatifs. Étude des trois derniers arrêts de la Cour constitutionnelle – n° 46/2013, n° 96/2013 et n° 105/2013 », *J.T.*, 2013, p. 673.

(161) Voy. G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « Les fins de non recevoir en matière de filiation : entre verrous absolus et verrous relatifs. Étude des trois derniers arrêts de la Cour constitutionnelle – n° 46/2013, n° 96/2013 et n° 105/2013 », *o.c.*, pp. 673 et s.

(162) C.E.D.H., arrêt *Pascaud c. France*, du 16 juin 2011, § 65.

(163) P. MARTENS, « La Filiation : contrepoint », *o.c.*, p. 100.

(164) La Cour rappelle la nécessité des délais en droit de la filiation dans l'arrêt n° 96/2011 du 31 mai 2011(B.12).

Au contraire elles lient la compétence du juge à la vérité biologique et l'obligent à rompre le lien en l'absence de preuve de la vérité biologique.

Pour permettre au juge d'apprécier tous les intérêts en présence, la Cour le dispense de rejeter la demande au *seul* motif de la prescription (ou de la possession d'état : *infra*, n° 621).

Est encore incertain, en raison de l'inaction du législateur, si le juge pourrait déclarer *recevable* une contestation tardive, mais *non fondée* alors que le lien biologique n'est pas prouvé, parce qu'il aurait constaté une convergence d'intérêts vers la famille légale, par exemple la stabilisation d'une famille jadis perturbée par un adultère. *De lege lata*, il semble que ce soit impossible et que le juge doive déclarer l'action fondée en cas d'absence de vérité biologique (art. 318, § 3, al. 1<sup>er</sup> et 325-3, § 3 ; *infra*, n° 628).

La seule échappatoire serait, à notre avis, de rendre sa force à l'expiration du délai, en conclusion d'une analyse des intérêts en présence, autrement dit de déclarer prescrite une demande tardive pour le double motif du dépassement de délai et de l'inopportunité de relever le demandeur de la déchéance de son action, même si c'est un enfant. De même, face à une possession d'état, combinée ou non à la tardiveté de l'action, le juge pourrait encore déclarer la demande irrecevable en raison de la possession d'état parce que celle-ci prouve que les intérêts de la famille légale priment ceux du demandeur et de la famille biologique (voir ci-après)<sup>(165)</sup>. Ces propositions sont des pis-aller techniques, que seule une initiative du législateur remplacera par des instruments de pondération d'intérêts. Un futur droit législatif de la filiation ne pourra, à notre avis, qu'entériner cette casuistique nouvelle.

La jurisprudence constitutionnelle sur les délais s'inscrit dans la lutte contre les « empêchements absolus » à l'établissement de la filiation. Cette attitude percolera vraisemblablement dans d'autres domaines du droit de la filiation<sup>(166)</sup>, certainement *de lege ferenda*, et *de lege lata* moyennant de nouvelles questions préjudicielles<sup>(167)</sup>.

(165) Permettant par exemple d'éviter de disserter sur la légitimité d'une décision d'irrecevabilité lorsqu'elle est fondée sur une appréciation au fond des intérêts en présence.

(166) On pense au consentement requis du majeur ou du mineur émancipé pour qu'une demande de reconnaissance soit déclarée recevable (art. 329bis, § 1<sup>er</sup>, *infra*, n° 637), à la possession d'état en matière de contestation de la filiation maternelle et de la reconnaissance maternelle (art. 312, § 2 et 330, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, *infra*, n° 625), à l'impossibilité pour le mari qui a consenti à une insémination artificielle de contester la présomption de paternité (art. 318, § 4 ; *infra*, n° 622), à l'impossibilité pour les donneurs et receveurs d'embryons ou de gamètes d'introduire toute action relative à la filiation ou à ses effets patrimoniaux (art. 27 et 56 de la loi du 6 juillet 2007, *infra*, nos 660, 672) ; à l'impossibilité pour le père reconnu coupable d'un viol sur la mère de reconnaître l'enfant (art. 329bis, § 2, al. 4 ; *infra*, n° 640), et à l'inceste (art. 313, § 2, 314 al. 2 et 321, *infra*, n° 639, 670).

(167) Pour plus de précisions, voy. V. MAKOW, « Détricotage constitutionnel du droit de la filiation stimulé par une juridiction de fond », note sous Mons, 14 mai 2012, *J.L.M.B.*, 2013, pp. 405-415.

#### 4. Fins de non-recevoir

**620. Possession d'état. Fonction légale. Fonction future. Notion actuelle.** Sous réserve de la jurisprudence constitutionnelle, toute action en contestation de la paternité légale du mari ou de la coparente est irrecevable si l'enfant a la possession d'état à l'égard du mari (art. 318, § 1<sup>er</sup> ; art. 325-3, § 1<sup>er</sup> ; sur la contestation de reconnaissance : *infra*, n° 647). La possession d'état confirmative consolide un état de fait.

L'extension de cette cause d'irrecevabilité à toute action en contestation de paternité témoigne d'une volonté du législateur de 2006 – fermement critiquée par le juge constitutionnel – d'élargir l'option politique fort ancienne de tempérer par les « liens du cœur » les quêtes de vérité biologique qui ne serviraient pas la stabilité de l'enfant, l'ordre social et/ou la paix des familles<sup>(168)</sup>. Soucieux de grands équilibres plutôt que des souhaits individuels, le législateur de 2006 trouvait cohérentes, d'une part, l'extension de cette fin de non recevoir à toute contestation de filiation et, d'autre part, la systématisation des délais brefs de contestation avec leurs points de départs différenciés. La cohérence entre les deux institutions résidait dans l'hypothèse que si l'action est intentée immédiatement après la naissance, ce qui sera le cas si les circonstances de la conception éclatent rapidement au grand jour, une possession d'état n'aura peut-être pas eu le temps de se constituer<sup>(169)</sup>.

Un problème demeurerait néanmoins. La notion de possession d'état ne fut pas révisée en 2006, et celle-ci et ne devait toujours pas être actuelle ou ininterrompue pour stabiliser toute filiation légale mensongère<sup>(170)</sup>. Une contestation pouvait être bloquée par une possession d'état éteinte depuis longtemps, qui ne révélait plus l'existence d'une famille vécue et digne de protection. C'est en ce sens que la possession d'état pouvait protéger uniquement un idéal abstrait, celui du dosage entre le biologique et l'affectif, et dans certains cas ne pas servir la paix des familles, l'intérêt de l'enfant ni le souhait des parties. Le législateur de 2014 poursuivit encore cette chimère, alors qu'il était bien instruit des critiques constitutionnelles : la filiation comaternelle légale est stabilisée par une possession d'état concordante qui ne doit pas être actuelle (art. 325-3, § 1<sup>er</sup>).

La notion traditionnelle de la possession d'état nous paraît devoir être revue depuis le développement de la jurisprudence constitutionnelle, pour suivre la méthodologie nouvelle préconisée par la Cour. Elle devrait être la manifestation d'une réalité socio-affective, toujours vive lorsque le

(168) N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 195, n° 174.

(169) Comp. : Liège, 7 février 1995, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 655, *J.L.M.B.*, 1995, p. 522. Plus critique : J. SOSSON, « Le droit de la filiation nouveau est arrivé ! », *o.c.*, p. 392, n° 23.

(170) Civ. Bruxelles, 27 novembre 2014, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 265, note.

juge est questionné sur le poids à lui donner dans la balance de tous les intérêts en présence. La possession d'état serait « une filiation vécue (...) manifestation du rapport de filiation dans le quotidien du rapport entre l'enfant et son auteur, relation qui se prolonge et se vit aussi dans la famille et dans la société, qui sont tout à la fois les acteurs et les témoins d'un ensemble de comportements révélateurs d'une parenté »<sup>(171)</sup>.

Pour l'heure, la loi retient une acception beaucoup plus formelle : la possession d'état est le fait, pour un individu, de se comporter comme ayant un état et d'être considéré comme l'ayant, même si, en droit, il ne l'a pas<sup>(172)</sup>. Elle résulte d'un ensemble de circonstances dont la pertinence et la convergence<sup>(173)</sup> sont appréciées par le juge<sup>(174)</sup>. Celles énumérées dans l'article 331*nonies*, le triptyque *nomen*, *tractatus*, *fama* (nom, traitement, réputation) ne sont que des exemples<sup>(175)</sup> :

1. Le *nomen* est le fait pour un individu de porter le nom de celui dont on le dit issu (art. 331*nonies*, al. 4)<sup>(176)</sup>. Les nouvelles libertés en matière de choix du nom de famille ne renforcent pas sa pertinence<sup>(177)</sup>

(171) N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, o.c., p. 79, n° 63.

(172) G. CORNU (éd.), *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., p. 198. Sur l'ensemble de la question : N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, o.c. Adde : J. VIDAL, « Observations sur le rôle et la notion de possession d'état dans le droit de la filiation », in *Mélanges Pierre Hébraud*, Toulouse, 1981, p. 887 ; J. GROSLIÈRE, « La possession d'état pivot du droit de la filiation ou le danger d'une vérité sociologique », *D.*, 1991, p. 149 ; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Réflexions sur les destinées de la possession d'état d'enfant o.c. », p. 319 ; M. RÉMOND-GUILLOUD, « La possession d'état d'enfant », *Rev. trim. dr. civ.*, 1975, p. 459.

(173) Quelques éléments constitutifs, voire un seul s'il est corroboré par d'autres indices de filiation, peuvent suffire : Mons, 1<sup>er</sup> mars 1990, *Pas.*, 1990, II, p. 178 ; Civ. Gand, 18 décembre 1997, *R.G.D.C.*, 1999, p. 508, note C. COUQUELET ; Civ. Bruxelles, 12 janvier 1993, *Rev. not. belge*, 1994, p. 55, note N. MASSAGÉ, *J.T.*, 1993, p. 842, obs. Y.-H. LELEU.

(174) Bruxelles, 15 septembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 153 ; Bruxelles, 15 septembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 165 ; Anvers, 2 janvier 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 431 ; Civ. Gand, 18 décembre 1997, précité ; Civ. Bruxelles, 12 janvier 1993, précité ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., pp. 89-92, n<sup>os</sup> 78-79.

(175) Bruxelles, 19 juin 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 459 ; Bruxelles, 15 septembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 153 ; Liège, 28 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 500 ; Civ. Namur, 26 mai 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 1136 ; Y.-H. LELEU, « Le droit transitoire de la prescription des actions relatives à la recherche de filiation adultérine », obs. sous Civ. Bruxelles (12<sup>e</sup> ch.), 12 janvier 1993, *J.T.*, 1993, p. 845 ; K. JACOBS, « De betwisting van de erkenning », note sous Anvers (3<sup>e</sup> ch.), 5 mai 1999, *A.J.T.*, 1999, p. 839.

(176) Dans le domaine de la recherche de filiation (fonction probatoire de la possession d'état), le *nomen* tend à devenir le volet mineur du triptyque (N. GALLUS, *Droit de la filiation*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 89, n° 72 ; A. QUIRYNEN, « Een andere (grondwetsconforme ?) kijk op bezit van staat », *T. Fam.*, 2011, p. 157 ; A.-Ch. VAN GYSEL, *Précis de droit des personnes et de la famille*, Limal, Anthemis, 2014, p. 399).

(177) Pourrait ainsi être avancé comme indice contraire à la possession d'état le fait que le nom de la mère seule fut choisi, joint bien entendu à d'autres circonstances contraires à la paternité du mari.

2. Le *tractatus* – élément principal de la possession d'état<sup>(178)</sup> – est le fait pour un parent de traiter une personne comme son enfant et réciproquement (art. 331*nonies*, al. 5-7). Il faut un engagement parental de l'adulte et une reconnaissance affective de l'enfant<sup>(179)</sup>.
3. La *fama* est le fait d'être considéré dans la société comme le (seul) parent d'une personne déterminée (art. 331*nonies*, al. 8 et 9)<sup>(180)</sup>.

La possession d'état doit revêtir certaines *qualités* pour produire ses effets. Non sans analogie (critiquable) avec son homologue du droit des biens, elle doit être paisible, non équivoque<sup>(181)</sup> et continue<sup>(182)</sup>. L'équivoque n'est pas le doute du père légal ou d'autres titulaires quant à la paternité, mais la polyvalence de la possession d'état<sup>(183)</sup>. Si une pluralité d'interprétations d'une possession d'état est possible, encore faut-il établir l'équivoque *in concreto*, selon la Cour de cassation<sup>(184)</sup>. La conti-

(178) Liège, 31 mars 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1531 ; A.-Ch. VAN GYSEL, *Précis de droit des personnes et de la famille*, o.c., p. 399.

(179) Bruxelles, 16 avril 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 229 ; Gand, 8 novembre 2001, *T.G.R.*, 2002, p. 143, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 648 (somm.) ; Anvers, 2 janvier 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 431, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 236 (somm.) ; Civ. Hasselt, 21 mai 2002, *L.R.L.*, 2003, p. 192 ; Civ. Arlon, 19 avril 1991, *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 388.

(180) Gand (1<sup>ère</sup> ch.), 8 novembre 2001, *T.G.R.*, 2002, p. 143 ; Civ. Eupen, 14 juin 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1327 (somm.) ; Civ. Eupen, 21 octobre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1650 (somm.) ; Civ. Hasselt, 21 mai 2002, précité ; Y.-H. LELEU, o.c., p. 845. On évoque une « reconnaissance par les cercles concentriques de la famille, de la Société, et de l'état, du lien qui est induit par le comportement des auteurs directs » (A.-Ch. VAN GYSEL, *Précis de droit des personnes et de la famille*, o.c., p. 399).

(181) Mons, 14 mai 2012, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 140, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 796, note G. MATHIEU, Liège, 9 mai 2012, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 84, note G. MATHIEU ; Bruxelles, 24 novembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 767 ; Liège, 19 octobre 2010, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 81, note G. MATHIEU ; Bruxelles, 19 juin 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 459 ; Bruxelles, 15 septembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 153 ; Liège, 25 mai 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 223 (somm.) ; Liège, 11 février 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1030, *J.T.*, 1997, p. 521 ; Liège, 28 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 500 ; Civ. Namur, 26 mai 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 1136 ; Civ. Nivelles, 25 novembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 837 ; Civ. Neufchâteau, 2 juin 1999, *R.R.D.*, 2000, p. 66, note N. DENIES ; Civ. Bruxelles, 10 février 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 654 ; N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, o.c., p. 148, n<sup>os</sup> 127 et s.

(182) Anvers, 5 mai 1999, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 836, note K. JACOBS ; Liège, 7 février 1995, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 655 ; Civ. Liège, 11 janvier 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 204 ; Civ. Nivelles, 25 novembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 837 ; Civ. Mons, 4 février 1992, *J.T.*, 1992, p. 313 ; Civ. Nivelles, 14 décembre 1990, *J.T.*, 1991, p. 525 ; Civ. Liège, 23 février 1990, *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 187 ; Civ. Arlon, 14 octobre 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 130 ; Civ. Bruxelles, 23 juin 1981, *J.T.*, 1981, p. 658. Le retard de la procédure en matière de filiation ne fait pas en soi acquérir la possession d'état : Gand, 8 novembre 2001, *T.G.R.*, 2002, p. 143, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 648 (somm.) ; N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, o.c., p. 105, n<sup>os</sup> 88 et s.

(183) « l'absence d'équivocité signifie (...) que ceux qui « traitent l'enfant comme le leur » doivent le faire en tant que parent – et pas pour d'autres motifs tels que l'affection, le sens du devoir, ou la dette morale envers les père et mère –, c'est-à-dire sans que l'apparence créée ne puisse recevoir des interprétations différentes. Il faut donc que les tiers ne puissent avoir aucun doute, aucune suspicion sur la qualité en laquelle l'auteur présumé agit » (N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 149).

(184) Cass., 2 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 712, note J. SOSSON : l'équivoque ne résulte pas du fait que l'enfant de l'épouse a été accueilli par le mari dans la perspective de sauver son mariage, donc pour d'autres raisons que le traiter comme son enfant, mais elle *peut* être déduite de telles circonstances.

nuité n'est pas synonyme d'actualité : une possession d'état ne requiert pas la communauté de vie, une possession d'état brève ou éteinte peut jouer son rôle confirmatif<sup>(185)</sup>.

Notons que, bien avant l'émergence de la jurisprudence constitutionnelle, les juges du fond utilisaient la possession d'état comme seul moyen de parvenir à une décision équitable en présence d'intérêts très contrastés. La possession d'état reconnue ou contestée avec plus ou moins de bienveillance, permettait de parer l'application mécanique de règles et concepts, quitte à réduire la prévisibilité des décisions en matière de filiation<sup>(186)</sup>.

À présent, les juges *doivent* utiliser la possession d'état comme « marqueur » d'une convergence d'intérêts vers la famille légale. Elle ne remplit légitimement son rôle de fin de non recevoir qu'à la condition de révéler une réalité socio-affective actuelle et digne de prévaloir sur le droit de l'enfant ou le droit des adultes à l'établissement de la filiation biologique<sup>(187)</sup>. Nous développerons cette proposition ci-dessous, lors de la description de l'office actuel du juge du fond.

**621. (suite) Constitutionnalité de la possession d'état comme fin de non-recevoir : empêchements absolus vs. intérêts en présence.** L'option du législateur de 2006 en faveur d'une possession d'état généralisée comme fin de non-recevoir est rejetée sans concessions par la Cour constitutionnelle, plus franchement qu'en matière de prescription.

Dans un arrêt n° 20/2011 du 3 février 2011<sup>(188)</sup>, la Cour constitutionnelle a remis en cause la possession d'état érigée en fin de non-recevoir

(185) Civ. Liège, 11 janvier 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 204 ; Civ. Eupen, 14 juin 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 536 ; Civ. Arlon, 21 mars 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 536 ; N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 111 et 120. Dans le même sens, notamment : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 875 ; J. SOSSON, « Quelques problèmes judiciaires d'application de la loi du 31 mars 1987 réformant le droit de la filiation », o.c., p. 304 ; N. MASSAGER, « La prescription des actions en recherche de paternité », note sous Civ. Bruxelles, 2 janvier 1993, *Rev. not. belge*, 1994, p. 87 ; A. QUIRYNEN, note sous C. const., n° 122/2011 du 7 juillet 2011, *T. Fam.*, 2011, p. 160, n° 21 ; T. WUYTS, note sous C. const., n° 20/2011 du 3 février 2011, *T. Fam.*, 2011, p. 64, n° 10.

(186) Mons, 21 mai 2012, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 137 et 2014, p. 219, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 808 ; Mons, 14 mai 2012, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 140, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 796, note G. MATHIEU ; Anvers, 3 mars 2004, *NjW*, 2004, p. 1350, note G.V. Plus critique : N. MASSAGER, « Droit de la filiation. Chronique de jurisprudence (1999-2001) », *Rev. dr. U.L.B.*, 2003, pp. 235-236, n° 28 et pp. 249-250, n° 37 ; N. MASSAGER, « Droit de la filiation. Chronique de jurisprudence (1999-2001) », o.c., p. 387, n° 368.

(187) Liège, 3 juin 2015, inédit, R.G., n° 2014/1075 (rejet de la contestation en raison de la possession d'état dans la famille légale).

(188) C. const. n° 20/2011, 3 février 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 75, note N. GALLUS, *Juristenkrant*, 2011, p. 1, *Juristenkrant*, 2012, p. 2, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 344, R. W., 2011-2012, p. 1111, note F. SWENNEN, *T. Fam.*, 2011, p. 61, note T. WUYTS. Dans le cas soumis à la Cour, le père légal souhaite contester sa paternité (art. 318, § 1<sup>er</sup>), après avoir découvert ne pas être le père biologique de sa fille

à toute action en contestation de paternité (art. 318, § 1<sup>er</sup>), au nom de la même ligne directrice que celle de sa critique des délais de prescription (*supra*, n° 619) : un empêchement aussi absolu enlève tout droit d'accès à un juge chargé d'apprécier les intérêts en présence. Le message est plus radical qu'à propos de la prescription, car une suite d'arrêts ininterrompue à ce jour installe cette méthodologie nouvelle de pondération d'intérêts.

La Cour confirme cette décision dans son arrêt n° 122/2011 du 7 juillet 2011, à propos d'une *contestation/recherche de paternité* par une enfant majeure (art. 323 anc. C. civ.)<sup>(189)</sup>, et dans deux arrêts respectivement n° 105/2013 du 9 juillet 2013<sup>(190)</sup> (père biologique) et n° 147/2013 du 7 novembre 2013 (enfant majeur)<sup>(191)</sup>. La *contestation d'une reconnaissance* provoque un flot d'arrêts dans le même sens, à dater du n° 29/2013 du 7 mars 2013<sup>(192)</sup>.

Dorénavant, le juge saisi d'une action en contestation de paternité n'est plus tenu de s'arrêter à l'examen de la recevabilité s'il constate une possession d'état, et peut apprécier *in concreto* l'opportunité de faire primer la réalité socio-affective sur la vérité biologique<sup>(193)</sup>.

âgée de 10 ans. Le tribunal constate que l'enfant a la possession d'état continue et non équivoque à l'égard du demandeur bien que celui se soit désintéressé de sa fille depuis sa séparation avec la mère. (189) C. const., 7 juillet 2011, n° 122/2011, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 140, note N. MASSAGER, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 694 (somm.), R.W., 2011-2012, p. 201 (somm.), R.W., 2011-2012, p. 1118, note F. SWENNEN, *T. Fam.*, 2011, p. 152, note A. QUIRYNEN, *T.J.K.*, 2011, p. 320 (somm.). Dans le cas soumis à la Cour, le demandeur entend faire établir la paternité de son père biologique (art. 323 ancien) contre l'unique héritière de celui-ci, décédé quelque mois auparavant. La cour d'appel lui oppose une possession d'état (non actuelle) à l'égard de son père légal, décédé lui aussi. Voy. l'arrêt au fond sur renvoi : Cass., 3 février 2012, *Pas.*, 2012, p. 253, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 711.

(190) C. const., 9 juillet 2013, n° 105/2013, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 143, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1349, note N. GALLUS, *R.A.B.G.*, 2014, p. 213, note B. LAMBERSY et C. VERGAUWEN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 1044 (somm.), note G. MATHIEU, *R.W.*, 2013-2014, p. 160 (somm.), *T. Fam.*, 2013, p. 220, note T. WUYTS (action en contestation de la présomption de paternité introduite par le père biologique)

(191) C. const., 7 novembre 2013, n° 147/2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 66, *Not. fisc. M.*, 2015, p. 196, note S. RAES, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 385 (somm.), *R.W.*, 2013-2014, p. 679 (somm.) (action en contestation de la présomption paternité introduite par l'enfant).

(192) C. const., 7 mars 2013, n° 29/2013, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 73, note N. GALLUS, *Juristenkrant*, 2013, p. 266, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 557, note J. SOSSON, *R.W.*, 2012-2013, p. 1359 (somm.), *R.W.*, 2013-2014, p. 170 (somm.), *T. Fam.*, 2013, p. 216, note T. WUYTS (action du père biologique, enfant mineur). Dans le même sens : C. const., 9 juillet 2013, n° 96/2013, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 140, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1344, note N. GALLUS, *R.A.B.G.*, 2014, p. 207, note B. LAMBERSY et C. VERGAUWEN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 1043 (somm.), note G. MATHIEU, *R.W.*, 2013-2014, p. 160 (somm.), *T. Fam.*, 2013, p. 218, note T. WUYTS (action du père biologique, enfant mineur); C. const., 19 septembre 2014, n° 127/2014, *R.W.*, 2014-2015, p. 279 (somm.), *R.W.*, 2014-2015, p. 738 (somm.), note J.T. (action de l'auteur de la reconnaissance, enfant mineur); C. const., 25 septembre 2014, n° 139/2014, *R.W.*, 2014-2015, p. 279 (somm.) (auteur de la reconnaissance, enfant mineur); C. const., 12 mars 2015, n° 35/2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 303 (somm.) (action de l'auteur de la reconnaissance, enfant mineur); C. const., 19 mars 2015, n° 38/2015, *Juristenkrant*, 2015, p. 16, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 304 (somm.) (action de l'auteur de la reconnaissance, enfant mineur, nécessité de vice de consentement); C. const., 26 novembre 2015, n° 168/2015, inédit (action du tuteur *ad hoc* de l'enfant mineur).

(193) En ce sens également, N. MASSAGER, « La prophétie de Gerlo », *o.c.*, p. 131 et pp. 134-135; T. WUYTS, « Ouderlijk gezag moet op maat van het gezin georganiseerd worden », *Juristenkrant*, 2012, p. 14; F. SWENNEN, « Afstamming en grondwettelijk Hof », *R.W.*, 2011-2012, pp. 1106 et 1107, n° 10.

À mesure que les arrêts sont rendus, l'espace pour poser de nouvelles questions préjudicielles se réduit et la casuistique s'affine et se renforce, pour plus de prévisibilité et d'effectivité. Le juge du fond exerce également son pouvoir d'appréciation des intérêts en présence en décidant ou refusant de poser une nouvelle question préjudicielle, selon son appréciation de l'identité de la cause avec celle d'un arrêt existant.

Les critiques doctrinales furent rapides mais non décisives à notre avis. Des auteurs remettent en cause le principe même de l'appréciation de *tous* les intérêts en présence préconisée par la Cour, car il serait en porte-à-faux avec la primauté de l'intérêt de l'enfant proclamée par la Constitution et la législation supranationale<sup>(194)</sup>.

Nous pensons, au contraire, que la Cour a raison de condamner le principe des balances d'intérêts *in abstracto* (par le législateur ou par le juge) dans une matière où les situations personnelles et familiales sont plurielles. Elle condamne surtout le dosage abstrait d'intérêts maintenu par le législateur de 2006 qui généralisa la possession d'état comme fin de non-recevoir absolue, sans modifier la notion pour la rendre plus apte à indiquer au juge si, *in casu*, la réalité socio-affective doit être préservée. Comme suggéré plus haut (*supra*, n° 620), c'est surtout l'absence de condition d'actualité de la possession d'état qui pose problème. Ce qui rend absolu l'empêchement critiqué par la Cour, est l'incapacité de la possession d'état traditionnelle, qui ne doit pas être actuelle, à révéler des réalités socio-affectives qui servent, ou non, les intérêts de l'enfant et des autres parties au jour de la demande. Il est donc douteux que la possession d'état, dans son acception traditionnelle, soit le moyen adéquat d'apprécier l'intérêt de l'enfant. Elle peut desservir l'enfant lorsque le juge est empêché de se saisir d'une contestation parce que la possession d'état a existé un jour mais pas toujours ou plus maintenant<sup>(195)</sup>. Alors qu'elle fut initialement conçue pour protéger l'enfant, la possession d'état contrarie parfois la volonté de *tous* les protagonistes des *deux* filiations en concours.

**621-1. Repenser de lege lata les pouvoirs du juge du fond.** La question technique en suspens en raison de l'inertie du législateur est la même qu'en matière de délais : le juge peut-il rejeter une contestation pour des

(194) P. SENAËVE, « Rechterlijke censurering van wetgeving op het vlak van het familierecht op grond van de bescherming van de mensenrechten- twintig jaar later », *o.c.*, p. 1316 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « Examen de jurisprudence. Les personnes (2003-2011). La filiation », *o.c.*, p. 451, n° 13 ; N. GALLUS, « Filiation paternelle dans le mariage : le droit de contestation du mari et l'intérêt de l'enfant selon la Cour constitutionnelle », note sous C. const., n° 20/2011, arrêt du 3 février 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, pp. 77-78 ; C.E.D.H., *Nylund c./Finlande*, arrêt du 19 octobre 1999 ; C.E.D.H., *Anayo c./Allemagne*, arrêt du 21 décembre 2010, n° 22920/93.

(195) C. const., 3 février 2011, n° 20/2011, précité, B.8. et B.3.1.

raisons d'opportunité, s'il se saisit du litige après avoir écarté la possession d'état comme cause d'irrecevabilité ?

La jurisprudence constitutionnelle n'exclut pas que le juge hiérarchise les intérêts en présence et fasse primer celui de l'enfant<sup>(196)</sup>. Mais *de lege lata*, il n'a pas le pouvoir de déclarer *non fondée* une contestation de filiation dont il se saisirait en la déclarant recevable malgré la possession d'état. En principe, il *doit* faire droit à la contestation s'il est prouvé que le parent légal n'est pas le parent biologique.

La jurisprudence qui aborde explicitement cette question est rare et divisée<sup>(197)</sup>.

- Certains juges estiment que la loi ne leur donne aucun moyen d'apprécier les intérêts en présence, et qu'une fois l'obstacle d'irrecevabilité écarté, comme le préconise la Cour, le juge est lié par le critère biologique, contraint de déclarer l'action *fondée* même si la possession d'état révèle une réalité socio-affective actuelle dans la famille légale<sup>(198)</sup>. Cette attitude nous paraît trop legaliste et non conforme à l'esprit de la jurisprudence constitutionnelle.
- D'autres juges apprécient les intérêts en présence *via la possession d'état* en élargissant la finalité ou le contenu de l'institution pour en faire un critère de mesure de ces intérêts, voire le critère judiciaire d'une filiation « opportune »<sup>(199)</sup>. Ils décident, le cas échéant, que l'action est *irrecevable* si la possession d'état justifie, avec d'autres éléments, le maintien du lien légal<sup>(200)</sup>. Cette démarche mérite l'approbation : la détection d'une possession d'état, institution *a priori* dirigée vers l'intérêt de l'enfant, peut être le creuset de la pondération des intérêts en présence, et l'irrecevabilité fait office de rejet au fond.

**622. Consentement à une procréation médicalement assistée : fin de non recevoir (absolue ?).** Quel que soit l'état du couple marié à l'époque de la conception, l'action en contestation de la *paternité du mari* est irrecevable si celui-ci a consenti à l'insémination artificielle de son épouse ou

(196) Pour plus de précisions, voy. V. MAKOW, « Détricotage constitutionnel du droit de la filiation stimulé par une juridiction de fond », note sous Mons, 14 mai 2012, *J.L.M.B.*, 2013, pp. 405-415.

(197) Pour une analyse récente : J. SOSSON et N. MASSAGER, « Filiation et Cour constitutionnelle », *o.c.*, pp. 45-46, n° 12 ; G. VERSCHULDEN, « De hervorming van het afstammingsrecht door het Grondwettelijk hof », in *Ouders en Kinderen* (P. SENAËVE, G. VERSCHULDEN et F. SWENNEN éd.), Anvers, Intersentia, 2013, pp. 37 et s.

(198) Bruxelles, 12 mai 2015, inédit, R.G. n° 2015/4071 (accueil de la contestation malgré une possession d'état dans la famille légale).

(199) J. SOSSON, « Actions en contestation de paternité : la Cour constitutionnelle ne souffle-t-elle pas le chaud et le froid ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 556.

(200) Liège, 3 juin 2015, inédit, R.G., n° 2014/1075 (rejet de la contestation en raison de la possession d'état dans la famille légale).

à tout autre acte ayant la procréation pour objet, sauf si la conception de l'enfant ne peut pas en être la conséquence<sup>(201)</sup> (art. 318, § 4)<sup>(202)</sup>. La fin de non-recevoir est opposable à tous les titulaires de l'action<sup>(203)</sup>, même si le consentement a été donné avant le mariage<sup>(204)</sup>. Elle suppose que l'enfant a été conçu dans le cadre du projet parental auquel le père a consenti, la charge de prouver le contraire incombant à celui-ci<sup>(205)</sup>.

Cette disposition se singularise par un effet confirmatif de la volonté dans une matière indisponible<sup>(206)</sup>. Elle n'est pas transposable à la contestation d'une *reconnaissance* opérée dans un même contexte (*infra*, n° 660). Elle n'a pas non plus de sens pour la *comaternité*, où le consentement de la coparente au projet parental de P.M.A. fonde sa filiation, et où l'absence de consentement à ce projet parental fonde la contestation (*infra*, n° 630).

Si une *mère de substitution* est mariée, et que son mari a consenti à son projet de porter l'enfant pour des parents d'accueil, il est le père légal, et la règle de l'article 318, § 4, pourrait bloquer l'établissement de la filiation du père d'accueil. À bon droit, la jurisprudence écarte cet obstacle, au motif que le mari dans le « couple porteur » n'a jamais eu l'intention d'être père légal de l'enfant<sup>(207)</sup>.

Cette fin de non recevoir pêche assurément par excès (nature absolue) et discrimination fondée sur le mariage. La Cour constitutionnelle devrait y étendre sa jurisprudence, si elle est saisie d'une question préjudicielle.

(201) Le consentement du mari à des relations sexuelles avec un tiers doit porter sur la finalité procréative de ces relations.

(202) Les termes « insémination artificielle » doivent être interprétés largement. Comp. : Civ. Gand, 31 mai 2001, *R.G.D.C.*, 2002, p. 27, note G. VERSCHULDEN, *T.G.R.*, 2002, p. 89 (refus d'application de cette disposition au cas du consentement donné par le mari à ce que son épouse soit mère de substitution) ; Civ. Dinant, 6 février 2014, *Rev. dr. étr.*, 2014, p. 479 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 626, note J. SOSSON (refus d'application de cette disposition au cas du consentement donné par le mari à ce que son épouse soit mère de substitution). En France : T.G.I. Bobigny, 18 janvier 1990, *D.*, 1990, p. 332, note C. SAUJOT, *J.C.P.*, 1990, 21592, note P. GUIHO ; voy. : art. 311-20. Pour une analyse : G. VERSCHULDEN, « Afstamming », *o.c.*, pp. 669 et s., n°s 1224 et s.

(203) Pour une critique de l'exclusion de l'enfant : G. VERSCHULDEN, « Afstamming », *o.c.*, p. 677, n° 1238.

(204) G. MAHIEU et D. PIRE, « La filiation », *o.c.*, n° 58.

(205) N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, *o.c.*, p. 83

(206) En ce sens : N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, *o.c.*, p. 594, n° 278. Sur la conformité de cette institution aux art. 8 et 14 C.E.D.H. : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, *o.c.*, pp. 477-479, n° 657.

(207) Civ. Dinant, 6 février 2014, *Rev. dr. étr.*, 2014, p. 479 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 626, note J. SOSSON ; dans le même sens : Civ. Gand, 31 mai 2001, *R.G.D.C.*, 2002, p. 27, note G. VERSCHULDEN, *T.G.R.*, 2002, p. 89. La position, argumentée, de J. Sosson est compréhensible en droit, voulant assurer le respect d'une fin de non-recevoir posée par la loi, mais pour quelle finalité de fait, dès lors que l'auteur reconnaît que la règle est inadaptée à la gestation pour autrui ? On rappellera que la gestation pour autrui est pas interdite en droit belge et que l'intérêt des enfants nés de gestations pour autrui est généralement privilégié à tout autre.

## 5. Fondement des actions

**623. Liberté de preuve. Preuve scientifique.** Le législateur autorise la preuve par toutes voies de droit dans les actions visant à établir ou contester une filiation<sup>(208)</sup>. Un statut particulier est réservé à la preuve scientifique, dont la fiabilité a révolutionné les procès en matière de filiation (à présent bouleversés par l'essor des test A.D.N. privés).

Le juge peut<sup>(209)</sup> ordonner, même d'office, un examen sanguin ou tout autre examen selon des méthodes scientifiques éprouvées (art. 331octies)<sup>(210)</sup>. L'expertise génétique (A.D.N.) remplace le plus souvent l'expertise « sanguine » pour prouver positivement ou négativement la paternité<sup>(211)</sup>. La stérilité du mari peut être prouvée par d'autres moyens médicaux.

L'administration de cette preuve ne déroge pas au droit commun de l'expertise (art. 962 et s. C. jud.). Le juge ordonne l'expertise si son résultat peut lui permettre de statuer, et conserve une liberté d'appréciation quant à ce résultat<sup>(212)</sup>. Il peut ordonner cette mesure si la validité d'un test A.D.N. privé est contestée.

Le juge ne peut contraindre le défendeur à se soumettre à l'examen, fût-ce indirectement par voie d'astreinte, car en théorie son droit à l'intégrité physique le protège (*supra*, n° 115)<sup>(213)</sup>. Il doit néanmoins, par respect pour la vie familiale du demandeur (art. 8 C.E.D.H.)<sup>(214)</sup>, se prononcer

(208) Art. 312, § 2 ; art. 318, § 3, al. 1<sup>er</sup> ; art. 324, al. 2 ; art. 330, § 2 ; art. 332quinquies, § 3 ; Bruxelles, 27 octobre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 755 ; Civ. Mons, 7 mars 2012, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 143 ; Civ. Nivelles, 3 février 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 833. Voy. : V. POULEAU, « Les preuves », in *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, Liège, éd. Jeune Barreau, 1997, p. 85.

(209) Sur son pouvoir d'appréciation : Bruxelles, 8 janvier 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 787 ; Bruxelles, 4 décembre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 781 ; Bruxelles, 3 novembre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 772 ; Civ. Arlon, 9 janvier 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 830.

(210) Voy. not. : S. BRIJS, « DNA-onderzoek in afstammingsgeschillen : wie weigert, heeft (meestal) ongelijk », *R. Cass.*, 1999, p. 175 ; N. HUSTIN-DENIES, « La preuve par les empreintes génétiques en droit belge de la filiation », in *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme. Aspects médico-scientifique, éthique et juridique* (C. HENNAU-HUBLET et B.M. KNOPPERS éd.), Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 289 ; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Les empreintes génétiques et la filiation : la fin d'une énigme ou la fin des dilemmes ? », in *La personne, la famille et le droit. 1968-1998. Trois décennies de mutations en occident*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1999, p. 209.

(211) Gand, 2 avril 1999, *R.G.D.C.*, 2000, p. 617 ; Liège, 28 juin 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 9 ; Civ. Nivelles, 13 mars 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 165.

(212) Il n'est pas imposé, comme en droit commun, de fournir des indices ou éléments justifiant l'expertise : Civ. Namur, 5 février 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 613.

(213) *Contra*, à juste titre : Mons, 21 mai 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 808, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 219 ; Bruxelles, 12 décembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 784 ; Bruxelles, 12 septembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 749, note G. MATHIEU ; Bruxelles, 22 décembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1074, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 1210, note G. MATHIEU, *T.J.K.*, 2009, p. 359. Comp. : R. FRANK, « L'examen biologique sous contrainte dans le cadre de l'établissement de la filiation en droit allemand », *o.c.*, p. 905.

(214) C.E.D.H., *Mikulic c. Croatie*, arrêt du 7 février 2002, § 64, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, 629, *J.C.P.*, 2002, I, 157, n° 13, obs. F. SUDRE, *J.C.P.*, 2003, I, 148, note J. RUBELLIN-DEVICHI (primauté du droit

sur la filiation d'après l'attitude du défendeur, dont il peut déduire une présomption, à corroborer par d'autres éléments de la cause<sup>(215)</sup>.

Par contre, le juge peut<sup>(216)</sup> ordonner l'expertise scientifique sur la dépouille d'un défunt<sup>(217)</sup>. Le droit à réunir les éléments probatoires à l'appui de l'action prévaut sur le respect dû aux proches du défunt et à sa dépouille mortelle. Pour l'éviter il peut ordonner une expertise de « fraternité »<sup>(218)</sup>.

**624. (suite) Autres modes de preuve.** La jurisprudence accueille la preuve au moyen d'*écrits* révélant l'existence ou l'absence du lien de filiation (ex. : certificat de domicile<sup>(219)</sup>, ordonnance de séparation des

---

de l'enfant à connaître ses origines sur l'intérêt du père prétendu au respect de son intégrité physique) ; Bruxelles, 29 septembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1069, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 468. Voy. : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering, o.c.*, p. 420, n° 566. Voy. aussi : M. BUNKENS, « Overzicht van rechtspraak (2003-2011) – De dwangsom in het familierecht », *T. Fam.*, 2012, p. 4.

(215) Cass., 17 décembre 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 1233, R.W., 1998-1999, p. 1144, note F. SWENNEN, *J.D.J.*, 1999, n° 185, p. 44, note J. JACQMAIN, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1681 (rapport d'activité de la Cour de cassation), *J.L.M.B.*, 2000, p. 1098 (somm.) ; Bruxelles, 22 décembre 2008, précité ; Bruxelles, 29 septembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1069 ; Gand, 8 juin 2006, *Juristenkrant*, 2007, n° 142, p. 1, obs. S. MOSSELMANS ; Bruxelles, 4 janvier 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 827 ; Bruxelles, 18 septembre 2003, *NjW*, 2003, p. 1372, note RdC, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 781 (somm.) ; Anvers, 5 juin 2002, *NjW*, 2002, p. 389 ; Liège, 6 mai 2002, *J.T.*, 2002, p. 613 (somm.) ; Liège, 19 mai 1998, *J.T.*, 1999, p. 67 ; Liège, 12 mai 1998, *J.T.*, 1998, p. 727, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 542 ; Gand, 6 février 1997, *T.G.R.*, 1997, p. 118, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 172 (somm.), R.W., 1997-1998, p. 1391 ; Civ. Eupen, 17 mai 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1327 (somm.) ; Civ. Gand (réf.), 8 mai 1996, *T.G.R.*, 1996, p. 130, *Rev. dr. santé*, 1997-1998, p. 209, note N. JEGER, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 454 (somm.) ; Civ. Namur, 14 septembre 1994, *J.L.M.B.*, 1997, p. 503 ; Civ. Dinant, 4 juin 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 414, note J. DERMAGNE ; Civ. Liège, 13 janvier 1989, *Rev. trim. dr. fam.*, 1990, p. 270, *J.L.M.B.*, 1989, p. 458, obs. Chr. PANIER. Pour plus de détails : G. VERSCHULDEN, « Afstamming », *o.c.*, pp. 293-304, n°s 492-505.

(216) Bruxelles, 27 octobre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 755 (demande d'expertise génétique avec exhumation jugée superflue).

(217) Liège, 27 février 2007, *J.T.*, 2007, p. 464, *J.L.M.B.*, 2009, p. 112, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1251 ; Liège, 27 novembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 156 ; Anvers, 1<sup>er</sup> octobre 1997, R.G.D.C., 1999, p. 60, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 111 (somm.) ; Liège, 4 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 503 ; Liège, 27 novembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 156 ; Civ. Hasselt, 23 novembre 2010, *L.R.L.*, 2011, p. 261, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 271 (somm.) ; Civ. Namur, 13 novembre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 503 ; Civ. Liège, 25 octobre 1995, *Rev. not. belge*, 1998, p. 53 ; Civ. Bruges, 9 octobre 1995, R.G.D.C., 1998, p. 210, note K. HERBOTS, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 597 (somm.) ; Civ. Namur (réf.), 25 septembre 1995, *J.L.M.B.*, 1997, p. 503 ; Civ. Bruxelles (réf.), 4 avril 1995, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 679 ; Civ. Namur, 2 décembre 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 593, obs. Chr. PANIER ; Civ. Liège (réf.), 17 avril 1989, *Journ. proc.*, 1989, n° 158, p. 32. Pour plus de détails : G. VERSCHULDEN, « Afstamming », *o.c.*, pp. 292-293, n° 491. En France, not. : Paris, 17 décembre 1998, *D.*, 1999, p. 476, note B. BEIGNIER ; Paris, 6 novembre 1997, *J.T.*, 1998, p. 812, obs. N. DENIES, *D.*, 1998, p. 122, note Ph. MALAURIE, *Dr. fam.*, 1997, n° 7, obs. P. CATALA (p. 4), *Gaz. Pal.*, 12-13 décembre 1997, p. 14, note Th. GARÉ, *D.*, 1998, p. 161 (somm.), obs. H. GAUMONT-PRAT et p. 296, obs. N. NEVEJANS, *Rép. Defrénois*, 1998, p. 314, obs. J. MASSIP ; T.G.I. Orléans (réf.), 18 octobre 1999, *Dr. fam.*, 1999, n° 134, note P. MURAT ; T.G.I. Lille, 19 novembre 1997, *D.*, 1998, p. 467, note X. LABBÉE.

(218) Gand, 24 mai 2012, *T.G.R.*, 2012, p. 244, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 335 (somm.) ; Civ. Namur, 5 février 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 613.

(219) Civ. Liège, 23 mars 1990, *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 198.

résidences<sup>(220)</sup>, dossier répressif<sup>(221)</sup>, faire-part de naissance<sup>(222)</sup>, seuls ou corroborés par d'autres éléments de fait<sup>(223)</sup>.

Le *serment* ne peut être utilisé comme mode de preuve<sup>(224)</sup>. L'*aveu* est admis si les circonstances de la cause excluent tout risque de collusion<sup>(225)</sup> et s'il est conforté par d'autres éléments probatoires<sup>(226)</sup>. De même, la preuve par *témoins* ne sera retenue qu'avec prudence et devra être confortée par d'autres éléments<sup>(227)</sup>.

La *possession d'état* en tant que mode de preuve en matière d'établissement judiciaire de la filiation sera analysée ultérieurement (*infra*, n° 675).

**625. I. Filiation maternelle : critère de l'accouchement.** Dans l'état actuel du droit, la filiation maternelle établie par la loi peut être contestée par toutes voies de droit, dans l'année de la découverte du caractère mensonger de celle-ci par les 4 titulaires de l'action<sup>(228)</sup> (art. 312, § 2).

Le demandeur doit prouver que la femme désignée mère dans l'acte de naissance n'a pas *accouché* de l'enfant<sup>(229)</sup>. Ce critère légal est factuel et non génétique<sup>(230)</sup>, ce qui peut poser des difficultés<sup>(231)</sup> en cas de dis-

(220) Civ. Bruxelles, 22 novembre 1988, inédit, cité par V. POULEAU, « Les preuves », *o.c.*, p. 130, n° 45 ; Civ. Neufchâteau, 16 novembre 1967, *Pas.*, 1968, III, p. 138 ; rapp. : Civ. Bruxelles, 21 juin 1978, *Rev. trim. dr. fam.*, 1980, p. 448, R.W., 1979-1980, col. 2186, note J. PAUWELS.

(221) Civ. Arlon, 27 novembre 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1554.

(222) Civ. Mons, 7 mars 2012, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 143.

(223) Bruxelles, 11 mars 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 1124 ; Mons, 14 mai 2002, R.G.D.C., 2005, p. 542, note M.D. ; Civ. Nivelles, 3 février 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 833 ; Civ. Liège, 5 décembre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 493, note J. SOSSON ; Civ. Liège, 22 février 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 479, note G. MATHIEU ; Civ. Nivelles, 27 mai 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 797 ; Civ. Gand, 2 décembre 1993, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 340 ; Civ. Bruxelles, 10 mars 1992, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 662 ; Civ. Arlon, 20 novembre 1987, *Rev. trim. dr. fam.*, 1990, p. 248.

(224) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, *o.c.*, p. 941, n° 988.

(225) Civ. Namur, 26 mars 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 650 ; V. POULEAU, « Les preuves », *o.c.*, pp. 126-127, n° 40.

(226) Civ. Charleroi, 17 mai 1989, *J.T.*, 1989, p. 670 ; Bruxelles, 4 novembre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 818 (emploi du terme « commun » pour désigner un enfant dans une citation en divorce ; pas d'aveu judiciaire de filiation) ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, *o.c.*, p. 941, n° 988 ; G. MAHIEU et D. PIRE, « La filiation », *o.c.*, n° 22 ; G. VERSCHULDEN, « Afstamming », *o.c.*, p. 287, n° 479.

(227) Civ. Liège, 31 janvier 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 193 ; Civ. Bruxelles, 26 janvier 1988, R.G.D.C., 1989, p. 398 ; V. POULEAU, « Les preuves », *o.c.*, p. 28, n° 41.

(228) C'est une loi réparatrice du 27 décembre 2006 qui a modifié l'art. 312. Le législateur n'avait en effet initialement prévu aucun régime spécifique pour la contestation de filiation maternelle, ce qui avait été critiqué : N. MASSAGER, « La proposition de la loi 597 modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci », *Rev. dr. U.L.B.*, 2005, pp. 208-209, n°s 12-13.

(229) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, *o.c.*, p. 878, n° 874 ; G. VERSCHULDEN, « Afstamming », *o.c.*, p. 89, n° 93 et p. 451, n° 779.

(230) Plus précisément *biofysiologisch* : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 278, n° 433.

(231) Pour une mise en doute de la pertinence de l'accouchement comme critère légal dans le cas particulier de la contestation de la maternité légale d'une mère porteuse (l'enfant est génétiquement

cordance, notamment dans les P.M.A. et les maternités de substitution (*supra*, n° 119 et *infra*, n° 660). Les cas de contestation sont ainsi limités aux (rares) hypothèses de supposition ou de substitution d'enfants (art. 363 C. pén.)<sup>(232)</sup>.

Rappelons que la contestation de maternité n'est recevable qu'en l'absence de possession d'état conforme à l'acte de naissance (art. 312, § 2), sous réserve de la jurisprudence constitutionnelle (à venir), et donc selon nous seulement si la possession d'état révèle une famille légale vécue et digne de protection. Tel pourrait être le cas le cas lorsque, à la suite d'une substitution d'enfants antérieure à la déclaration de naissance, chaque mère élève l'enfant de l'autre comme le sien<sup>(233)</sup>. Le lien socio-affectif pourrait alors primer à la fois la vérité biologique et l'absence d'accouchement de l'enfant concerné.

Notons, enfin, qu'à la différence de la contestation par le père biologique de la paternité du mari, fondée seulement si sa propre paternité est établie et conforme à l'intérêt de l'enfant (« 2 en 1 » ; art. 318, § 5 ; *supra*, n° 617), cette combinaison n'est pas prescrite par la loi quand une femme conteste la maternité légale de la mère<sup>(234)</sup>. Elle l'est par contre si une *comaternité* est contestée (art. 325-3, § 4 et 5). Ces différences de traitement relèvent d'un manque de coordination législative et sont discriminatoires.

**626. (suite) P.M.A. et gestation pour autrui.** La loi du 6 juillet 2007 prescrit qu'en cas de don d'embryon ou d'ovule, les règles de la filiation du Code civil jouent (*sic*) en faveur du ou des auteurs du projet parental, et privent les donneurs d'embryons ou de gamètes de toute action relative à la filiation (art. 27 et 56 ; *supra*, n° 118). On peut en déduire que les donneurs d'embryons ou de gamètes au sens de la loi de 2007 ne peuvent établir ni contester la paternité ou la maternité<sup>(235)</sup>. La jurisprudence constitutionnelle pourrait censurer cet empêchement absolu à l'établissement d'une filiation envers le donneur (voy. également, *infra*, n° 672), ou à la contestation de filiation par le donneur, s'il est identifié.

celui des parents d'accueil) : N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, o.c., p. 54 ; G. VERSCHULDEN, *Origineel ouderschap herdacht*, o.c., p. 336, n° 567. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 5 mai 2014 relative à la *comaternité*, le critère de l'accouchement n'est plus le seul fondateur de filiation maternelle. La participation consentie de la coparente au projet parental ayant donné naissance à l'enfant devient le fondement intentionnel d'une filiation également maternelle, parallèle à celle de la mère biologique.

(232) Cass. fr. (crim.), 12 janvier 2000, *D.*, 2000, I.R., p. 75.

(233) Sur l'absence d'exigence de « bonne foi » pour une telle possession d'état : G. VERSCHULDEN, « *Afstamming* », o.c., p. 452, n° 782.

(234) M. DEMARET, « Le droit de la filiation réformé », o.c., p. 126, n° 15 ; J. SOSSON, « Le droit de la filiation nouveau est arrivé ! », o.c., p. 392, n° 22.

(235) J. SOSSON, « Le droit de la filiation nouveau est arrivé ! », o.c., p. 391, n° 19.

Il n'en va pas de même pour les donneurs identifiés qui se sont prêtés à une procréation assistée non médicalisée, « artisanale », « *laag-technologisch* ». Cela donne lieu à plusieurs discriminations dans la loi relative à la comaternité qui, dans certaines dispositions, ne fait référence qu'au consentement de l'épouse à un projet parental sous P.M.A., « *hoog-technologisch* »<sup>(236)</sup>.

Transposés à la pratique de la *maternité de substitution*, les principes qui précèdent impliquent, tout d'abord, que la mère de substitution (mère porteuse) qui accouche en Belgique est la mère légale de l'enfant, indépendamment de l'origine des ovocytes<sup>(237)</sup>.

Déoulant de l'*accouchement*<sup>(238)</sup>, cette maternité n'est pas contestable<sup>(239)</sup> même si l'enfant est génétiquement issu des parents d'accueil, et même si elle n'élève pas l'enfant remis volontairement à la mère d'accueil<sup>(240)</sup>.

Après la remise de l'enfant aux parents d'accueil, l'intégration juridique de celui-ci dans sa famille se déroule en deux temps :

- d'abord le père d'accueil reconnaît l'enfant (ou conteste la filiation du mari de la mère porteuse mariée)<sup>(241)</sup>,
- ensuite la mère d'accueil adopte l'enfant avec le consentement du père et de la mère de substitution<sup>(242)</sup>, dont le refus peut le cas échéant être vaincus par le juge.

Ce procédé est préférable à l'adoption directe de l'enfant par le couple d'accueil, bien qu'il crée quelques temps un « couple parental » entre le père d'accueil et la mère de substitution. Une adoption de l'enfant

(236) M. DEMARET et E. LANGENAKEN, « La loi portant établissement de la filiation de la coparente : bien dire et laisser faire... », *o.c.*, n<sup>os</sup> 24, 38 et 49, à *paraître* ; J.-E. BEERNAERT et N. MASSAGER, « Loi du 5 mai 2014 instaurant le régime de la comaternité : 'Trois femmes, un homme et un couffin' », *o.c.*, pp. 76-76 ; G. SEGHERS et F. SWENNEN, « Meemoederschap zonder adoptie – de wet van 5 mei 2014 tot vaststelling van de afstamming van de meemoeder », *o.c.*, p. 482, n<sup>o</sup> 5.

(237) Pour une étude approfondie : L. PLUYM, *Draagmoederschap*, *o.c.*

(238) Pour une mise en doute de la pertinence de l'accouchement comme critère légal dans le cas particulier de la contestation de la maternité légale d'une mère porteuse (l'enfant est génétiquement celui des parents d'accueil) : N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, *o.c.*, p. 54.

(239) Rappr. Civ. Gand, 24 décembre 2009, inédit, cité par G. VERSCHULDEN, *T. Fam.*, 2010, p. 69 (affaire « Baby Donna » ; application du droit néerlandais).

(240) Civ. Bruxelles (jeun.), 6 mai 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 178, note J. SOSSON, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1083, *T.J.K.*, 2009, p. 357. Certains auteurs soutiennent, à tort, que la mère génétique pourrait contester la maternité en l'absence de possession d'état (N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, *o.c.*, pp. 53 et 67 ; G. MAHIEU et D. PIRE, « La filiation », *o.c.*, pp. 62-63, n<sup>o</sup> 29 ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, *o.c.*, p. 935, n<sup>os</sup> 970-971). Cette thèse est impraticable si l'on reconnaît l'existence d'une possession d'état prénatale résultant de la gestation (N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, *o.c.*, p. 766, n<sup>o</sup> 339).

(241) S'il est le père biologique (action « 2 en 1 ») ; sinon c'est la mère qui doit contester la paternité de son mari (sur l'exclusion dans ce cas de l'article 318, § 4 : Civ. Dinant, 6 février 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 626, note J. SOSSON).

(242) La reconnaissance par la mère d'accueil est impossible.

du partenaire est soumise à une réglementation plus souple, notamment en termes de préparation à l'adoption (*infra*, n° 688).

Si l'enfant de la mère de substitution est – illégalement (art. 363 C. pén.)<sup>(243)</sup> – déclaré à la naissance comme né de la mère d'accueil et qu'une possession d'état actuelle et digne de prise en considération a débuté dès cet instant, la filiation maternelle ne peut plus être contestée par la mère de substitution, pas même si une procédure pénale dévoile la supposition d'enfant<sup>(244)</sup>.

Un autre procédé, illégal, est l'accouchement anonyme à l'étranger de la mère de substitution, suivi de la reconnaissance maternelle ou paternelle et de l'adoption en Belgique<sup>(245)</sup>. On saluera la tolérance des juridictions belges envers l'adoption d'enfants nés de mères de substitution et envers la reconnaissance d'une filiation légalement établie à l'étranger, dans l'intérêt bien compris et vérifié des enfants concernés<sup>(246)</sup>.

Plus légitime, l'accouchement anonyme d'une mère de substitution, suivi de sa propre reconnaissance de l'enfant en Belgique, pourrait être une manière de se raviser et d'asseoir juridiquement son choix de ne pas remettre l'enfant à la mère ou au couple d'accueil (*supra*, n° 119)<sup>(247)</sup>.

*De lege ferenda*, et à condition de respecter le droit de la mère de substitution à la maîtrise de son corps dont s'induit son droit de ne pas remettre son enfant né en Belgique, une solution consisterait à autoriser

(243) Civ. Gand, 24 décembre 2009, précité. Sur cette pratique : P. DE HERT et P. HERBOTS, « Wettelijke regeling van draagmoederschap dringt zich op », *o.c.*, n° 179, p. 10.

(244) À tout le moins, tant que la fonction confirmative de la possession d'état n'est pas, dans la présente hypothèse, déclarée inconstitutionnelle. Rapp., *supra*, n° 621.

(245) S. DE MEUTER, « Het kind en zijn moeder(s). Het moederschap na medisch begeleide voortplanting, inzonderheid draagmoederschap », *T.P.R.*, 1990, p. 645 ; F. SWENNEN, « Adoptie na draagmoederschap revisited », *o.c.*, p. 1175.

(246) C.E.D.H., *Menesson c. France*, arrêt du 26 juin 2014, *J.D.J.*, 2014, p. 45 (somm.), *R.C.D.I.P.*, 2015, p. 144, note S. BOLLEE, *R.C.J.B.*, 2015, p. 5, note L. VAN BUNNEN ; Bruxelles, 31 juillet 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 530, note. ; Civ. Liège, 15 mars 2013, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 93 ; Civ. Bruxelles, 18 décembre 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 544, note J. SOSSON et J. MARY (avec de nombreuses références aux décisions en cette matière) ; Civ. Nivelles, 6 avril 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 163, note N. GALLUS ; comp. : Gand, 30 avril 2012, *T. Fam.*, 2013, p. 141, note L. PLUYM (refus de prononcer l'adoption) ; Liège, 6 septembre 2010, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 159 (reconnaissance d'un seul des deux liens de filiation d'accueil) ; Civ. Anvers, 19 décembre 2008, R.G. n° 08/3602/B, inédit, cité par G. VERSCHULDEN, *T. Fam.*, 2010, p. 69 ; Civ. Huy, 22 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 420, note N. GALLUS, *J.L.M.B.*, 2010, p. 183, note P. WAUTELET. Cette dernière décision se rapproche et s'inspire de la jurisprudence française critiquée par la C.E.D.H. qui *refuse* la reconnaissance et la transcription des actes de naissance d'enfants établis en Californie, en tant que la demande est l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple (homosexuel) l'accueil d'enfants conçus en exécution d'un contrat de gestation pour autrui rémunéré, sachant qu'un des membres du couple étant parent génétique (une adoption endofamiliale aurait été possible mais la nationalité étrangère des enfants l'aurait soumis au régime des adoptions internationales). Sur la jurisprudence française en ce sens, critiquable au regard de l'intérêt de l'enfant : G. VERSCHULDEN, « Nood aan een familierechtelijk statuut voor draagmoederschap in België, met aandacht voor grensoverschrijdend aspecten », *o.c.*, p. 70.

(247) N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, *o.c.*, p. 67.

une reconnaissance prénatale par le père et par la mère d'accueil, conditionnée à la remise de l'enfant<sup>(248)</sup>, ou au consentement de la mère dont l'opposition pourrait déclencher une procédure d'appréciation de l'intérêt de l'enfant selon des modalités analogues à celles de l'article 329*bis* du Code civil.

**627. II. Filiation paternelle : deux fondements de contestation.** Le domaine de l'action en contestation de la filiation légale du mari est réduit parce que la présomption de paternité est inapplicable dans un nombre non négligeable de situations, précisément les plus propices à une mise en doute de la filiation car la conception intervient dans un contexte de crise conjugale. Un tel écartement n'a pas de sens pour la comaternité, qui est intentionnelle (art. 316*bis* ; *supra*, n° 610-1).

Le législateur a conservé le système dual de contestation de paternité, pour les situations où la présomption de paternité s'applique et pour celles où elle aurait pu être écartée mais ne l'a pas été :

- sur « vif mariage », pour reprendre l'expression de Carbonnier, rien ne permet *a priori* de mettre en doute la paternité du mari de sorte que la *preuve contraire* doit être rapportée par le demandeur ;
- sur « mort mariage », l'enfant fut conçu pendant une crise conjugale ou dans des circonstances particulières déterminées par la loi, le défendeur doit prouver que la *dénégation* de la filiation légale n'est pas fondée.

**628. (suite) Contestation par dénégation.** L'article 318, § 3, alinéa 2, du Code civil énumère 3 hypothèses d'admissibilité de la contestation de paternité par dénégation, sans nécessité pour le demandeur de prouver la non-paternité<sup>(249)</sup>.

Elles ont en commun la distension du lien marital au moment de la conception, qui, jointe à l'absence de possession d'état si l'action est recevable<sup>(250)</sup>, laisse présager que le père légal n'est pas le père biologique, et justifie l'allègement de la preuve à sa charge. La contestation par dénégation défère la preuve positive du lien de filiation aux défendeurs (art. 318, § 3, al. 2).

1. La première hypothèse (art. 318, § 3, al. 2, 1°) paraît curieuse en ce qu'elle recouvre les cas où, en vertu de l'article 316*bis* du code civil, la présomption de paternité n'est pas applicable (*supra*, n° 610-1).

(248) Dans le même sens : G. GENICOT, *Le droit médical et biomédical*, o.c., p. 542. Comp. H. JACOBS, « Draagmoederschap », o.c., p. 42.

(249) Elles n'ont pas été rendues applicables à la contestation de comaternité, pour les raisons qui ont déjà été exposées (*supra*, n° 610-1).

(250) Sous réserve de la jurisprudence constitutionnelle.

Il n'y a cependant aucun paradoxe, car l'officier d'état civil peut se fier aux déclarations qui ne lui apparaissent pas manifestement mensongères. Ainsi est-il possible pour une mère à l'insu de son mari, ou pour les époux d'accord d'être parents légaux de l'enfant d'un amant, de déclarer la naissance sans signaler une des situations visées à l'article 316*bis*. La contestation de la paternité sur dénégation trouve alors son sens au profit respectivement du père légal ou du père biologique, victimes respectivement d'une manœuvre de la mère ou d'une réconciliation des époux. Ils seront notamment dispensés d'exposer les frais d'une procédure d'expertise<sup>(251)</sup>.

2. La deuxième hypothèse concerne les cas où la filiation maternelle est établie par reconnaissance ou par décision judiciaire (art. 318, § 3, al. 2, 2°), notamment celui où la mère a accouché anonymement à l'étranger. On peut, dans de telles circonstances, raisonnablement douter soit de la réalité de la paternité du mari, soit de son opportunité.
3. La troisième hypothèse vise la contestation préventive de paternité, applicable dans l'hypothèse où la maternité n'est constatée ni dans l'acte de naissance, ni par reconnaissance, ni par constatation judiciaire<sup>(252)</sup> (art. 318, § 3, al. 2, 3°). Le mari peut ainsi dénier une paternité potentielle afin d'éviter qu'un lien de filiation ne soit établi. L'action est intentée avant l'établissement de la filiation maternelle, ceci supposant, à nouveau, une crise grave dans le couple. L'action équivaut dans ce cas à un « désaveu préventif de paternité » ; elle est réservée au mari<sup>(253)</sup>. Désavantageuse pour l'enfant, elle n'est recevable qu'après sa naissance<sup>(254)</sup>.

**629. (suite) Contestation par preuve contraire.** En dehors des cas précédents, la preuve de la *non-paternité du mari* est rapportée par le demandeur (art. 318, § 3, al. 1<sup>er</sup>). Le père biologique doit en outre prouver l'intérêt de l'enfant à voir sa filiation établie ensuite à son égard (action « 2 en 1 »).

(251) En ce sens : N. MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », *o.c.*, p. 73, n° 25.

(252) À propos de ce régime : G. VERSCHULDEN, « Afstamming », *o.c.*, p. 492, n°s 864-866 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n° 648 ; J. SOSSON, « Le droit de la filiation nouveau est arrivé ! », *o.c.*, p. 395, n° 32.

(253) G. VERSCHULDEN, « Afstamming », *o.c.*, p. 492, n° 865.

(254) Civ. Liège, 15 mars 1988, *J.T.*, 1989, p. 199, *Rev. trim. dr. fam.*, 1990, p. 223, *J.L.M.B.*, 1989, p. 120, note Chr. PANIER ; Civ. Bruxelles, 9 février 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 705 ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, *o.c.*, p. 939, n° 982 ; G. MAHIEU et D. PIRE, « La filiation », *o.c.*, n° 65.

Cette preuve est libre (*supra*, n° 623)<sup>(255)</sup> ; elle sera soit biologique et directe (ex. : discordance génétique, stérilité du mari)<sup>(256)</sup>, soit factuelle, indirecte et... moins onéreuse (ex. : non-réunion des époux à l'époque de la conception, indices de paternité d'un tiers)<sup>(257)</sup>. Le juge conserve un pouvoir d'appréciation<sup>(258)</sup>, mais est en droit d'accorder une prévalence à la preuve biologique<sup>(259)</sup>.

**630. III. Filiation comaternelle.** La filiation comaternelle peut être contestée pour faire constater que la présomption légale ne correspond à aucune réalité intentionnelle, ou à une autre intention procréative, autrement dit qu'il n'y a pas eu de projet parental entre la mère et son épouse, ou que l'enfant n'est pas issu de ce projet. Pour cette dernière éventualité, la preuve peut nécessiter une expertise A.D.N. Les participations différentes des titulaires au projet parental ou à la conception de l'enfant obligent à distinguer l'objet de la preuve :

1. Si la contestation est initiée par la *mère* légale, la *coparente*, le *père biologique* ou l'*enfant*, la contestation a lieu sur simple dénégation, la preuve contraire, à charge du *défendeur*, étant formulée par deux négations malencontreuses :
  - la contestation est déclarée fondée,
  - *sauf* si l'épouse-coparente *a consenti* avant la conception à une insémination artificielle ou à tout autre acte procréatif<sup>(260)</sup>,
  - *sauf* si l'enfant ne peut en être issu (art. 325-3, § 3).

(255) Liège, 12 mai 1999, R.G.D.C., 2001, p. 585, note I. MASSIN (aveu) ; comp. : Civ. Charleroi, 17 mai 1989, J.T., 1989, p. 670 (exclusion de principe de l'aveu).

(256) Civ. Gand, 31 mai 2001, R.G.D.C., 2002, p. 27, note G. VERSCHULDEN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 236 (somm.) ; Civ. Arlon, 6 mars 1992, R.G.D.C., 1993, p. 83, J.T., 1992, p. 643 (ordre de remise d'un dossier médical) ; Civ. Arlon, 20 novembre 1987, *Rev. trim. dr. fam.*, 1990, p. 248. Sur les conséquences d'un refus de se soumettre à l'expertise : Liège, 6 mai 2002, J.T., 2002, p. 613 (somm.) ; Gand, 2 mai 1991, R.W., 1991-1992, p. 233, note P.S. ; Civ. Dinant, 4 juin 1993, J.L.M.B., 1994, p. 414, note J.-M. DERMAGNE ; *supra*, n° 623 ; pour une analyse approfondie : G. VERSCHULDEN, « Afstamming », o.c., n° 830, pp. 474-475.

(257) Civ. Dendermonde, 28 octobre 1999, T.G.R., 2000, p. 166, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 568 (somm.) ; Civ. Gand, 13 mai 1996, T.G.R., 1996, p. 129 ; Civ. Liège, 23 mars 1990, *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 198 ; Civ. Arlon, 27 novembre 1987, J.L.M.B., 1987, p. 1554 ; Civ. Bruxelles, 21 juin 1978, *Rev. trim. dr. fam.*, 1980, p. 448, R.W., 1979-1980, col. 2186, note J. PAUWELS.

(258) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 914, n° 935 ; P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 652.

(259) G. VERSCHULDEN, « Afstamming », o.c., p. 477, n° 833.

(260) Il semble qu'il ne faille pas distinguer ici selon que le projet procréatif dont est issu l'enfant consistait en une P.M.A. ou en un véritable acte sexuel (M. DEMARET et E. LANGENAKEN, « La loi portant établissement de la filiation de la coparente : bien dire et laisser faire... », o.c., n° 32, à paraître ; J.-E. BEERNAERT et N. MASSAGER, « Loi du 5 mai 2014 instaurant le régime de la comaternité : 'Trois femmes, un homme et un couffin' », o.c., p. 79 ; L. PLUYM, « Jurisich statuut voor meemoeders – Commentaar bij de wet van 5 mei 2014 », *T. Fam.*, 2015, p. 10).

En clair, le demandeur (ex. l'épouse coparente légale qui apprend une infidélité de la mère avec un homme) dénie sa comaternité, et offre au défendeur (ici la mère) de prouver qu'il y a eu projet parental entre elles, et que l'enfant en est issu<sup>(261)</sup>.

2. Si la contestation est initiée par le *père biologique* (ex. celui qui a eu des relations avec la mère pendant le projet parental), il conteste comme ci-dessus (déli sans preuve contraire) et prouve sa paternité (action « 2 en 1 ») et l'intérêt de l'enfant (art. 325-3, § 4).
3. Si la demanderesse est une *coparente in spe* (ex. celle avec qui la mère a fait le projet parental), elle conteste comme ci-dessus et prouve avoir consenti à une P.M.A. au sens strict dont l'enfant peut être, ainsi que son intérêt qu'elle soit coparente (art. 325-3, § 5)<sup>(262)</sup>.

## SECTION 3

### La filiation volontaire (reconnaissance)

#### § 1. Établissement

**631. Acte juridique unilatéral ? Division.** La reconnaissance est l'acte juridique par lequel une personne déclare qu'il existe un lien de paternité, de maternité ou de comaternité entre elle et l'enfant concerné. La parenté est volontaire et librement assumée. La volonté de l'auteur de la reconnaissance est centrale, au point de permettre l'établissement, en principe définitif en cas de possession d'état, d'une filiation non conforme à la vérité biologique (reconnaissance dite de complaisance)<sup>(263)</sup>. Le caractère unilatéral de la démarche – sous réserve de certains tempéraments – a pour conséquence d'imposer la reconnaissance à l'enfant, à l'autre parent et, le cas échéant, au conjoint de l'auteur de la reconnaissance.

Le législateur de 1987 avait voulu nuancer cette unilatéralité en pondérant les intérêts en présence (consentements) et en ordonnant la

(261) Autre exemple : un enfant dénie sa comaternité, ayant appris que sa mère a entamé un projet de P.M.A. sans la coparente, ou qu'il est issu des œuvres d'un amant de sa mère. Dans ces cas, l'enfant pourra rechercher ensuite son père biologique ou sa coparente véritable ou être reconnu par l'un ou l'autre.

(262) Est donc exclue du droit de contestation de la comaternité la femme qui prouverait avoir consenti avec la mère à une procréation *artisanale* avec donneur hors P.M.A. Pour une critique : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 477, n° 771 ; L. PLUYM, « Jurisich statuut voor meemoeders – Commentaar bij de wet van 5 mei 2014 », o.c., p. 10.

(263) L'officier public doit acter une reconnaissance de complaisance, sauf en cas d'impossibilité manifeste (ex. : différence d'âge minimale) (N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, o.c., p. 84 ; G. MAHIEU et D. PIRE, « La filiation », o.c., n° 85 ; P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 658 ; comp. : G. VERSCHULDEN, « Afstamming », o.c., p. 245, n° 388, qui n'admet comme contrôle marginal que celui de la qualité du consentement du déclarant ; *contra* : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., pp. 271-272, n° 427).

vérification judiciaire de l'intérêt de l'enfant, d'une manière qui n'a pas toujours trouvé grâce aux yeux de la Cour d'arbitrage. La loi actuelle, amendée sur ce point par la réforme de 2006, tente un équilibre plus satisfaisant ou plus clair. La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle restructure le tout pour confier l'appréciation des intérêts en cause au juge (*infra*, n<sup>os</sup> 645, 647).

La loi instaure un véhicule procédural unique pour l'autorisation de reconnaissance en cas d'opposition à celle-ci, et à des conditions quasi identiques pour toutes les filiations, y compris la comaternité.

La reconnaissance ne crée pas le lien de filiation mais le constate avec effet rétroactif<sup>(264)</sup>. Mode subsidiaire et formaliste d'établissement de la filiation, elle ne s'applique que dans l'espace laissé par la filiation établie par la loi, extrêmement restreint en ce qui concerne la filiation maternelle, mais de plus en plus vaste en ce qui concerne la filiation paternelle et comaternelle (enfants nés de couples non mariés ou dont la filiation paternelle a été contestée, enfants issus de la P.M.A. au sein de couples féminins non mariés).

## I. Conditions de forme et procédures

**632. Acte authentique.** La reconnaissance s'effectue par acte authentique devant un officier de l'état civil ou devant notaire (art. 62, § 3, et 327). La forme authentique est une condition de validité de la reconnaissance<sup>(265)</sup>, voulue pour responsabiliser l'auteur d'un acte important et assurer la conservation de la preuve. Cette règle ne poursuit aucun objectif de publicité, que du contraire car la faculté de reconnaissance par acte notarié est destinée à une reconnaissance discrète à l'égard des autres enfants de l'auteur.

Devant l'officier de l'état civil, la reconnaissance paternelle ou comaternelle<sup>(266)</sup> a généralement lieu dans l'*acte de naissance* (art. 55 ; *supra*, n<sup>o</sup> 47). Dans ce cas, les deux filiations sont établies simultanément, avec les conséquences déjà rencontrées quant à la transmission du nom (*supra*, n<sup>os</sup> 70 et s.).

(264) Civ. Gand, 18 novembre 2004, *NjW*, 2005, p. 93, note GV ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 894, n<sup>o</sup> 899. En décider autrement porte atteinte au droit de l'enfant au respect de sa vie familiale (art. 8 C.E.D.H.) : C.E.D.H., *Camp et Bourimi c. Pays-Bas*, arrêt du 3 octobre 2000, CEDH, 2000-X, p. 117 ; D. VAN GRUNDEBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., p. 403, note 1712.

(265) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 889, n<sup>o</sup> 893. En faveur de la validité d'une reconnaissance actée par une décision judiciaire ayant un autre objet : *ibid.*, p. 892, n<sup>o</sup> 895 ; G. VERSCHULDEN, « Afstamming », o.c., p. 242, n<sup>o</sup> 386 ; *contra* : Bruxelles, 28 janvier 2003, *NjW*, 2003, p. 969, note RdC.

(266) La reconnaissance maternelle n'intervient dans l'acte de naissance que si celui-ci, de manière illégale, n'a pas été pourvu de la mention de son nom.

La reconnaissance peut aussi intervenir dans un *acte de reconnaissance* distinct (art. 62 ; *supra*, n° 50). Les deux filiations ne seront pas établies simultanément et l'enfant portera en principe le nom de sa mère (*supra*, n° 71).

Devant notaire, la reconnaissance peut être accomplie dans tout *acte authentique* à l'exception du testament<sup>(267)</sup>. Idéalement, le notaire établira l'acte de reconnaissance en s'inspirant des mentions imposées à l'officier de l'état civil (art. 62, § 1<sup>er</sup>)<sup>(268)</sup>.

La reconnaissance n'est soumise à aucun délai.

Le législateur n'a pas retenu, à tort selon nous, la proposition de certains auteurs<sup>(269)</sup> d'organiser un contrôle analogue à celui en matière de mariage simulé (*supra*, n° 326) pour les cas, de plus en plus fréquents, où l'auteur de la reconnaissance vise le droit au séjour puis le regroupement familial<sup>(270)</sup>.

**633. Capacité.** La reconnaissance est un acte personnel autorisé aux *mineur* doté du discernement (art. 328, § 1<sup>er</sup>).

Si le juge de paix a déclaré une *personne sous protection judiciaire* incapable de reconnaître un enfant (art. 492/1, § 1<sup>er</sup>, al. 3, 7°), celle-ci peut encore le faire moyennant autorisation préalable du juge de paix, qui appréciera sa capacité d'expression d'une volonté libre (art. 328, § 2).

Ces exceptions sont potentiellement préjudiciables à la sécurité juridique, mais acceptables compte tenu des solennités qui entourent la reconnaissance. En pratique, elles ouvrent surtout aux mineurs le droit d'établir leur filiation de manière autonome. Si la représentation ou l'assistance sont exclues en cette matière (art. 497/2, 8°)<sup>(271)</sup>, la représentation conventionnelle est autorisée, par mandat authentique et spécial<sup>(272)</sup>.

**634. Reconnaissance prénatale ou posthume.** La *reconnaissance prénatale* est autorisée (art. 328, § 3)<sup>(273)</sup>, mais ne produit ses effets que si l'en-

(267) Les reconnaissances effectuées dans des testaments antérieurs à la réforme de 1987 demeurent valables : art. 117 L. du 31 mars 1987.

(268) Pour plus de détails : H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, o.c., p. 194, n° 540 ; G. MAHIEU et D. PIRE, « La filiation », o.c., n° 81 ; G. RASSON, « Reconnaissance d'un enfant dès sa conception et reconnaissance d'un enfant par acte notarié », *Rev. not. belge*, 2002, p. 783.

(269) G. VERSCHULDEN, *Origineel ouderschap herdacht*, o.c., pp. 351-352, n° 596-597.

(270) Civ. Liège, 7 mars 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 79 ; B. LANGHENDRIES, « Les bébés papiers : Derrière le concept choc, un nouveau risque de discrimination des familles en migration », *Act. dr. fam.*, 2014, p. 80 ; P. SENAËVE, « Papieren kinderen », *T. Fam.*, 2013, p. 22.

(271) *Contra* : Trib. inst. Quimperlé, 16 octobre 1999, *J.C.P.*, 2000, II, p. 10252, note Th. GARÉ, *Rép. Defrénois*, 2000, p. 668, obs. J. MASSIP.

(272) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 887, n° 886 ; G. MAHIEU et D. PIRE, « La filiation », o.c., n° 32. *Adde* : P. WÉRY, « Le mandat », *Rép. not.*, t. IX, l. VII, Bruxelles, Larcier, 2000, n° 78.

(273) Civ. Anvers, 12 octobre 1993, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 341, *R.G.D.C.*, 1994, p. 255 ; Civ. Verviers, 30 mars 1981, *Rev. trim. dr. fam.*, 1981, p. 324 ; Civ. Verviers, 27 février 1981, *J.L.*, 1981,

fant est conçu<sup>(274)</sup> et naît viable (*supra*, n° 16). Elle peut intervenir à tout moment de la grossesse. Les conditions de la reconnaissance prénatale sont celles du droit commun, qui prescrit notamment le consentement de la (future) mère<sup>(275)</sup> (art. 329*bis*, § 2, al. 1<sup>er</sup> et 325-4, al. 1<sup>er</sup>). Les actions en justice pour vaincre un refus de consentement peuvent également être intentées avant la naissance (art. 328*bis*, al. 2 et 3)<sup>(276)</sup>.

Une reconnaissance prénatale *maternelle* ne présente guère d'intérêt et contredit l'esprit de la réforme de 1987<sup>(277)</sup>.

Au contraire, une reconnaissance prénatale *paternelle* ou *comaternelle* est utile pour conférer une vocation successorale à l'enfant en cas de décès du père ou de la coparente non-mariés avant la naissance, sans être indispensable, car une action recherche de paternité ou de comaternité peut être diligentée après le décès.

Si l'enfant naît mort ou décède avant la constatation de sa naissance (enfant né vivant mais non viable), la reconnaissance ne produit pas d'effets, mais les données relatives à l'auteur de la reconnaissance seront mentionnées dans l'acte de présentation d'un enfant sans vie<sup>(278)</sup> (art. 80*bis*, al. 2, 2° ; *supra*, n° 48).

Une *reconnaissance posthume* est possible si l'enfant est né vivant mais décédé sans reconnaissance prénatale. La reconnaissance doit intervenir dans l'année qui suit la naissance (art. 328, § 3) si l'enfant n'a pas laissé de postérité<sup>(279)</sup>. Le législateur, poussé par une jurisprudence favorable<sup>(280)</sup>, a remédié à la disposition inique de l'ancien article 328 du Code civil qui empêchait que l'enfant décédé puisse être reconnu s'il n'avait pas laissé une postérité. En souffraient les parents non mariés qui perdaient un nouveau-né. La loi n'a toutefois rien prévu pour le cas où

p. 178. Pour une analyse approfondie : N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, o.c., pp. 64 et s. et pp. 119 et s.

(274) Sur l'interdiction de la reconnaissance préconceptionnelle : G. VERSCHELDEN, « Afstamming », o.c., p. 248, n° 394 ; comp. : N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, o.c., p. 129, n° 76, qui critique la pratique d'exigence par l'officier de l'état civil de remise d'un certificat de grossesse.

(275) Si le demandeur est le père biologique, la reconnaissance sera autorisée par le tribunal, l'enfant ayant moins d'1 an (pour la jurisprudence constitutionnelle récente concernant le contrôle de l'intérêt de l'enfant uniquement âgé de plus d'un an, voy. *supra*, n° 638).

(276) Civ. Dendermonde, 15 novembre 2007, *Juristenkrant*, 2008, n° 171, p. 20, refl. G. VERSCHELDEN.

(277) Dans le même sens : G. VERSCHELDEN, « Afstamming », o.c., p. 113, n° 133 ; *contra* : N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, o.c., pp. 68-72, n°s 44-45. La mention du nom de la mère dans l'acte de naissance établit la filiation maternelle (et crée la vocation successorale) même si la mère décède au cours de l'accouchement.

(278) Avec le consentement de la mère de l'enfant mort-né si la reconnaissance n'est pas prénatale (F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 479, n° 777).

(279) En parallèle à cette modification, mérite d'être mentionnée celle de l'art. 80*bis* C. civ. régissant l'acte de déclaration d'enfant sans vie (*supra*, n° 48).

(280) Civ. Liège, 2 octobre 1992, *Rev. trim. dr. fam.*, 1992, p. 413 ; Civ. Gand, 13 février 1992, *R.W.*, 1992-1993, p. 410, note J. GERLO. Dans le même sens : A. HEYVAERT et R. VANCRANENBROECK, « Art. 328 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n° 4, note 2.

l'auteur de la reconnaissance aurait connaissance de la naissance plus d'un an après celle-ci, une situation qui pourrait être soumise à l'appréciation de la Cour constitutionnelle.

Si un enfant meurt non reconnu mais avec une postérité, il peut encore être reconnu sans limite de temps (art. 328, § 3).

**635. Conflit de reconnaissances.** Le règlement du conflit de reconnaissances a été remanié par la loi du 5 mai 2014 relative à la comaternité.

En principe, un enfant ne peut pas faire l'objet de deux filiations produisant simultanément leurs effets (art. 329, al. 1<sup>er</sup>). Si l'enfant est reconnu par plusieurs personnes *du même sexe*, ou par un père et ensuite par une coparente (elle a participé au projet de P.M.A. et pas le père) seule la première reconnaissance<sup>(281)</sup> produit effet, tant qu'elle n'est pas annulée (art. 329)<sup>(282)</sup>. Les reconnaissances ultérieures ne sont donc pas interdites. En cas d'annulation, la reconnaissance ultérieure valable opère avec effet rétroactif<sup>(283)</sup>.

Une exception est apportée si la coparente reconnaît un enfant déjà reconnu par la mère (art. 329, al. 2). À défaut, il ne pourrait y avoir de reconnaissance comaternelle en dehors des cas d'établissement légal de la filiation maternelle.

**636. Notifications au conjoint.** Alors que la réforme de 1987 avait révolutionné la matière en permettant la reconnaissance d'un enfant adultérin, tout en imposant la transparence vis-à-vis du conjoint victime de l'adultère<sup>(284)</sup>, le législateur de 2006 a allégé les formalités. Ces formalités sont importantes pour faire courir le délai de contestation de la reconnaissance par ceux dont la filiation est établie par répercussion : le mari ou l'épouse coparente de la mère qui reconnaît un enfant.

L'ancienne homologation est remplacée par une *communication* au conjoint de l'auteur de la reconnaissance (art. 313, § 3, 319bis, 325-6, al. 1er). Si l'acte de reconnaissance est reçu par un officier d'état civil belge ou par un notaire belge<sup>(285)</sup>, une copie doit en être envoyée par

(281) Celle-ci doit être valable. Comp. : Bruxelles, 23 novembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 67 (reconnaissance postnatale d'un enfant adultérin sur autorisation du tribunal de première instance, après une reconnaissance prénatale de cet enfant par le même auteur mais sans autorisation du tribunal).

(282) Sur le devoir d'information du notaire : H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, o.c., p. 195, n° 544.

(283) Sur l'interdiction, pour l'auteur de la reconnaissance annulée, de réclamer restitution des aliments fournis : J. GERLO, *Handboek personen- en familierecht*, o.c., p. 18, n° 36.

(284) Quel que soit son sexe – la loi du 13 février 2003 a modifié en ce sens les dispositions légales reprises au présent numéro.

(285) Lorsque l'acte n'est pas reçu par un officier public belge, il est *signifié* au conjoint à la requête de la mère, de l'enfant ou du représentant légal de ce dernier (art. 313, § 3, al. 2).

celui-ci au conjoint par lettre recommandée<sup>(286)</sup>. Jusqu'à cette communication, la reconnaissance est inopposable au conjoint, aux enfants nés de son mariage avec l'auteur de la reconnaissance et aux enfants adoptés par les deux époux (art. 313, § 3<sup>(287)</sup>, 319*bis*, al. 3, 325-6, al. 3).

L'inopposabilité peut reléguer l'enfant adultérin reconnu dans une condition inférieure, notamment successorale, mais se justifie tant d'un point de vue éthique que par le fait que la reconnaissance maternelle déclenche la présomption de paternité dans le chef du mari ou de l'épouse de la mère qui reconnaît un enfant. Cette filiation légale est toutefois contestable par simple dénégation (art. 318, § 3, al. 2, 2° ; *supra*, n° 628).

D'autres sanctions frappent les reconnaissances d'enfants adultérins (art. 229, 299, 334*ter*)<sup>(288)</sup>.

## 2. Conditions de fond

**637. Consentements préalables.** Inspiré par les appels de plus en plus nombreux de la Cour d'arbitrage à plus d'égalité, le législateur a uniformisé le régime des consentements à reconnaissance. L'article 329*bis* mêle des règles de fond et de forme empruntées au régime antérieur des reconnaissances paternelles, et combine la nécessité de divers consentements avec le contrôle judiciaire de l'intérêt de l'enfant, le tout pouvant être mis en œuvre à titre prénatal (art. 328*bis*, al. 2)<sup>(289)</sup>.

- Si l'enfant est *majeur* ou *mineur émancipé*, son consentement est indispensable et non susceptible de recours (droit de veto) (art. 329*bis*, § 1<sup>er</sup>). Cet empêchement (absolu) à la reconnaissance demande d'être apprécié par la Cour constitutionnelle.
- Si l'enfant majeur n'est *pas capable* d'exprimer sa volonté ou est déclaré incapable de consentir à sa reconnaissance par le juge de paix dans une ordonnance d'administration (art. 492/1), son consentement n'est pas requis (art. 329*bis*, § 1<sup>er</sup>/1).
- Si l'enfant est *mineur non émancipé*, sont en toute hypothèse requis les consentements du parent à l'égard duquel la filiation est déjà établie (père ou mère), ou de la mère si la reconnaissance est prénatale (art. 329*bis*, § 2).

(286) Si l'acte n'est pas reçu par un officier d'état civil belge ou par un notaire belge, il est signifié par exploit d'huissier à la requête du père, de l'enfant ou du représentant légal de ce dernier.

(287) En cas de décès de la mère avant que son conjoint ne soit informé, l'enfant hérite de celle-ci, mais ne pourra exercer ses droits qu'après l'information (E. VIEUJEAN, « Le nouveau droit de la filiation », *o.c.*, p. 125, n° 32 ; G. MAHIEU et D. PIRE, « La filiation », Bruxelles, Larcier, 2015, n° 42).

(288) Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, n° 224.

(289) Sur la contrariété aux art. 8 et 14 C.E.D.H. des consentements de tiers préalables à la reconnaissance paternelle quand celle-ci est conforme à la vérité biologique : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, *o.c.*, p. 404, n° 542.

- Si le mineur a *plus de 12 ans*<sup>(290)</sup>, et le discernement suffisant, son consentement est également requis (art. 329bis, § 1<sup>er</sup> et § 2, al. 2).

Le refus de ces titulaires du droit de consentir est assorti du recours exposé ci-après.

**638. Contrôles de la vérité biologique et de l'intérêt de l'enfant. Censures constitutionnelles.** Si le candidat à la reconnaissance n'obtient pas les consentements des autres titulaires que l'enfant majeur<sup>(291)</sup>, il peut citer ces personnes devant le tribunal de la famille, qui tentera de les concilier (art. 329bis, § 2, al. 3)<sup>(292)</sup>.

À défaut de conciliation, c'est d'abord la non-conformité à la vérité biologique qui est décisive : la demande est *rejetée* s'il est prouvé que le demandeur n'est pas le père ou la mère biologique de l'enfant (art. 329bis, § 2, al. 3), ou en cas de reconnaissance *comaternelle*, s'il est prouvé que la demanderesse n'a pas consenti à la conception dans un projet de P.M.A. ou que l'enfant n'est pas issu de ce projet (art. 325-4, al. 2)<sup>(293)</sup>.

Au père biologique, il convient d'assimiler l'homme qui a consenti au projet de P.M.A. lorsque celui-ci souhaite reconnaître l'enfant, et que la mère s'y oppose<sup>(294)</sup>.

Si la reconnaissance est conforme à la vérité biologique, encore faut-il qu'elle soit jugée servir l'intérêt de l'enfant. À cet égard, la loi a subi deux censures constitutionnelles.

Le premier arrêt de la Cour constitutionnelle, n° 144/2010 du 16 décembre 2010<sup>(295)</sup>, concerne *l'âge minimal d'appréciation de l'intérêt*

(290) Pour fixer ce seuil, l'on s'est référé à ce qui avait été récemment prévu en matière d'adoption (art. 348-1) et de protection de la jeunesse, en vue d'une plus grande clarté et cohérence des textes législatifs. Cette règle était approuvée dans son principe par la Cour d'arbitrage, et critiquée pour sa non-extension à la reconnaissance maternelle (not.: C.A., 26 juin 2002, n° 112/2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1482, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 675, *E.J.*, 2002, p. 114, note P. SENAEVE, R.W., 2002-2003, p. 900).

(291) Si l'enfant qui doit consentir n'a pas de parents ou est pourvu d'un représentant légal (absence de filiation, décès, absence du ou des parents), c'est ce dernier qui reçoit l'avis de reconnaissance, ainsi que l'enfant s'il a plus de 12 ans. Il(s) peu(ven)t, dans les 6 mois, demander au tribunal de la famille d'annuler la reconnaissance, si celle-ci est mensongère ou contraire à l'intérêt de l'enfant (art. 329bis, § 3).

(292) Pour plus de détails sur la conciliation, voy. not. J. Sossion, « Le droit de la filiation nouveau est arrivé ! », *o.c.*, p. 396, n° 40.

(293) La référence à la P.M.A. (légale) implique que si la coparente obtient l'*accord* de la mère, elle peut reconnaître l'enfant quelle que soit la forme de la procréation (P.M.A. légale ou autoinsémination artisanale). Par contre s'il y a *opposition* de la mère, seule la coparente qui a consenti à une P.M.A. au sens strict sera attitrée à faire vérifier l'intérêt de l'enfant. Il en résulte que seule la preuve du consentement à un projet de P.M.A. au sens strict permet d'éviter le rejet de l'autorisation en cas d'opposition de la mère (F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 458, n° 739).

(294) Bruxelles, 29 mai 2012, *T. Fam.*, 2013, p. 101, note U. CERULUS.

(295) C. const., 16 décembre 2010, n° 144/2010, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 2, note N. MASSAGER ; *Juristenkrant*, 2011 (refl. L. STEVENS), p. 4, R.A.B.G., 2011, p. 883, note E. DE MAEYER et C. VERGAUWEN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 118 (somm.), *T. Fam.*, 2011, p. 56, note F. SWENNEN, *T.J.K.*, 2011, pp. 139, 201, 254 et 320, note C. MELKEBEEK. La mère s'opposait à la reconnaissance de l'enfant par son compagnon qui avait des problèmes d'alcool et de drogues et qui l'avait violée durant

*de l'enfant*. Dans la loi de 2006, le juge pouvait, contre la vérité biologique, refuser d'autoriser une reconnaissance manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant, seulement pour les enfants âgés de *plus d'1 an*.

La Cour a condamné ce seuil arbitraire, également dans un arrêt n° 61/2012 du 3 mai 2012 à propos de la même règle en matière de recherche de paternité (*supra*, n° 617)<sup>(296)</sup>. On ne distingue donc plus les reconnaissances tardives des autres, ces dernières étant considérées *a priori* non suspectes. Le législateur présumait à tort que la diligence à reconnaître était toujours conforme à l'intérêt de l'enfant, et que la tardiveté pouvant le démentir commençait seulement après le premier anniversaire de l'enfant. Surtout, en prescrivant cette distinction discriminatoire, le législateur n'alla pas au bout de sa logique, car il exigeait le consentement du parent à l'égard duquel la filiation est établie même pour une reconnaissance faite avant le premier anniversaire de l'enfant. On eût pu également distinguer les reconnaissances prénatales ou effectuées dans l'acte de naissance, de celles ultérieures, toutes relativement tardives<sup>(297)</sup>. Les arrêts constitutionnels sanctionnant le seuil de 1 an n'ont pas ému la doctrine. Les auteurs se sont accordés sur leur possible répercussion à d'autres articles de la loi faisant usage de ce critère<sup>(298)</sup>.

Le second arrêt rendu par la Cour constitutionnelle, n° 30/2013 du 7 mars 2013<sup>(299)</sup>, vise *la nature du contrôle de l'intérêt de l'enfant*. En vertu de la loi, il est marginal (« manifestement contraire »)<sup>(300)</sup>. La Cour estime qu'un contrôle marginal et négatif – *in casu* celui imposé par l'article 332quinquies, analogue à celui imposé par l'article 329bis<sup>(301)</sup> – ne garantit pas le respect de l'intérêt de l'enfant dans le procès.

---

sa grossesse. Le juge constate que l'action en reconnaissance a été introduite avant que l'enfant n'ait atteint l'âge d'un an, de sorte qu'il lui est impossible d'apprécier la contrariété de la reconnaissance avec l'intérêt de l'enfant.

(296) C. const., n° 61/2012, 3 mai 2012, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 135, note, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 704, *Juristenkrant*, 2012 (refl. M. VERHOEVEN), p. 2, *T. Fam.*, 2013, p. 90, note F. SWENNEN.

(297) En ce sens : M. DEMARET, « Le droit de la filiation réformé », *o.c.*, p. 138, n° 32.

(298) À savoir : 1. Recherche de maternité : art. 314 ; 2. Annulation d'une reconnaissance de maternité : art. 330, § 3 ; 3. Contestation de la paternité du mari : art. 318, § 5 et 332quinquies combinés ; 4. Recherche de paternité : art. 332quinquies, § 2, al. 1<sup>er</sup>. Dans le même sens, N. MASSAGER, « Le délai d'un an : un anniversaire inopportun selon la Cour constitutionnelle », *Act. dr. fam.*, 2011, pp. 3-4 ; F. SWENNEN, « De toets aan het belang van het kind van de vaderlijke erkenning », *T. Fam.*, 2011, p. 61, n° 6 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « Examen de jurisprudence. Les personnes (2003-2011). La filiation », *o.c.*, p. 413, n° 2.

(299) C. const., 7 mars 2013, n° 30/2013, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 76, note N. GALLUS, *Juristenkrant*, 2013, liv. 267, p. 4 (refl. G. VERSCHULDEN), *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 789, note M. DEMARET, *R.W.*, 2012-2013, p. 1359 (somm.) et 2013-2014, p. 170 (somm.), *T. Fam.*, 2013, p. 232, note F. SWENNEN, *T.J.K.*, 2013, p. 151, note E. IGNOVSKA et G. VERSCHULDEN.

(300) Rejetant, notamment pour ce motif, au vu des des raisons de fond invoquées, le grief de contrariété manifeste à l'intérêt de l'enfant : Bruxelles, 24 novembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 767 ; Civ. Liège, 16 mai 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 211 ; Civ. Liège, 16 mai 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 214 ; Civ. Bruxelles, 23 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1067 ; Civ. Liège, 21 décembre 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 196, note G. MATHIEU.

(301) Également censuré : C. const., 2 juillet 2015, n° 101/2015 ; C. const., n° 102/2015, 2 juillet 2015.

Suite à cette censure, les rôles s'inversent : alors que la loi donne au juge la mission de vérifier, sur opposition de la mère, pourquoi le père a tardé à reconnaître et s'il fait ainsi courir à l'enfant un risque grave<sup>(302)</sup>, à présent c'est le demandeur d'autorisation de reconnaissance qui doit, positivement, prouver qu'elle sert l'intérêt de l'enfant<sup>(303)</sup>. La Cour constitutionnelle ajoute que, bien que primordial, l'intérêt de l'enfant n'est pas absolu et n'autorise pas de négliger les intérêts des autres parties, conformément à sa jurisprudence obligeant une pondération de tous les intérêts.

Certains auteurs contestent le principe-même du conditionnement de l'établissement de la filiation volontaire au respect de l'intérêt de l'enfant, car ce ne serait pas de mise dans la filiation légale. Ils privilégient la régulation des contacts entre le père et l'enfant par l'autorité parentale<sup>(304)</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme ne condamne cependant pas le principe d'une telle vérification<sup>(305)</sup>, qui opère comme un tempérament de la vérité biologique, à notre avis bien plus judicieux que la possession d'état.

**639. Inceste. Constitutionnalité.** La reconnaissance n'est pas recevable lorsqu'elle fait apparaître entre le père et la mère ou la coparente un empêchement à mariage non susceptible de dispense (art. 313, § 2, 321, 325-5). Par cette formule alambiquée<sup>(306)</sup>, la loi vise à prévenir l'établissement de filiations incestueuses, prétendument dans l'intérêt de l'enfant<sup>(307)</sup>. Nous ne partageons pas ce point de vue qui procède d'une vision abstraite de l'intérêt de l'enfant (*supra*, n° 7). Cette méthodologie normative ancienne, potentiellement discriminatoire, est au demeurant inopérante : des relations se nouent, des enfants naissent, des familles vivent. Sous prétexte d'éviter l'officialisation d'une relation de *couple* inconvenante, un *enfant* est privé de double filiation et des avantages liés, notamment

(302) Rapport WILLEMS, *Doc. parl.*, Sén., sess. 2005-2006, n° 3-1402/7, pp. 41-42.

(303) Applications : Cass., 27 septembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 1810, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 390, note G.M. ; Liège, 2 avril 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 72 (contrariété à l'intérêt de l'enfant ; passé judiciaire du père) ; Bruxelles, 29 mai 2012, *T. Fam.*, 2013, p. 101, note U. CERULUS (P.M.A., reconnaissance par le "père biologique" après la rupture du couple) ; Trib. fam. Namur, div. Namur, 3 septembre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 320 (arguments liés au couple ; autorisation de reconnaissance) ; Civ. Charleroi, 8 mai 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 83 (père violent et incarcéré, contrariété à l'intérêt de l'enfant) ; Civ. Namur, 19 décembre 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 76 (contrariété à l'intérêt de l'enfant, passé judiciaire du père). Trib. fam. Namur, div. Namur, 3 septembre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 314 (argument lié au couple ; autorisation de reconnaissance).

(304) Gand, 11 octobre 2012, R.A.B.G., 2013, p. 239, note C. VERGAUWEN ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., pp. 456-457, n° 736.

(305) C.E.D.H., *Yousef c. Pays-Bas*, arrêt du 5 février 2003.

(306) Rapp. : D. MAYER, « La pudeur du droit face à l'inceste », *D.*, 1988, p. 213.

(307) *Doc. parl.*, Sén., sess. 1984-1985, n° 904/2, p. 88 ; Liège, 27 février 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1168, obs. D. PIRE ; E. VIEUJEAN, « Le nouveau droit de la filiation », o.c., p. 123, n° 29 ; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, o.c., p. 103, n° 66, note 274.

patrimoniaux. Quant aux inconvénients éventuels, ils peuvent être évités par d'autres moyens qu'un déni de généalogie, en agissant, par exemple, sur l'autorité parentale ou l'hébergement<sup>(308)</sup>.

L'interdit lié à l'inceste n'apparaît qu'à l'établissement de la seconde filiation<sup>(309)</sup> et toute reconnaissance contraire aux règles précitées est annulable à la demande des titulaires du droit de l'action en contestation (art. 330 ; *infra*, n° 642) ou du ministère public<sup>(310)</sup> (art. 138*bis*, § 1<sup>er</sup>, C. jud. ; *infra*, n° 643).

Ne sont visés par la loi que les incestes « absolus » (relations entre (demi-)frère et (demi-)sœur, ascendant et descendant - art. 161 et 162 et, dans la filiation adoptive simple<sup>(311)</sup>, entre l'adoptant et l'adopté ou ses descendants - art. 353-13) et non les incestes pouvant faire l'objet d'une dispense en matière de mariage, lesquels comprennent désormais ceux entre parents par alliance (art. 163 et 164, réd. L. du 15 mai 2007 ; *supra*, n<sup>os</sup> 330-331).

Cette problématique est en passe de se résoudre. Étaient déjà autorisées par la réforme du 1<sup>er</sup> juillet 2006, les reconnaissances d'enfants issus de relations au sein de la famille par alliance au sens juridique (*sohoonvader/schoondochter*) comme au sens sociologique (*stiefvader / stiefdochter*), à condition que le mariage qui a fait naître ce lien soit dissous, par décès ou divorce (art. 321, *in fine*)<sup>(312)</sup>. Une telle évolution législative était nécessaire pour encadrer, dans l'intérêt de l'enfant, les relations familiales qui peuvent se nouer dans les familles recomposées. Elle suit les réflexions doctrinales plus générales sur la compatibilité de l'interdit au regard des articles 8 et 14 de la C.E.D.H.<sup>(313)</sup>.

(308) Dans le même sens : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., pp. 265-266, n° 418. Plusieurs auteurs plaident pour cette solution en cas de *viol de la mère* pendant la période légale de conception (*infra*, n° 640). La jurisprudence y semble prête : dans une affaire où un père s'opposait au refus par la mère de la reconnaissance de son enfant en raison de faits de toxicomanie, le tribunal civil de Liège a estimé que « face à au bénéfice essentiel pour l'enfant de voir sa filiation établie, le parcours du demandeur ne doit pas amener au refus de reconnaissance ; si c'est nécessaire, c'est via d'autres mesures que l'exercice des droits paternels devra être encadré » (Civ. Liège, 16 mai 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, pp. 211-213). Rapp. pour un père convaincu de faits de mœurs et d'extorsion : Civ. Liège, 16 mai 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, pp. 214-216.

(309) Ex. : reconnaissance paternelle possible d'un enfant incestueux né sous X...

(310) E. VIEUJEAN, « Le nouveau droit de la filiation », o.c., p. 123, n° 29.

(311) L'adopté plénier est traité comme un enfant par le sang et, ce, tant dans sa famille adoptive que dans sa famille d'origine (art. 356-1 C. Civ.) (*supra*, n° 726-1).

(312) La loi a ainsi dépassé la portée de l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 17 décembre 2003 qui concernait une hypothèse de mariage dissous par divorce (C.A., 17 décembre 2003, n° 169/2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 628, *NjW*, 2004, p. 409, note G.V., R.W., 2003-2004, p. 1375, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 349, note E. LANGENAKEN).

(313) En ce sens : J. GERLO, « Het familierecht in het zicht van het jaar 2000 », in *Liber Amicorum Gustaaf Baeteman*, Anvers, Kluwer, 1997, p. 127, n° 12 ; E. LANGENAKEN, « Le droit de la filiation face à l'inceste : norme égalitaire ou norme symbolique ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 364, n<sup>os</sup> 13-14 ; Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, « Inceste, mariage et filiation : les cours supérieures ouvrent une voie libérale », o.c., pp. 270-271, n<sup>os</sup> 3-6 ; G. MAHIEU et D. PIRE, « La filiation », o.c., n° 34 *in fine* ;

Cette évolution est poursuivie par la Cour constitutionnelle. Après avoir libéralisé l'accès à la double filiation en cas d'inceste par *alliance*, et dans la lignée de ses arrêts critiquant les empêchements absolus à l'établissement ou à la contestation de la filiation, la Cour invalide la prohibition de double filiation sur inceste *collatéral*. Elle s'est prononcée dans le cadre d'une *recherche de paternité* dirigée par l'enfant contre le père incestueux décédé (art. 325) par un arrêt n° 103/2012 du 9 août 2012<sup>(314)</sup>. Dans cette action, l'intérêt de l'enfant doit être vérifié par le juge (art. 332*quinquies*), ce qui rend possible une pondération d'intérêts.

La question se pose si la Cour autoriserait, sur nouvelle question préjudicielle, une *reconnaissance* en cas d'inceste collatéral, par le père incestueux, visant aussi à donner à l'enfant deux filiations (art. 321) ? S'il fut facile à la Cour saisie d'une recherche de paternité de confier au juge du fond l'implémentation du contrôle de l'intérêt de l'enfant qu'elle préconise (art. 332*quinquies*), tel ne sera pas le cas pour une reconnaissance si personne ne s'y oppose, car aucun juge n'interviendra. Si l'article 321 est déclaré inconstitutionnel au nom du droit de l'enfant à une double filiation, et que tous les protagonistes adultes (mère et père incestueux) sont d'accord avec la reconnaissance incestueuse, aucun contrôle de l'intérêt de l'enfant n'aura lieu *in concreto*. Cela ne serait pas conforme à l'esprit ni à la mise en œuvre de l'arrêt n° 103/2012 du 9 août 2012<sup>(315)</sup>. Dans l'attente d'une jurisprudence, l'interdiction de reconnaissance incestueuse peut être « contournée » par une action en recherche de paternité à l'initiative de la mère ou de l'enfant, mais avec contrôle de l'intérêt de l'enfant, qui là « subirait » la volonté des parents incestueux (*infra*, n° 666)<sup>(316)</sup>.

G. VERSCHULDEN, « Afstamming », *o.c.*, p. 439, n° 764 ; *contra* : Liège, 27 février 1990, J.L.M.B., 1990, p. 1168, obs. D. PIRE ; D. VAN GRUNDEBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, *o.c.*, p. 391, n° 521. Notons, à titre d'*obiter dictum*, que par l'arrêt *Stübing c. Allemagne* (arrêt du 12 avril 2012, J.D.J., 2012, liv. 319, p. 38, N.J.B. (Pays-Bas), 2012, p. 1728), la Cour européenne a approuvé, au regard de l'article 8 de la Convention, le choix fait par l'Allemagne de permettre l'établissement d'une filiation incestueuse tout en prévenant la survenance de telles relations entre adultes consentants par une répression pénale franche.

(314) C. const., 9 août 2012, n° 103/2012, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 150, note A.-Ch. VAN GYSEL, *Juristenkrant*, 2012, liv. 253, p. 4, J.D.J., 2012, n° 319, p. 35, note G. MATHIEU et A. RASSON, J.L.M.B., 2012, p. 1281, note P. MARTENS, *T. Fam.*, 2012, p. 219, note T. WUYTS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 204, note Y.-H. LELEU et L. SAUVEUR, *T.J.K.*, 2015, p. 67, note E. IGNOVSKA et G. VERSCHULDEN (inconstitutionnalité de l'interdiction absolue d'établissement judiciaire de paternité par un pere de l'enfant issu de sa demi-sœur). Pour une analyse très critique : A.-Ch. VAN GYSEL, « Intérêt de l'enfant et inceste », in *Filiation et parentalité* (J.-L. RENCHON et J. SOSSON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 131 et s.

(315) Y.-H. LELEU et L. SAUVEUR, « La filiation incestueuse et la Cour constitutionnelle », note sous C. const., n° 103/2012 du 9 août 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 222.

(316) G. MATHIEU, *Le secret des origines en droit de la filiation*, Malines, Kluwer, 2015, p. 456, n° 796. Ou par une « action 2 en 1 » introduite par le père biologique incestueux à l'encontre d'une reconnaissance réalisée par une personne de complaisance puisque les articles relatifs à cette action (art. 330, § 3 et 332*quinquies* combinés) ne font aucune référence à la prohibition de l'inceste (Y.-H. LELEU et L. SAUVEUR, « La filiation incestueuse et la Cour constitutionnelle », note sous C. const., n° 103/2012 du 9 août 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 222).

**640. Viol de la mère. Constitutionnalité.** Le législateur réserve un sort particulier à l'hypothèse où le candidat à la reconnaissance est poursuivi au pénal pour viol de la mère pendant la période de conception (art. 329*bis*, § 2, al. 4). La reconnaissance ne peut alors avoir lieu si la mère s'oppose<sup>(317)</sup>, et le délai (inconstitutionnel)<sup>(318)</sup> d'1 an visé au 3<sup>e</sup> alinéa<sup>(319)</sup> de l'article 329*bis*, § 2, est « suspendu » jusqu'à ce que la décision sur l'action publique soit définitive. Si le candidat à la reconnaissance est coupable, la demande d'autorisation de reconnaissance sera rejetée.

Outre de nombreux problèmes techniques et incohérences<sup>(320)</sup>, aggravés par la loi sur la comaternité<sup>(321)</sup>, c'est le dispositif-même, voulant respecter la présomption d'innocence du partenaire abuseur, qui pose question<sup>(322)</sup>. Il eût été possible d'en rencontrer les objectifs sans disposition crispante, car le tribunal peut apprécier l'intérêt de l'enfant à la reconnaissance si (et seulement si) la mère et/ou l'enfant âgé de plus de 12 ans s'y oppose. Voilà un nouvel empêchement absolu, constitutionnellement fragile, que la Cour constitutionnelle pourrait sanctionner non pas dans son principe – la cause est louable –, mais dans la disproportion de ses effets. Il y a d'autres moyens que l'empêchement d'établir la filiation pour atteindre l'objectif poursuivi par l'exception de viol<sup>(323)</sup> : dévolution de l'exercice exclusif de l'autorité parentale, restriction des contacts, déchéance de l'autorité parentale, tutelle en cas d'impossibilité durable d'exercer l'autorité parentale, action alimentaire.

L'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 103/2012 du 9 août 2012 en matière d'inceste fait à notre avis douter de la pertinence de l'exception

(317) Notons que cet obstacle est moins absolu que celui de l'inceste : rien n'empêche d'établir la filiation par reconnaissance avec le consentement de la mère et de l'enfant. Sur cette possibilité, voy. : J. Sossion, « Le droit de la filiation nouveau est arrivé », *o.c.*, p. 398, n° 42 ; F. SWENNEN, *Het personen-en familierecht*, *op. cit.*, p. 290, n° 459.

(318) C. const., 16 décembre 2010, n° 144/2010, précité ; *supra*, n° 638.

(319) Suite à une imperfection légistique, l'actuel art. 329*bis*, § 2, al. 4, traite du délai d'1 an visé à l'alinéa 4.

(320) Voy. à ce sujet : M. DEMARET, « Le droit de la filiation réformé », *o.c.*, pp. 140-141, n° 36 ; N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, *o.c.*, p. 95. L'empêchement ne vise pas d'autres comportements pénaux graves et/ou concernant l'enfant, ne concerne que les enfants mineurs, ne vaut que pour le viol « fécondant », donc pas celui pendant la grossesse d'une femme enceinte de l'enfant à reconnaître (pour un relevé de toutes les incohérences : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 455, n° 735).

(321) Le viol par la coparente candidate à la reconnaissance est incriminé en raison de la neutralité des termes « le candidat à la reconnaissance » dans l'article 329*bis* et du renvoi opéré à cette disposition par l'article 325-4 relatif à la reconnaissance coparentale.

(322) Pour plus de détails : N. MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », *o.c.*, pp. 81-84, n<sup>os</sup> 31 et 32.

(323) Dans le même sens : M. DEMARET, « Le droit de la filiation réformé », *o.c.*, p. 142 ; N. MASSAGER, « La proposition de loi 597 modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci », *Rev. dr. U.L.B.*, 2005, pp. 228-229 et « La nouvelle loi sur la filiation », *o.c.*, p. 84 ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 455, n° 735.

du viol, malgré son particularisme<sup>(324)</sup>. Nous sommes d'avis que l'enfant issu d'un viol, voire d'un viol incestueux, pourrait et devrait voir son intérêt à l'établissement de la filiation pris en considération<sup>(325)</sup>. Telle est d'ailleurs la tendance de la jurisprudence constitutionnelle qui prône l'appréciation (judiciaire) de tous les intérêts en présence.

## § 2. Contestation

### 1. Procédure

**641. Renvoi.** Nous renvoyons à l'examen des règles communes aux actions en contestation de paternité pour ce qui concerne les règles relatives à la procédure, aux personnes à la cause, aux preuves et aux effets de la décision (*supra*, n<sup>os</sup> 611 et s.), en précisant que, tant que le jugement annulant une reconnaissance n'a pas acquis force de chose jugée, la filiation demeure établie à l'égard de l'auteur de la reconnaissance<sup>(326)</sup>.

### 2. Titulaires

**642. Action réservée.** La loi limite depuis 2006 les titulaires des actions en contestation de reconnaissance, comme ceux de la contestation de filiation légale. La contestation est fondée soit sur une discordance avec la réalité biologique ou avec le projet parental de P.M.A., soit sur un vice de consentement. La contestation par l'auteur de la reconnaissance ou par les personnes dont le consentement fut requis (art. 329*bis* et 325-7, § 1<sup>er</sup>, al. 3) est en effet soumise à un régime particulier.

1. La reconnaissance *maternelle* peut être contestée par :

- L'auteur de la reconnaissance, le père, l'enfant. Comme ces titulaires doivent consentir à la reconnaissance<sup>(327)</sup>, seul un vice de consentement fonde la contestation (art. 330, § 1<sup>er</sup>, al. 2).

Restriction supplémentaire : si ces titulaires ont été parties à une action en autorisation de la reconnaissance, sur opposition d'un titulaire du droit d'y consentir, alors ils ne peuvent plus du tout la contester (art. 330, § 1<sup>er</sup>, al. 3). La raison en est que de

(324) Le viol est pénalement répréhensible, contrairement à l'inceste qui ne l'est que socialement. L'intérêt de l'enfant ne semble pas, ici, avoir été la (seule) priorité du législateur, qui a voulu tenir compte des intérêts de la mère.

(325) Y.-H. LELEU et L. SAUVEUR, « La filiation incestueuse et la Cour constitutionnelle », note sous C. const., n<sup>o</sup> 103/2012 du 9 août 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 213.

(326) Bruxelles, 8 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 540 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 180.

(327) Sauf si l'enfant majeur n'est pas capable d'exprimer sa volonté, si le juge de paix l'a déclaré incapable de consentir à la sa reconnaissance par une ordonnance prise en vertu de l'article 492/1, s'il est âgé de moins de 12 ans ou enfin si, bien qu'âgé de plus de 12 ans, le juge le considère comme privé de discernement (art. 329*bis*, § 1<sup>er</sup> et § 2, al. 2).

l'ouverture-même de cette action, il résulte que la reconnaissance est conforme à la vérité biologique et qu'elle n'est pas mensongère, puisqu'il s'agit de l'intérêt de l'enfant y fut apprécié.

- La femme qui revendique la filiation maternelle après contestation (« 2 en 1 »), ne fonde pas sa contestation sur un vice de consentement, mais sur la vérité biologique. L'intérêt de l'enfant sera systématiquement apprécié (art. 330, § 3 et 332quinquies), ce qui n'aurait pas été le cas si elle avait reconnu l'enfant immédiatement<sup>(328)</sup>.

## 2. La reconnaissance *paternelle* peut être contestée par :

- L'auteur de la reconnaissance, la mère, l'enfant, seulement pour vice de consentement (art. 330, § 1<sup>er</sup>, al. 2), ou pas du tout s'ils ont été parties à une action en autorisation de la reconnaissance (art. 330, § 1<sup>er</sup>, al. 3).

Telle est la raison juridique pour laquelle les reconnaissances paternelles dites « de complaisance » sont contraignantes et foment de discorde en cas de rupture du couple « parental » : une reconnaissance non conforme à la vérité biologique, dont tous les consentements furent libres, tant dans le chef de l'auteur de la reconnaissance que de la mère ou de l'enfant, ne pourra plus être contestée par ces trois titulaires<sup>(329)</sup>, et pas non plus par le père biologique si une possession d'état existe *et* reflète une réalité socio-affective et une convergence d'intérêts vers la famille légale<sup>(330)</sup>.

(328) On notera que la coparente *in spe*, une femme qui aurait noué un projet parental avec la mère, n'est pas titulaire de la contestation de reconnaissance maternelle, sauf si elle revendique elle-même la maternité (et pas la comaternité) (F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 482, n° 788).

(329) C. const., 25 septembre 2014, n° 139/2014, R.W., 2014-2015, p. 279 (somm.) (contestation de la reconnaissance paternelle par l'auteur de la reconnaissance, nécessité d'un vice de consentement) ; C. const., 19 mars 2015, n° 38/2015, *Juristenkrant*, 2015, p. 16, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 304 (somm.) (contestation de la reconnaissance paternelle par l'auteur de la reconnaissance, nécessité d'un vice de consentement) ; C. const., 24 septembre 2015, n° 126/2015, R.W., 2015-2016, p. 280 (somm.) (contestation de la reconnaissance paternelle par la mère, nécessité d'un vice de consentement).

(330) C. const., 7 mars 2013, n° 29/2013, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 73, note N. GALLUS, *Juristenkrant*, 2013, liv. 266, p. 1 (refl. G. VERHELLEN), *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 557, note J. SOSSON, R.W., 2012-2013, p. 1359 (somm.) et 2013-2014, p. 170 (somm.), note X, *T. Fam.*, 2013, p. 216, note T. WUYTS (contestation de la reconnaissance paternelle par le père biologique ; censure du caractère absolu de la possession d'état) ; C. const., 9 juillet 2013, n° 96/2013, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 140, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1344, note N. GALLUS, R.A.B.G., 2014, p. 207, note B. LAMBERSY et C. VERGAUWEN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 1043 (somm.), note G. MATHIEU, R.W., 2013-2014, p. 160 (somm.), *T. Fam.*, 2013, p. 218, note T. WUYTS (contestation de la reconnaissance paternelle par le père biologique ; censure du caractère absolu de la possession d'état) ; C. const., 19 septembre 2014, n° 127/2014, R.W., 2014-2015, p. 279 (somm.), R.W., 2014-2015, p. 738 (somm.), note J.T. (contestation de la reconnaissance paternelle par l'auteur de la reconnaissance ; censure du caractère absolu de la possession d'état) ; C. const., 25 septembre 2014, n° 139/2014, R.W., 2014-2015, p. 279 (somm.) (contestation de la reconnaissance paternelle par l'auteur de la reconnaissance ; censure du caractère absolu de la possession d'état) ; C. const., 12 mars 2015, n° 35/2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 303 (somm.) (contestation de la

- L'homme qui revendique la filiation paternelle : la contestation est fondée sur la vérité biologique, avec appréciation de l'intérêt de l'enfant (art. 330, § 3 et 332quinquies).
- La femme qui revendique la comaternité de l'enfant, si celle-ci a consenti avec la mère au projet parental de P.M.A. dont est issu l'enfant (art. 330, § 4 et 332quinquies) (ex. reconnaissance de complaisance par un amant ou un autre homme pour tenter d'exclure l'ancienne compagne)<sup>(331)</sup>.

### 3. La reconnaissance *comaternelle* peut être contestée par :

- La femme qui a reconnu l'enfant, la mère, l'enfant, seulement pour vice de consentement (art. 325-7, § 1<sup>er</sup>, al. 2), ou pas du tout si ces titulaires ont été parties à une action en autorisation de la reconnaissance (art. 325-7, § 1<sup>er</sup>, al. 3).

Une reconnaissance de complaisance par une coparente est possible si les consentements sont libres. Elle ne pourra être contestée par ces trois titulaires, et pas non plus par une autre femme qui revendique la comaternité ni par le père biologique, si une possession d'état existe *et* reflète une réalité socio-affective qui dirige les intérêts en présence vers la famille légale.

- L'homme qui revendique la filiation paternelle fonde sa contestation sur la vérité biologique, avec appréciation de l'intérêt de l'enfant (art. 325-7, § 3 et 332quinquies).
- La femme qui revendique la comaternité fonde sa contestation sur son consentement avec la mère au projet parental de P.M.A. dont est issu l'enfant (art. 325-7, § 4 et 332quinquies) (ex. reconnaissance de complaisance par un amant ou homme pour tenter d'exclure l'ancienne compagne)<sup>(332)</sup>.

**643. (suite) Exclusion des tiers intéressés. Ministère public.** L'action en contestation de la reconnaissance n'est plus ouverte à tout intéressé, notamment les grands-parents, les frères et sœurs ou l'épouse (art. 330, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup> ancien)<sup>(333)</sup>.

La limitation des titulaires, conjuguée à la réduction du délai d'action, a eu pour effet de réduire les contestations de reconnaissances de

---

reconnaissance paternelle par l'auteur de la reconnaissance ; censure du caractère absolu de la possession d'état ; censure du caractère absolu de la possession d'état). C. const., 26 novembre 2015, n° 168/2015, inédit (contestation de la reconnaissance paternelle par le tuteur *ad hoc* de l'enfant ; censure du caractère absolu de la possession d'état).

(331) F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 482, n° 788.

(332) J.-E. BEERNAERT et N. MASSAGER, « Loi du 5 mai 2014 instaurant le régime de la comaternité : 'Trois femmes, un homme et un couffin' », o.c., p. 81.

(333) Bruxelles, 23 avril 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 246 (épouse) ; Civ. Liège, 11 janvier 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 204 (frère ; intérêt moral ; mais possession d'état).

complaisance, à l'initiative desquelles étaient parfois appelés des membres de la famille faisant valoir un intérêt « moral »<sup>(334)</sup>. On s'est demandé si l'intérêt de l'enfant était servi par le maintien d'une filiation mensongère qui ne s'accompagnerait pas d'une relation familiale significative et actuelle<sup>(335)</sup>.

Le *ministère public* conserve selon nous un droit d'action en garant de l'ordre public<sup>(336)</sup> (art. 138*bis*, § 1<sup>er</sup>, C. jud.). Il pourra dès lors agir en contestation d'une reconnaissance frauduleuse<sup>(337)</sup>, simulée<sup>(338)</sup> ou manifestement mensongère, par exemple en raison de la faible différence d'âge entre l'auteur et l'enfant<sup>(339)</sup>.

### 3. Délais

**644. Brefs délais légaux.** Sous réserve de la jurisprudence constitutionnelle exposée ci-après, la contestation de reconnaissance est enfermée, comme celle de la filiation légale, dans des délais préfix brefs, distincts pour chaque titulaire quant à leur point de départ<sup>(340)</sup> :

- l'action du *père*, de la *mère*, de la *personne qui a reconnu l'enfant*, doit être intentée dans l'année de la découverte de la vérité biologique, à savoir le fait que la personne qui a reconnu l'enfant *n'est pas* le père ou la mère (art. 330, § 1<sup>er</sup>, al. 4) ;
- l'action de la *personne qui revendique la filiation* (parent biologique) doit être intentée dans l'année de la découverte qu'elle *est* le père ou la mère de l'enfant (art. 330, § 1<sup>er</sup>, al. 4) ;
- l'action de l'*enfant* peut encore être intentée entre 12 et 22 ans, ou, après cet âge, dans l'année de la découverte du fait que la personne

(334) N. MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », *o.c.*, p. 90, n° 38. En droit ancien : Liège, 11 janvier 1999, R.G.D.C., 2000, p. 180 ; Civ. Hasselt, 21 mai 2002, L.R.L., 2003, p. 192 ; Civ. Gand, 5 avril 2001, T.G.R., 2001, p. 168, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 179 (somm.) ; Civ. Liège, 12 février 1993, J.L.M.B., 1995, p. 191 ; Civ. Bruxelles, 19 mai 1992, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 665 ; Liège, 2 juin 1998, J.T., 1998, p. 811, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 552 ; Civ. Liège, 24 juin 1994, J.L.M.B., 1995, p. 196 ; Civ. Mons, 4 février 1992, J.T., 1992, p. 313.

(335) *Ibid.*

(336) En ce sens, N. MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », *o.c.*, p. 89, n° 37 ; J. SOSSON, « Le droit de la filiation nouveau est arrivé ! », *o.c.*, p. 400, n° 50.

(337) Rapp. : Civ. Gand, 31 janvier 2002, R.G.D.C., 2003, p. 90, note (critique) G. VERSCHULDEN.

(338) Civ. Liège, 7 mars 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 79 ; B. LANGHENDRIES, « Les bébés papiers : Derrière le concept choc, un nouveau risque de discrimination des familles en migration », *o.c.*, p. 80 ; P. SENAËVE, « Papieren kinderen », *o.c.*, p. 22.

(339) Civ. Anvers, 17 avril 1989, *Pas.*, 1989, III, p. 104, note F.B. ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n° 679 ; *contra* : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, *o.c.*, p. 897, n° 904.

(340) Sur le cas de « force majeure » pouvant résulter du caractère occulte d'une reconnaissance notariée : A. HEYVAERT et R. VANCRAENENBROECK, « Art. 330 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, *o.c.*, p. 20, n° 10.

qui l'a reconnu n'est pas son père, sa mère ou sa coparente (art. 330, § 1<sup>er</sup>, al. 4, art. 325-7, § 1<sup>er</sup>, al. 7)<sup>(341)</sup>.

- L'action de la *femme qui revendique la comaternité* doit être intentée dans l'année de la découverte du fait qu'elle a consenti au projet de P.M.A. dont l'enfant est issu (art. 330, § 1<sup>er</sup>, al. 4, art. 325-7, § 1<sup>er</sup>, al. 5) ; celle qui établit seulement avoir consenti avec la mère à une procréation artisanalement assistée (ex. recours à un donneur ami) serait sans délai légal pour agir<sup>(342)</sup>.

**645. (suite) Constitutionnalité : empêchements absolus vs. intérêts en présence. Office actuel du juge du fond. Renvoi.** La Cour constitutionnelle contrôle les délais de contestation de reconnaissance de la même manière que ceux de contestation de filiation légale. Elle veut éviter qu'ils ne deviennent des empêchements absolus d'agir, privant le demandeur d'une chance effective de faire apprécier les intérêts en présence par le juge.

C'est d'abord la prescription en cas d'*impossibilité technique d'agir* qui est critiquée.

Dans l'arrêt n° 54/2011 du 6 avril 2011<sup>(343)</sup>, la Cour constitutionnelle déclare inconstitutionnelle la rigueur excessive du délai de l'article 330, § 1<sup>er</sup>, du Code civil, en ce qu'il peut débiter avant la reconnaissance contestée. L'intérêt de l'enfant ne justifie pas, selon la Cour, que la reconnaissance par le père biologique puisse être empêchée par un refus de la mère suivi d'une reconnaissance par un autre homme que le père. La Cour estime qu'il est suffisamment tenu compte de l'intérêt de l'enfant en matière de reconnaissance puisque le juge a la possibilité de refuser une reconnaissance « manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant » (art. 329bis, § 2, al. 2).

La Cour critique également le point de départ du délai en ce qu'il peut prendre cours *avant la prise de connaissance* par le père biologique de l'existence de la reconnaissance contestée (arrêt n° 165/2013 du 5 décembre 2013)<sup>(344)</sup>. Elle censure pour la même raison le point de départ du délai transitoire d'un an à compter de l'entrée en vigueur de

(341) Sur les difficultés pratiques liées à la difficile preuve du point de départ du délai : *supra*, n° 618.

(342) F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 483, n° 789.

(343) C. const., 6 avril 2011, n° 54/2011, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 146, note N. MASSAGER, *R.A.B.G.*, 2011, p. 889, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 345 (somm.), *R.W.*, 2010-2011, p. 1751, *T. Fam.*, 2011, p. 93, note G. VERSCHULDEN, *T.J.K.*, 2011, p. 254 (somm.). Dans le cas soumis à la Cour, le père biologique souhaite reconnaître son fils, mais se voit opposer le refus de la mère. À l'audience d'introduction de son action en reconnaissance, il apprend que l'enfant a été reconnu par un autre homme. Il demande donc l'annulation de cette reconnaissance mais se voit opposer le dépassement du délai d'un an à dater de la découverte de la paternité de son fils (art. 330, § 1<sup>er</sup>, al. 4).

(344) C. const., 5 décembre 2013, n° 165/2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 62, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 386 (somm.), *R.W.*, 2013-2014, p. 799 (somm.), *T. Fam.*, 2014, p. 39, note A. QUIRYNEN.

la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006 – article 25, § 1<sup>er</sup> de ladite loi – en ce qu'il peut prendre cours avant la prise de connaissance par le père biologique de l'existence de la reconnaissance contestée (arrêt n° 118/2014 du 17 juillet 2014)<sup>(345)</sup>.

Plus fondamentaux sont les arrêts qui se prononcent sur un *retard dans l'action*. À ce jour aucun arrêt n'a déclaré le délai préfix inconstitutionnel à la demande d'adultes (parents), tandis que deux questions préjudicielles introduites par un enfant tardif sont pendantes<sup>(346)</sup>. Comme pour la contestation de paternité, la Cour juge sévèrement le dépassement du délai par un demandeur adulte, principalement le père biologique. Dans l'arrêt n° 139/2013 du 17 octobre 2013<sup>(347)</sup>, elle valide le délai notamment eu égard au caractère non absolu de la fin de non recevoir parce que l'enfant pouvait encore agir entre 12 et 22 ans. Elle ne donne plus de justification de ce type pour valider le délai dans les arrêts n° 165/2013 du 5 décembre 2013 et n° 16/2014 du 29 janvier 2014<sup>(348)</sup>, mais bien dans l'arrêt n° 139/2014 du 25 septembre 2014<sup>(349)</sup>.

La cohérence et la portée de cette jurisprudence relative aux délais quant à l'office du juge du fond est décrite plus haut à propos de la contestation de paternité légal (*supra*, n° 619 et 619-1).

#### 4. Fins de non-recevoir

**646. Possession d'état.** Sous réserve de la jurisprudence constitutionnelle exposée ci-après, la demande de contestation de la reconnaissance est rejetée<sup>(350)</sup> si l'enfant a la possession d'état à l'égard de celui ou celle qui

(345) C. const., n° 118/2014, 17 juillet 2014, *Juristenkrant*, 2014, E. DE BOCK, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 528 (somm.) (action du père biologique, expiration du délai avant la connaissance de la reconnaissance).

(346) Q.P., n° 6120, 17 décembre 2015 (action en contestation de paternité du mari par l'enfant majeur) ; Q.P., n° 6209, 26 mai 2015 (action en contestation de la reconnaissance paternelle par l'enfant majeur).

(347) C. const., 17 octobre 2013, n° 139/2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 71, *J.L.M.B.*, 2014, p. 253, *R.A.B.G.*, 2014, p. 218, note B. LAMBERSY et C. VERGAUWEN, *Rev. not. belge*, 2014, p. 11, note X, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 1045 (somm.), note G. MATHIEU, *R.W.*, 2013-2014, p. 479 (somm.), *R.W.*, 2013-2014, p. 1026 (somm.), *T. Fam.*, 2014, p. 36, note A. QUIRYNEN. La Cour justifie le caractère non absolu de l'empêchement par le fait que l'enfant peut encore agir.

(348) C. const., 5 décembre 2013, n° 165/2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 62, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 386 (somm.), *R.W.*, 2013-2014, p. 799 (somm.), *T. Fam.*, 2014, p. 39, note A. QUIRYNEN (action en contestation de la reconnaissance paternelle par le père biologique) ; C. const., 29 janvier 2014, n° 16/2014, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 59, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 387 (somm.), *R.W.*, 2013-2014, p. 1040 (somm.), *R.W.*, 2014-2015, p. 497 (somm.), note (action en contestation de la reconnaissance paternelle par le père biologique).

(349) Cour const., 25 septembre 2014, n° 139/2014, *R.W.*, 2014-2015, p. 279 (somm.) (action en contestation de reconnaissance paternelle par l'auteur de la reconnaissance).

(350) La possession d'état opère comme fin de non-recevoir : Civ. Bruxelles, 10 février 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 654.

l'a reconnu<sup>(351)</sup>. La possession d'état consolide une parenté qui ne serait que socio-affective.

Son incidence est généralisée à toute forme de contestation, aussi celle par l'auteur ou par ceux ayant consenti à la reconnaissance, et qui regretteraient après coup leur démarche<sup>(352)</sup>.

**647-659. (suite) Constitutionnalité : empêchements absolus vs. intérêts en présence. Office actuel du juge du fond. Renvoi.** Dans la lignée des arrêts rendus en matière de contestation de paternité (*supra*, n° 620-621-1), la Cour constitutionnelle a censuré le caractère absolu de la fin de non recevoir liée à la possession d'état (art. 330, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>) par cinq arrêts après celui n° 29/2013 du 7 mars 2013<sup>(353)</sup>, à la demande du père biologique ou de l'auteur de la reconnaissance. Une jurisprudence de fond isolée avait anticipé ceux-ci<sup>(354)</sup>. Il n'est à ce jour pas fait de différence selon les titulaires de l'action ni selon que l'enfant est majeur ou mineur ni selon l'actualité ou l'expiration de la possession d'état.

La cohérence et la portée de cette jurisprudence relative à la possession d'état quant à l'office du juge du fond est décrite plus haut à propos de la contestation de la paternité légitime (*supra*, n° 621 et 621-1).

**660. Procréation médicalement assistée. Maternité de substitution.** Si l'enfant a été conçu par P.M.A., l'auteur d'une reconnaissance *paterne* ou *comaternelle*, qui était associé au projet parental, est recevable à contester celle-ci en cas de *dol* de la mère qui aurait conçu l'enfant

(351) Cass., 25 juin 1993, *J.T.*, 1994, p. 478, *Pas.*, 1993, I, p. 626 ; Bruxelles, 16 avril 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 229 ; Anvers, 24 novembre 2004, *NjW*, 2005, p. 454, note G.V. ; Anvers, 5 mai 1999, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 836, note K. JACOBS ; Liège, 16 mars 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1529 ; Liège, 11 janvier 1999, *R.G.D.C.*, 2000, p. 180 ; Liège, 11 février 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1030, *J.T.*, 1997, p. 521 ; Liège, 28 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 500 ; Mons, 1<sup>er</sup> mars 1990, *Pas.*, 1990, II, p. 178 ; Civ. Liège, 11 janvier 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 204 ; Civ. Arlon, 17 février 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 195 ; Civ. Liège, 14 janvier 1997, *J.T.*, 1997, p. 522 ; Civ. Bruxelles, 19 mai 1992, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 665.

(352) Sur cette question antérieurement controversée, voy. la précédente édition, p. 523, n° 654.

(353) C. const., 7 mars 2013, n° 29/2013, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 73, note N. GALLUS, *Juristenkrant*, 2013, liv. 266, p. 1, reflet G. VERHELLEN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 557, note J. SOSSON, *R.W.*, 2012-2013, p. 1359 (somm.) et 2013-2014, p. 170 (somm.), note X, *T. Fam.*, 2013, p. 216, note T. WUYTS (contestation de la reconnaissance paternelle par le père biologique) ; C. const., 9 juillet 2013, n° 96/2013, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 140, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1344, note N. GALLUS, *R.A.B.G.*, 2014, p. 207, note B. LAMBERSY et C. VERGAUWEN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 1043 (somm.), note G. MATHIEU, *R.W.*, 2013-2014, p. 160 (somm.), *T. Fam.*, 2013, p. 218, note T. WUYTS (contestation de la reconnaissance paternelle par le père biologique) ; C. const., 19 septembre 2014, n° 127/2014, *R.W.*, 2014-2015, p. 279 (somm.), *R.W.*, 2014-2015, p. 738 (somm.), note J.T. (contestation de la reconnaissance paternelle par l'auteur de la reconnaissance) ; C. const., 25 septembre 2014, n° 139/2014, *R.W.*, 2014-2015, p. 279 (somm.) (contestation de la reconnaissance paternelle par l'auteur de la reconnaissance) ; C. const., 12 mars 2015, n° 35/2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 303 (somm.) (contestation de la reconnaissance paternelle par l'auteur de la reconnaissance) ; C. const., 26 novembre 2015, n° 168/2015, inédit (contestation de la reconnaissance paternelle par le tuteur *ad hoc* de l'enfant).

(354) Mons (19<sup>e</sup> ch.), 14 mai 2012, *Act. dr. fam.*, 2012, pp. 141-142 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, pp. 799-800, note G. MATHIEU ; *J.L.M.B.*, 2013, p. 405, note V. MAKOW.

avec un autre partenaire (art. 330, § 1<sup>er</sup>, al. 2, 325-7, § 1<sup>er</sup>, al. 2). Le consentement donné à un projet de P.M.A. ne fait pas, en soi, obstacle à la contestation de reconnaissance, comme en matière de filiation légale (art. 318, § 4).

En cas de *maternité de substitution*, une reconnaissance *maternelle* par la mère d'accueil (ex. accouchement sous X de la mère de substitution), peut être contestée, à défaut d'accouchement, par exemple par la mère de substitution, mais, en principe, en l'absence de possession d'état<sup>(355)</sup>. Par contre, une reconnaissance maternelle effectuée par la mère de substitution ayant accouché sous X à l'étranger et qui se ravise et ne remet pas l'enfant, ne pourra pas être contestée par la mère génétique en raison de la prévalence du critère de l'accouchement<sup>(356)</sup> (*supra*, n° 119).

## 5. Conditions de fond

**661. Absence d'incidence de l'intérêt de l'enfant.** L'intérêt de l'enfant dont la reconnaissance est contestée n'est pas pris en considération par le juge<sup>(357)</sup>, sauf en cas d'établissement (2 en 1) de la filiation de l'homme ou de la femme qui revendiquent la filiation ou la comaternité (art. 330, § 3 et 325-7, § 3). La compétence du tribunal est donc liée : il doit annuler la reconnaissance si le demandeur établit – par toutes voies de droit (*supra*, n° 623) – son caractère mensonger ou le vice de son consentement (art. 330, § 2 et 325-7, § 2).

Cette lacune interpelle au regard de l'obligation constitutionnelle d'apprécier les intérêts en présence, principalement celui de l'enfant. L'apparente rigueur de cette règle est toutefois tempérée par le rôle en principe confirmatif de la possession d'état. Si la possession d'état ne peut plus être un obstacle absolu, elle pourrait devenir le creuset de la balance des intérêts en présence, à condition d'être révélatrice d'une vie socio-familiale au jour de la demande (*supra*, n° 619-1).

(355) N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, o.c., p. 943.

(356) Comp. : N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, o.c., p. 54.

(357) Cass., 4 novembre 1999, *Pas.*, 2000, p. 1446, *J.T.*, 2000, p. 667, *T.J.K.*, 2000, p. 62, note K. HANSON, R.W., 2000-2001, p. 232, note A. VANDAELE, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 681 ; Cass., 11 septembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 793, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 563, note ; Cass., 28 avril 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 449, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 559 ; Bruxelles, 23 septembre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 814 ; Bruxelles, 6 mai 2004, *R.G.D.C.*, 2006, p. 366, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 309 (somm.) ; Liège, 16 mars 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1529 ; Liège, 11 janvier 1999, *R.G.D.C.*, 2000, p. 180 ; Civ. Arlon, 17 février 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 195 ; Civ. Namur, 26 mai 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 1136 ; Civ. Gand, 31 janvier 2002, *R.G.D.C.*, 2003, p. 90, note G. VERSCHelden ; Civ. Liège, 31 janvier 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 193. Rapp. en ce sens : C.A., 14 juillet 1994, n° 62/94, *J.L.M.B.*, 1995, p. 164, obs. D. PIRE, R.W., 1994-1995, p. 532, note, *Rev. trim. dr. fam.*, 1994, p. 741 ; G. MAHIEU et D. PIRE, « La filiation », o.c., n° 99 ; G. VERSCHelden, « Afstamming », o.c., p. 623, n° 1151.

Rappelons l'arrêt n° 30/2013 du 7 mars 2013<sup>(358)</sup> qui censure le caractère marginal de l'appréciation par le juge de l'intérêt de l'enfant, et affecte encore davantage le droit législatif de la filiation au profit d'une appréciation judiciaire (*supra*, n° 638).

**662. Preuve d'un vice de consentement.** La loi réformée en 2006 et en 2014 persiste à limiter le droit d'action de l'auteur de la reconnaissance, ainsi que celui de la personne qui y a consenti, en exigeant la preuve d'un *vice de consentement* (art. 330, § 1<sup>er</sup>, al. 2, art. 325-7, § 1<sup>er</sup>, al. 2). Les vices retenus sont ceux du droit commun des obligations : le dol, la violence ou l'erreur<sup>(359)</sup>, outre, bien entendu, l'absence de consentement<sup>(360)</sup>.

La preuve du vice de consentement suffit-elle ou le demandeur doit-il encore prouver l'absence de filiation entre l'enfant et l'auteur de la reconnaissance<sup>(361)</sup> ? Selon la Cour de cassation, la preuve du vice de consentement ne suffit pas pour annuler la reconnaissance<sup>(362)</sup>. La querelle ainsi tranchée était académique car, en pratique, la quasi-totalité des demandes se fonde sur l'erreur ou sur le dol, des vices qui impliquent généralement l'absence de filiation<sup>(363)</sup>. On ne peut, il est vrai, présumer avec autant de certitude l'absence de lien biologique en cas de violence (contre un père réticent)<sup>(364)</sup> ou d'absence totale de consentement (d'un père dément ou dépendant)<sup>(365)</sup>. mais dans tous les cas, le procès sera le lieu d'un débat sur le lien biologique, avec expertise génétique s'il y a doute à ce sujet<sup>(366)</sup>.

(358) C. const., 7 mars 2013, n° 30/2013, précité. Dans le même sens : C. const., 2 juillet 2015, n° 101/2015 ; C. const., 2 juillet 2015, n° 102/2015.

(359) Liège, 9 mai 2012, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 84, note G. MATHIEU ; Bruxelles, 23 septembre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 814.

(360) Mons, 18 mai 1999, *R.G.D.C.*, 2000, p. 618 (rejet) ; Civ. Bruxelles, 25 février 1998, précité ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 897, n° 904. Certaine jurisprudence y ajoute la *fraude à la loi* (impérative), qui corrompt une reconnaissance effectuée dans le but d'obtenir un avantage illégitime (ex. : régulariser le séjour de la mère en Belgique : Civ. Gand, 31 janvier 2002, *R.G.D.C.*, 2003, p. 90, note (critique) G. VERSCHELDEN). Il est préférable, en pareil cas, de procéder à l'annulation à la demande du ministère public (voy. ci-dessus).

(361) En ce sens : Civ. Gand, 25 octobre 2001, *R.G.D.C.*, 2003, p. 90, note G. VERSCHELDEN ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 897, n° 904 ; G. MAHIEU et D. PIRE, « La filiation », o.c., n° 145 ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 292, n° 464 ; G. VERSCHELDEN, « Afstamming », o.c., p. 579, n° 1044 ; E. VIEUJEAN, « Le nouveau droit de la filiation », o.c., p. 108, n° 11. *Contra* : Gand, 9 juin 1995, *A.J.T.*, 1995-1996, p. 319, note K. JACOBS ; A. HEYVAERT et R. VANCRAENENBROECK, « Art. 330 B.W. », o.c., n° 12 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, n° 689.

(362) Cass., 7 mai 2007, *Pas.*, 2007, p. 858, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1153, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 240, *R.W.*, 2008-2009, p. 703 (somm.), *T. Fam.*, 2007, p. 214, note S. AUDOORE.

(363) Gand, 9 juin 1995, précité ; Civ. Bruxelles, 25 février 1998, précité ; Civ. Neufchâteau, 2 juin 1999, *R.R.D.*, 2000, p. 66, note N. DENIES (erreur, rejet).

(364) Civ. Liège, 25 novembre 1988, *Rev. trim. dr. fam.*, 1990, p. 267.

(365) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 897, n° 904.

(366) Bruxelles, 15 septembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 165.

La reconnaissance ne peut en aucune manière être contestée « par ceux qui ont été parties à la décision qui l'a autorisée conformément à l'article 329*bis* ou à celle qui a refusé l'annulation demandée en vertu de cet article » (art. 330, § 1<sup>er</sup>, al. 3 et 325-7, § 1<sup>er</sup>, al. 3).

**663. Contestation par le parent biologique. Constitutionnalité.** En parallèle avec ce qui prévaut en matière de contestation de filiation légale (*supra*, n° 617), l'action en contestation de reconnaissance initiée par la personne qui se prévaut de la qualité de parent biologique de l'enfant est de type « 2 en 1 ». Pour autant qu'il puisse établir sa paternité (ou sa maternité), le parent *biologique* qui conteste la reconnaissance antérieure verra de plein droit sa filiation établie (art. 330, § 3 et 325-7, § 3)<sup>(367)</sup>. En matière de comaternité, la contestation introduite par la femme qui revendique la comaternité (*intentionnelle*) de l'enfant ne sera fondée que s'il est prouvé qu'elle a consenti à la P.M.A dont celui-ci est issu (art. 325-7, § 4).

Jusqu'aux arrêts de la Cour constitutionnelle n° 61/2012 du 3 mai 2012<sup>(368)</sup> et n° 30/2013 du 7 mars 2013<sup>(369)</sup>, le tribunal vérifiait que les conditions de l'article 332*quinquies* étaient remplies, et opérait un contrôle marginal de l'intérêt de l'enfant de plus d'1 an. Tant ce seuil pivot que le caractère marginal du contrôle ont été condamnés par la Cour constitutionnelle (*supra*, n°s 617 et 638).

## SECTION 4

### La filiation établie par décision de justice

#### § I. Domaine

**664. Absence de filiation.** L'établissement judiciaire d'une filiation, ou « recherche de filiation », est une action en réclamation d'état, mode ultime et subsidiaire<sup>(370)</sup> d'établissement de la filiation. Il a lieu en l'absence de filiation établie par la loi ou par reconnaissance<sup>(371)</sup> et, à la différence de cette dernière, la filiation « recherchée » est subie<sup>(372)</sup> par un parent qui s'est défaussé. Elle appelle toujours la preuve du lien de filiation<sup>(373)</sup>, même si celle-ci est facilitée.

(367) Gand, 3 novembre 2011, *T.G.R.*, 2012, p. 321, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 829.

(368) C. const., 3 mai 2012, n° 61/2012, précité.

(369) C. const., 7 mars 2013, n° 30/2013, précité.

(370) J. SossON, « Le droit de la filiation nouveau est arrivé ! », *o.c.*, p. 401, n° 53.

(371) Bruxelles, 8 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 540 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 180.

(372) Il faut abandonner la qualification « forcée » car la recherche de paternité peut être une alternative à la reconnaissance, par exemple en cas d'inceste (*supra*, n° 639 ; dans le même sens : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 486, n° 797).

(373) Civ. Eupen, 24 septembre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 845 (somm.).

La *filiation maternelle* peut être établie judiciairement en l'absence d'acte de naissance (probant) ou de reconnaissance par la mère (art. 314, al. 1<sup>er</sup>), la *filiation paternelle* à défaut d'application de la présomption de paternité<sup>(374)</sup> ou de reconnaissance par le père (art. 322, al. 1<sup>er</sup>) et la *filiation comaternelle* à défaut d'application de la présomption de comaternité ou de reconnaissance par la coparente (art. 325-8, al. 1<sup>er</sup>).

Les actions en recherche de filiation sont également ouvertes après une contestation réussie d'une filiation légale ou volontaire qui n'investit pas automatiquement un tiers du lien de filiation (ex : mari d'une mère de substitution qui conteste sa paternité légale)<sup>(375)</sup>.

Tout comme la reconnaissance (*supra*, n° 631), la constatation judiciaire de la filiation est déclarative ; le lien de filiation de l'enfant est établi depuis sa naissance<sup>(376)</sup>.

**665. (suite) Enfant adultérin a matre.** Auparavant, un enfant couvert par la présomption de paternité, mais adultérin par le fait de sa mère mariée, pouvait faire l'objet d'une action spécifique en recherche/substitution de paternité, par exemple à l'initiative de sa mère si le père biologique se dérobaît. Il fallait qu'il soit né « sur mort mariage » et qu'il n'ait pas eu la possession d'état vis-à-vis du mari (art. 323 anc.)<sup>(377)</sup>.

Cette disposition a été abrogée. La seule voie ouverte à la mère en pareille situation est l'action en contestation de paternité, suivie d'une action en recherche de paternité. Dans l'état actuel du droit, la première action se prescrit après 1 an<sup>(378)</sup>.

## § 2. Procédure

**666. Règles communes.** Supprimant toute distinction entre les filiations, la loi soumet aux mêmes conditions de fond et de procédure la recherche de maternité, de paternité et de comaternité (art. 332quinquies). Ces

(374) Civ. Arlon, 16 décembre 1994, *J.T.*, 1995, p. 301.

(375) Civ. Dinant, 6 février 2014, *Rev. dr. étr.*, 2014, p. 479 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 626, note J. Sosson.

(376) Civ. Gand, 18 novembre 2004, *NjW*, 2005, p. 93, note G.V.

(377) La Cour constitutionnelle a condamné l'article 323 ancien du Code civil relatif à cette possession d'état dans un arrêt du 7 juillet 2011. *Supra*, n<sup>os</sup> 621 et 647.

(378) Ce délai n'a pas été déclaré inconstitutionnel : C. const., 20 mars 2014, n° 46/2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 388 (somm.), *R. W.*, 2013-2014, p. 1320. L'ancienne action fondée sur l'article 323 du Code civil se prescrivait par 30 ans. Une disposition transitoire a été ajoutée par une loi réparatrice du 27 décembre 2006. Elle prévoyait que les personnes titulaires des droits découlant des art. 320 et 323 C. civ. pourront encore agir jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 2008. Voy. aussi : C. const., 29 octobre 2009, n° 172/2009, *T. Fam.*, 2009, p. 188, note P. SENAEVE, *NjW*, 2009, p. 848, note G. VERSCHELDEN, *R. W.*, 2009-2010, p. 599 (l'ancien art. 323 viole les art. 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il ne s'appliquait pas dans le cas de divorce par consentement mutuel).

conditions furent remodelées par la réforme de 2006 pour assurer leur cohérence avec celles de la reconnaissance.

**667. Titulaires. Parties à la cause. Décès.** Les titulaires de l'action en recherche de filiation sont l'enfant, chacun de ses parents (juridiques) agissant personnellement et la personne qui revendique l'établissement de la filiation (biologique) (art. 332ter)<sup>(379)</sup>.

Les personnes appelées à la cause pour faire valoir leurs arguments sont toutes celles intéressées à l'établissement de la filiation : l'enfant ou ses descendants, celui de ses auteurs dont la filiation est déjà établie et, bien entendu, la personne dont la paternité, la maternité ou la comaternité est recherchée (art. 332ter, al. 3).

Si l'action en recherche de *maternité* – peu fréquente – peut avoir comme conséquence de déclencher une présomption de paternité<sup>(380)</sup> ou de comaternité, elle doit également être intentée contre le mari ou l'épouse de la mère prétendue et, le cas échéant, contre son précédent mari<sup>(381)</sup> ou sa précédente épouse (art. 332ter, al. 4).

En cas de décès d'un titulaire de l'action<sup>(382)</sup>, ses héritiers peuvent poursuivre une action *intentée* dont le demandeur ne s'est pas désisté (art. 331quinquies). À titre exceptionnel, si l'enfant décède, ses descendants peuvent *agir*<sup>(383)</sup>, mais avant le 25<sup>e</sup> anniversaire de la naissance de leur auteur, donc nécessairement par représentation (art. 332ter, al. 2).

Si c'est une des personnes appelée à la cause qui est décédée, l'action en recherche de paternité ou de maternité est intentée uniquement contre les autres et contre les héritiers<sup>(384)</sup> du défunt<sup>(385)</sup> (art. 332quater, al. 1<sup>er</sup>).

(379) L'art. 332quinquies n'énonce pas ces titulaires, contrairement à l'art. 329bis. L'art. 332ter n'a pas été modifié par la loi et conserve dès lors son emprise antérieure. Selon certains auteurs, le *mari de la mère* ou son *ex-mari* en cas de divorce, père légal de l'enfant (adultérin), peut agir en recherche de paternité contre le père biologique. Il agit en qualité de père s'il ne conteste pas la présomption de paternité. Celle-ci disparaît rétroactivement si l'action en recherche de paternité est fondée (G. VERSCHELDEN, « Afstamming », *o.c.*, p. 311, n° 525).

(380) G. MAHIEU et D. PIRE, « La filiation », *o.c.*, n° 47.

(381) Cas où la mère est divorcée. L'enfant doit être né dans les 300 jours qui suivent la dissolution ou l'annulation du mariage (*supra*, n° 610).

(382) L'action en recherche de paternité est alors introduite par le représentant légal de l'enfant. Si la mère de l'enfant est décédée et que celui-ci n'a pas de paternité légale établie, l'action est introduite par le tuteur de l'enfant, sur autorisation du juge de paix (art. 331sexies ; Civ. Nivelles, 2 décembre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 828).

(383) Ses père et mère ne peuvent plus agir (dans le même sens : G. VERSCHELDEN, « Afstamming », *o.c.*, p. 313, n° 529).

(384) Civ. Arlon, 9 janvier 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 830 (l'héritier renonçant peut être partie à l'action) ; Civ. Nivelles, 2 décembre 2008, précité (citation du curateur à succession vacante).

(385) Civ. Hasselt, 30 mars 1993, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 341, *L.R.L.*, 1994, p. 27.

Lorsque tous ceux qui doivent être cités sont décédés, la demande est introduite par requête unilatérale (art. 332<sup>quater</sup>, al. 2)<sup>(386)</sup>.

### § 3. Délais

**668. Prescription trentenaire extensible.** À défaut de délai légal, l'action en établissement judiciaire de la filiation se prescrit par 30 ans à compter du jour où la possession d'état a pris fin ou, à défaut de possession d'état, à partir de la naissance (art. 331<sup>ter</sup>). La possession d'état joue un rôle suspensif, car il n'est pas légitime de faire agir un enfant contre celui ou celle qui le traite comme le sien. La prescription peut donc commencer très tardivement, par exemple le jour du décès du père prétendu.

La loi réserve l'application de l'article 2252 du Code civil<sup>(387)</sup> : la prescription de l'action de l'enfant est suspendue durant sa *minorité*<sup>(388)</sup>. Il a toujours au minimum 48 ans pour agir.

Enfin, les *enfants adultérins* ou *nés hors mariage* avant l'entrée en vigueur de la loi de 1987 bénéficient d'un report du point de départ du délai de prescription à cette entrée en vigueur<sup>(389)</sup>. Ils pourront agir jusqu'au 30 juin 2017.

L'impact de la jurisprudence constitutionnelle en matière de délais de prescription n'est pas fondamental pour l'action en recherche de paternité : sauf circonstances exceptionnelles, la longueur des délais précités permet de tenir suffisamment compte des intérêts en présence.

(386) Liège, 27 février 2007, *J.T.*, 2007, p. 464, *J.L.M.B.*, 2009, p. 112, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1251.

(387) Civ. Namur, 5 février 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 613.

(388) Cette modification issue de la réforme de 2006 donne une des réponses aux difficultés liées à l'incertitude qui entourait le point de départ du délai de prescription. Pour plus de détails, voy. la première édition, pp. 528-529, n° 665.

(389) Filiation *adultérine* : Cass., 19 septembre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 1147, *R.G.D.C.*, 1999, p. 45, note Y.-H. LELEU, *R.W.*, 1998-1999, p. 435, note S. MOSSELMANS, *Arr. Cass.*, 1998, p. 224, *J.D.J.*, 1999, p. 59, note J. JACQMAIN ; Liège, 27 février 2007, *J.T.*, 2007, p. 464, *J.L.M.B.*, 2009, p. 112, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1251 ; Liège, 11 janvier 2005, *J.T.*, 2005, p. 238, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 148 ; Liège, 27 juin 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1163 ; Liège, 31 mars 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1531 ; Civ. Hasselt, 23 novembre 2010, *L.R.L.*, 2011, p. 261, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 271 (somm.) ; Civ. Nivelles, 13 mars 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 165 ; Y.-H. LELEU, obs. sous Civ. Bruxelles, 12 janvier 1993, *J.T.*, 1993, p. 842 ; N. MASSAGER, note précitée, p. 70, n° 11 et « Droit de la filiation. Chronique de jurisprudence (1999-2001) », *o.c.*, p. 253 ; G. VERSCHELDEN, « Afstamming », *o.c.*, p. 323, n° 542 ; *contra* : Bruxelles, 20 février 1990, *Rev. not. belge*, 1990, p. 402 ; Civ. Bruxelles, 8 avril 1988, *R.G.D.C.*, 1989, p. 263 ; J.-P. MASSON, « La prescription », *o.c.*, pp. 50-51 ; E. VIEUJEAN, « Conclusions », *o.c.*, pp. 487-489. À propos de la *filiation naturelle* : Liège, 27 novembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 156 (arrêt cassé pour des motifs étrangers à la question de la prescription par Cass., 24 février 2005, *Pas.*, 2005, p. 448, concl. T. WERQUIN) ; Civ. Nivelles, 13 mars 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 165 ; N. MASSAGER, « Droit de la filiation. Chronique de jurisprudence (1999-2001) », *o.c.*, p. 259, n° 49 ; G. VERSCHELDEN, « Afstamming », *o.c.*, p. 323, n° 543 (qui souligne la nécessité de s'assurer que les anciennes et très restrictives conditions d'admissibilité de la recherche de paternité naturelle n'étaient pas remplies).

## § 4. Fins de non recevoir

**669. Inceste.** L'action en établissement judiciaire de la filiation est, selon la loi, irrecevable lorsqu'elle fait apparaître entre les père et mère ou entre les coparents un empêchement à mariage que le Roi ne peut lever, à moins que le mariage ayant fait naître cet empêchement ait été annulé ou dissous par décès ou divorce (art. 314, al. 2, 325 et 325/10 ; *supra*, n° 639).

**670. (suite) Constitutionnalité : empêchements absolus vs. intérêt de l'enfant.** La Cour constitutionnelle a censuré l'article 325 du Code civil dans l'arrêt n° 103/2012 du 9 août 2012 sur une action en recherche de paternité diligentée par un *enfant* issu de l'union entre un demi-frère et sa demi-sœur (*supra*, n° 639). Le juge doit donc à présent autoriser l'établissement judiciaire d'une telle filiation.

Le constat d'inconstitutionnalité ne peut s'étendre sans nouvelle question préjudicielle à une demande d'établissement judiciaire de paternité formée par le père ou la coparente<sup>(390)</sup>.

Enfin, quant au degré de proximité entre les parents, la Cour pourrait, sur nouvelle question préjudicielle, statuer dans le même sens à propos d'enfants issus de frère et sœur, ou de parents en ligne directe<sup>(391)</sup>.

**671. (suite) Viol de la mère.** De manière analogue à la reconnaissance, si une action publique est intentée contre l'homme demandeur en recherche de paternité du chef de viol de la mère pendant la période légale de conception (art. 332quinquies, § 4), il est sursis à statuer jusqu'à ce que la décision sur l'action publique soit définitive<sup>(392)</sup>. Nous renvoyons aux critiques faites ci-dessus, notamment sur la constitutionnalité de cet obstacle absolu (*supra*, n° 640), en soulignant que, à juste titre, l'« exception » de viol ne peut être soulevée si c'est l'enfant qui recherche la paternité du violeur<sup>(393)</sup>.

**672. (suite) Procréation médicalement assistée.** Dans l'état actuel de la loi, les receveurs d'embryons ou de gamètes, ainsi que les enfants nés de l'insémination de ces embryons ou gamètes, se voient empêchés d'intenter

(390) Y.-H. LELEU et L. SAUVEUR, « La filiation incestueuse et la Cour constitutionnelle », note sous C. const., n° 106/2012 du 9 août 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 222.

(391) En ce sens et pour plus de détails, *ibid.*

(392) Pour plus de détails, voy. : F. SWENNEN, « Het onderzoek naar het moederschap en naar het vaderschap », in *De hervorming van het afstammingsrecht* (P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHULDEN éd.), Antwerpen, Intersentia, 2007, n° 31. Il en est curieusement de même si la femme qui revendique la comaternité a violé la mère (art. 325-8, al. 1<sup>er</sup> et 332quinquies, § 4, combinés).

(393) Le traumatisme de la mère n'a pas été, ici, pris en considération par le législateur, de manière incohérente par rapport à la reconnaissance. Cette exception ne peut pas non plus être soulevée par l'enfant à l'encontre d'une demande introduite par la mère. On voit donc que cet obstacle est moins absolu que celui de l'inceste. Sur cette possibilité, voy. également : F. SWENNEN, *Het personen-en familierecht*, o.c., p. 295, n° 473.

une action en recherche de maternité ou de paternité à l'encontre du ou des donneurs (art. 27 et 56, L. du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes ; *supra*, n° 118). Cet empêchement absolu devrait être soumis à l'appréciation de la Cour constitutionnelle.

## § 5. Conditions

**673. I. Action en recherche de maternité.** Le demandeur doit prouver que la mère prétendue a accouché de l'enfant concerné, et non qu'il existe entre la mère et l'enfant un lien génétique (art. 314, al. 3).

La preuve de la maternité peut être rapportée par la possession d'état à l'égard de la mère prétendue<sup>(394)</sup> (art. 314, al. 4). À défaut de possession d'état, l'accouchement est prouvé par toutes voies de droit, notamment par expertise génétique (art. 314, al. 5). La preuve contraire peut également être rapportée par tous moyens (art. 314, al. 5)<sup>(395)</sup>.

**674. (suite) Maternité de substitution.** À la manière d'une présomption réfragable, la possession d'état permet de fonder une constatation judiciaire de la maternité de la mère d'accueil si celle-ci élève l'enfant bien qu'elle n'ait ni accouché de cet enfant ni fourni les ovocytes. *A contrario*, sa position est précaire si elle n'a pas la possession d'état : le lien génétique, si elle a fourni les ovocytes, est irrelevant.

**675. II. Action en recherche de paternité.** La possession d'état de l'enfant à l'égard du père prétendu prouve<sup>(396)</sup> la paternité (art. 324, al. 1<sup>er</sup>)<sup>(397)</sup>.

(394) Sans preuve contraire possible, selon certains auteurs, à tort selon nous, qui révisons notre opinion antérieure : A. HEYVAERT et R. VANCRAENENBROECK, « Art. 314 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n° 11 ; *contra* : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 294, n° 472.

(395) Voy. : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 900, n° 910 ; G. MAHIEU et D. PIRE, « La filiation », o.c., n° 48. Un courant jurisprudentiel et doctrinal exclut la preuve contraire, à tort selon nous, qui révisons notre opinion antérieure : A. HEYVAERT et R. VANCRAENENBROECK, « Art. 324 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n° 2 ; *contra* : Civ. Mons, 13 mars 1991, *J.L.M.B.*, 1995, p. 187 ; Civ. Mons, 13 septembre 1989, inédit, cités par D. PIRE, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1099 ; Civ. Liège, 28 avril 1989, *Pas.*, 1989, III, p. 109 ; E. VIEUJEAN, « Le nouveau droit de la filiation », o.c., p. 120, n° 25 ; G. MAHIEU et D. PIRE, « La filiation », o.c., n° 124.

(396) Nous confortons la position de certains auteurs considérant que la possession d'état en tant que mode de *preuve indirecte* de la filiation (art. 324 et 331septies) et de suspension des délais de prescription (art. 331ter) n'est pas visée par la jurisprudence constitutionnelle. La possession d'état dans son rôle probatoire ne l'emporte pas sur une preuve biologique contraire de sorte qu'il ne peut être question d'une atteinte à l'accès au juge ou d'une impossibilité pour celui-ci d'un examen *in concreto*. Pour ce qui est de son rôle de suspension des délais, la possession se fait « prolongatrice » des délais d'action, en cela elle rencontre le souci de la Cour constitutionnelle de veiller à ne pas bloquer l'accès au juge (en ce sens également : A.-Ch. VAN GYSEL, « Examen de jurisprudence. Les personnes (2003-2011) », o.c., pp. 444-445, n° 11)

(397) Anvers, 2 janvier 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 431, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 236 (somm.) ; Civ. Arlon, 9 janvier 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 830 (rejet) ; Civ. Gand, 18 décembre 1997,

À défaut de possession d'état, la preuve de la paternité est rapportée par toutes voies de droit (art. 324, al. 2)<sup>(398)</sup>.

L'action en recherche de paternité est la terre d'élection de l'expertise génétique, dont on rappellera qu'elle peut être ordonnée sur la dépouille mortelle du père prétendu (*supra*, n° 623) ou pratiquée sur ses proches parents en vie<sup>(399)</sup>.

La loi présume que la paternité est établie s'il est prouvé que le père prétendu a eu des relations avec la mère de l'enfant pendant la période légale de la conception, sauf s'il existe « des doutes sur la paternité » (art. 324, al. 3)<sup>(400)</sup>. En termes choisis, le législateur permet ainsi à celui qui a pu concevoir l'enfant<sup>(401)</sup> de soulever une forme d'*exceptio plurimum concubentium* (exception de pluralité d'amants) ou d'inconduite notoire (art. 340d anc.). Le juge apprécie le sérieux des doutes émis<sup>(402)</sup> ; il peut aussi – c'est plus moderne – ordonner une expertise génétique pour exclure ces doutes (art. 331*octies*)<sup>(403)</sup>.

Le fait que l'action en recherche de paternité soit déclarée fondée dès le moment où la filiation est prouvée, sans que le juge puisse tenir compte d'autres facteurs, et notamment l'intérêt des adultes, n'a pas été jugé inconstitutionnel<sup>(404)</sup>. Le droit à établir sa filiation prime les autres intérêts en cause.

**676. (suite) Enfant adultérin a patre.** Une formalité s'ajoute si l'enfant du père prétendu est adultérin : le jugement qui établit la filiation doit

R.G.D.C., 1999, p. 508, note C. COUQUELET ; Civ. Hasselt, 30 mars 1993, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 341, *L.R.L.*, 1994, p. 27 ; Civ. Bruxelles, 12 janvier 1993, *Rev. not. belge*, 1994, p. 55, note N. MASSAGER, *J.T.*, 1993, p. 842, obs. Y.-H. LELEU ; Civ. Arlon, 19 avril 1991, *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 388.

(398) Bruxelles, 4 décembre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 781 ; Civ. Nivelles, 3 février 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 833.

(399) Bruxelles, 8 janvier 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 787.

(400) Anvers, 5 juillet 2002, *NjW*, 2002, p. 389, note RdC ; Mons, 3 mai 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 185 ; Gand, 2 décembre 1993, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 340, *R.W.*, 1993-1994, p. 1458 ; Civ. Bruxelles, 19 janvier 1993, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 668.

(401) La preuve de relations « sexuelles » n'est pas requise par la loi (G. MAHIEU et D. PIRE, « La filiation », *o.c.*, n° 124 ; *contra* : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes, o.c.*, p. 927, n° 955).

(402) Mons, 3 mai 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 185 (absence de doute sérieux).

(403) Bruxelles, 16 novembre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 824.

(404) C. const., 20 mars 2014, n° 48/2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 389 (somm.), *R.W.*, 2013-2014, p. 1320 (somm.), *R.W.*, 2014-2015, p. 497 (somm.), note J.T. Dans cet arrêt, il était question d'une action en recherche de paternité introduite par un enfant majeur après désaveu de sa paternité légale à l'égard de son père biologique entre temps décédé. Les ayants-droits du père recherché reprochaient aux articles 322 et 332*quinquies* de permettre de fonder une action en recherche de paternité une fois la filiation prouvée, sans tenir compte d'autres facteurs, dont notamment : « la réalité socio-affective, la possession d'état, la paix des familles, la sécurité juridique des liens familiaux, l'intérêt général, les faits établis concernant l'écoulement du temps et l'âge des parties concernées, et les intérêts des parties concernées ». Leur intérêt en l'espèce était essentiellement patrimonial.

être signifié à l'épouse<sup>(405)</sup>. Jusqu'à cette signification, le jugement est inopposable à l'épouse et aux enfants nés de son mariage avec le père prétendu ou adoptés par les deux époux (art. 322, al. 2 ; *supra*, n° 636).

**677. Consentements requis.** Comme pour une reconnaissance (*supra*, n° 637), sont exigés les consentements de l'enfant majeur, mineur émancipé<sup>(406)</sup> (droit de veto) ou mineur non émancipé de plus de 12 ans<sup>(407)</sup> (droit d'opposition), ainsi que celui du parent à l'égard duquel la filiation est, le cas échéant, établie<sup>(408)</sup> (droit d'opposition) (art. 332quinquies, §§ 1-2).

**677-1. Vérité biologique et intérêt de l'enfant.** La vérité biologique demeure la clé d'accès à l'établissement judiciaire de la filiation, mais l'intérêt de l'enfant a été revalorisé par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006, comme en matière de reconnaissance, dans le cadre d'une procédure judiciaire initiée par celui qui se heurte à une opposition (*supra*, n° 638).

Le tribunal rejettera la demande s'il est prouvé que celui ou celle dont la filiation est recherchée n'est pas le père ou la mère biologique de l'enfant (art. 332quinquies, § 3).

En outre, s'il est amené à statuer suite au refus de consentement de l'autre parent ou de l'enfant de plus de 12 ans, il pourra rejeter la demande si l'établissement de la filiation litigieuse est contraire<sup>(409)</sup> à l'intérêt de l'enfant, peu importe son âge (*supra*, n° 638).

**677-2. III. Action en recherche de comaternité.** En miroir des actions en recherche de maternité et de paternité, la loi du 5 mai 2014 organise l'action en recherche de comaternité, lorsque la filiation de la coparente n'a pas été établie par la loi ou par reconnaissance (art. 325-8, al. 1<sup>er</sup>), généralement quand celle qui a participé à un projet de P.M.A. réussi se défause et n'assume pas sa responsabilité parentale.

Les conditions de cette action sont édictées par renvoi de de l'article 325-8 à l'article 332quinquies. La seule exception au régime commun concerne, logiquement, la règle du rejet de l'action en l'absence de lien biologique (art. 332quinquies, § 3). La comaternité est en effet intentionnelle dans le chef de la coparente. L'action en recherche de comaternité

(405) Un jugement de rejet ne doit pas l'être.

(406) Il s'agit d'une condition de recevabilité. Sur l'appréciation de ce droit à l'aune de la jurisprudence constitutionnelle, voy. *supra*, nos 637 et 638.

(407) Sauf dans les cas où ce mineur est interdit ou en état de minorité prolongée, ou si le tribunal estime, en raison d'éléments de fait constatés par procès-verbal motivé, qu'il est privé de discernement.

(408) L'art. 332quinquies a omis de réserver le droit d'opposition du représentant légal, à défaut d'autre parent. Or, l'art. 329bis, § 3 le prévoit.

(409) Et non plus « manifestement » contraire depuis l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle le 7 mars 2013 (C. const., 7 mars 2013, n° 30/2013, *précité*) (*supra*, nos 619, 638, 661).

sera donc rejetée s'il est prouvé que la coparente recherchée n'a pas donné son consentement à la P.M.A. dont est issu l'enfant (art. 325-9, al. 3).

La comaternité est principalement prouvée par la possession d'état dont fait preuve l'enfant à l'égard de la demanderesse, et à défaut, par le consentement donné par la demanderesse à la P.M.A. dont est issu l'enfant (art. 325-9, al. 1<sup>er</sup> et 2).

## SECTION 5

### L'action alimentaire contre le père vraisemblable

**677-3. Bibliographie.** J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, 2<sup>e</sup> éd., Anvers, Kluwer, 1994 ; Cl. GONON, « Le rapprochement de l'action à fins de subsides et de l'action en recherche de paternité naturelle. Aspects de procédure et de fond », *J.C.P.*, 1998, I, 158 ; N. GALLUS, *Les aliments*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 279 ; K. TOBBACK, « De onderhoudsvordering tegen de verwekker », in *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht* (P. SENAËVE éd.), Louvain, Acco, 1993, p. 197 ; H. VAN HOUTTE et C. JUSTÉ, « Internationaal privaatrechtelijke aspecten van de onderhoudsvordering tegen de verwekker », in *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht* (P. SENAËVE éd.), Louvain, Acco, 1993, p. 247.

**677-4. Alternative à l'établissement de la filiation paternelle.** L'action alimentaire non déclarative de filiation (art. 336) a été créée comme un palliatif économique de l'impossibilité juridique d'établir une filiation adultérine ou incestueuse et de l'impossibilité de fait d'établir une filiation naturelle<sup>(410)</sup>. Cette « générosité » du droit ancien ne date pas du Code Napoléon et s'est fait attendre un siècle (L. du 6 avril 1908).

Actuellement, l'établissement de la filiation est libéralisé et la plupart de ces interdictions supprimées. Restent les cas de viol de la mère (art. 332quinquies, § 4 – *supra*, n<sup>os</sup> 640 et 671), d'inceste plus que collatéral (*supra*, n<sup>os</sup> 639 et 670) ou d'échec de l'action en recherche de paternité malgré que le « père de fait » ait eu des relations sexuelles avec la mère (art. 324, al. 3)<sup>(411)</sup>. Plus fondamentalement, la mère peut préférer, dans l'intérêt de l'enfant, des rapports seulement économiques avec un père absent et fuyant<sup>(412)</sup>.

(410) Voy. : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., pp. 1045-1047, n° 1120.

(411) Notons que cette protection alimentaire est insuffisante à compenser l'absence de droit successoral résultant du non-établissement de la filiation. Pour protéger l'enfant contre une situation familiale préjudiciable, plus efficace et opportun serait d'agir sur l'autorité parentale ou l'hébergement. Voy. également en ce sens : F. SWENNEN, *Het personen-en familierchet*, o.c., pp. 265-266, n° 418.

(412) Pour une critique : A.-Ch. VAN GYSEL, « Examen de jurisprudence (1990-2006). Les personnes. Les obligations alimentaires », *R.C.J.B.*, 2007, p. 675.

La raison qui commande l'analyse de cette action au titre de la filiation est la preuve requise de « relations » avec le père pendant la période légale de conception, qui la rend très proche d'une action en recherche de paternité. Le régime de la pension, conforme au droit commun de l'obligation d'entretien des enfants, est analysé ultérieurement (*infra*, n<sup>os</sup> 787 et s.).

Si l'action alimentaire aboutit, elle n'a pas pour effet d'établir la filiation et n'exclut pas une recherche de paternité contre le même homme<sup>(413)</sup>.

De même, ce dernier pourrait reconnaître l'enfant, mais affrontera probablement un refus de consentement, notamment de la mère. Le tribunal peut en outre en apprécier l'opportunité et cela quelque soit l'âge de l'enfant (*supra*, n<sup>o</sup> 638).

Le père de fait n'est pas titulaire de l'autorité parentale, mais peut postuler un droit – limité – aux relations personnelles avec l'enfant s'il établit l'existence d'un lien d'affection particulier avec lui (art. 375*bis*, al. 1<sup>er</sup> ; *infra*, n<sup>o</sup> 781)<sup>(414)</sup>. Des empêchements à mariage sont néanmoins instaurés entre le père de fait, l'enfant et leurs familles, comme si la filiation était établie (art. 341), et ils subsistent après l'extinction de l'obligation alimentaire.

L'action alimentaire ne prive pas la mère du droit de demander des dommages-intérêts sur la base de l'article 1382 du Code civil<sup>(415)</sup>.

## § I. L'action

**677-5. Domaine d'application.** L'enfant dont la filiation paternelle n'est pas établie ou est contestée avec succès<sup>(416)</sup> peut réclamer à celui qui a eu des relations avec sa mère pendant la période légale de la conception une pension pour son entretien, son éducation et sa formation adéquate (art. 336).

La prohibition rencontrée en matière de recherche de paternité en cas d'inceste n'est pas applicable<sup>(417)</sup>. Par contre, une présomption de paternité fait obstacle à l'action même si elle est « affaiblie », par exemple

(413) Civ. Bruxelles, 19 janvier 1993, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 668.

(414) Civ. Nivelles (jeun.), 6 juin 1989, *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 207 ; Civ. Bruxelles, 7 avril 1987, R.G.D.C., 1988, p. 327.

(415) Liège, 10 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 510 ; *contra* : J.P. Gand, 18 mars 1997, *T.G.R.*, 1997, p. 139, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 174 (somm.).

(416) Liège, 15 juin 1998, *J.T.*, 1999, p. 29, R.G.D.C., 1999, p. 303, note G. GENICOT, R.R.D., 1999, p. 437. Il en va de même lorsque la paternité est établie en cours d'instance : Cass., 28 janvier 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 623, *J.T.*, 1988, p. 244, *Rev. not. belge*, 1988, p. 357, note P.C.

(417) Comp. : art. 325.

parce que l'enfant a été conçu durant une séparation judiciairement actée et qu'elle n'aurait pas été rendue inapplicable (art. 316*bis* ; *supra*, n° 610-1).

Hors de ce domaine, l'enfant peut tout au plus opposer au père biologique qui a volontairement pourvu à son entretien et qui voudrait récupérer ses subsides l'existence d'une *obligation naturelle* à son profit<sup>(418)</sup>. Une certaine jurisprudence, critiquable, affirme que l'obligation naturelle novée en obligation civile serait susceptible de recevoir une exécution forcée pour le cas où les prestations spontanées viendraient à s'interrompre (*infra*, n° 809).

#### 677-6. Procédure. Le tribunal de la famille est compétent.

L'action est personnelle à l'enfant (art. 337, § 1<sup>er</sup>)<sup>(419)</sup>. L'enfant mineur agit représenté par sa mère<sup>(420)</sup> ou par son tuteur<sup>(421)</sup>.

Originellement, l'action alimentaire contre le père vraisemblable devait être introduite dans un délai de 3 ans à compter de la naissance ou de la cessation des secours fournis directement ou indirectement. En 1987, le législateur a permis que ce délai puisse être prorogé pour de « justes motifs » liés à l'intérêt de l'enfant (art. 337, § 1<sup>er</sup>). Déclaré inconstitutionnel<sup>(422)</sup>, ce régime a été abrogé par la réforme de 2006 et l'action est soumise aux délais de prescription du droit commun des actions alimentaires, soit 5 ans (art. 2277)<sup>(423)</sup>. La demande d'aliments peut donc être rétroactive dans cette mesure, sauf circonstances particulières, notamment l'inertie de la mère ou son obstruction à une participation volontaire du père de fait<sup>(424)</sup>.

La procédure peut se solder par un accord, consigné dans un procès-verbal par le tribunal, si le défendeur admet l'existence des relations et si les parties s'accordent sur le montant de la contribution alimentaire (art. 338, § 2).

(418) Cass., 6 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 964 ; J.P. Mons, 5 janvier 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 289 (motifs). Pour plus de détails : G. GENICOT, « L'obligation naturelle du père biologique de fournir des aliments à son enfant », note sous Liège, 15 juin 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 305.

(419) En cas de *décès de l'enfant*, ses héritiers ne peuvent que poursuivre une action introduite à concurrence des arriérés dus jusqu'au décès (art. 337, § 2). En cas de *décès du père biologique prétendu*, seule une action introduite peut être poursuivie contre ses héritiers (art. 336, § 3).

(420) Liège, 13 décembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 492, *Div. Act.*, 2001, p. 117, note A.-Ch. VAN GYSEL.

(421) Civ. Charleroi, 23 octobre 2002, *J.D.J.*, 2003, n° 221, p. 41, note, *J.D.J.*, 2003, n° 224, p. 49, note.

(422) C.A., 12 mai 2004, n° 79/2004, *Div. Act.*, 2004, p. 87, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 651, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1660, obs. N. BANNEUX, *NjW*, 2004, p. 1202, note G. VERSCHULDEN, *T.J.K.*, 2005, p. 94, note S. BROUWERS. Pour plus de détails : N. GALLUS, *Les aliments, o.c.*, p. 283, n° 324.

(423) Gand, 9 novembre 2006, *NjW*, 2007, p. 706, note GV. Pour plus de détails : F. SWENNEN, « Het onderzoek naar het moederschap en naar het vaderschap », *o.c.*, n° 33.

(424) Bruxelles, 20 octobre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, pp. 283 et 746 (départ à la date d'introduction de la procédure).

**677-7. Conditions.** L'article 336 oblige le demandeur à prouver l'existence de « relations » – lisons « relations sexuelles » – entre le défendeur et la mère pendant la période légale de conception<sup>(425)</sup>. Celles-ci rendent effectivement la paternité du défendeur hautement vraisemblable, mais supportent la preuve contraire. La preuve des relations sexuelles peut être rapportée par toutes voies de droit<sup>(426)</sup>.

Le véritable fondement de l'action – relations sexuelles ou parenté biologique – est controversé. De toutes manières, une expertise génétique concluante prouvera de manière indirecte les relations sexuelles fécondes<sup>(427)</sup>, sauf en cas de procréation médicalement assistée avec donneur de sperme, que formellement la loi ne protège pas contre une action alimentaire<sup>(428)</sup>. Comme en matière de filiation, le juge peut ordonner l'expertise d'office et déduire les conséquences qui s'imposent en cas de refus de s'y soumettre<sup>(429)</sup>.

Le défendeur peut établir par toutes voies de droit, y compris la preuve scientifique, qu'il n'est pas le père de l'enfant (art. 338*bis*)<sup>(430)</sup>.

## § 2. La contribution alimentaire

**677-8. Renvoi.** Une obligation d'entretien analogue à celle de l'article 203 du Code civil<sup>(431)</sup> est mise à charge du père de fait à défaut d'accord entre les parties<sup>(432)</sup> (*infra*, n° 787), de niveau étendu et jusqu'à l'achèvement de la formation de l'enfant (art. 336, al. 2). Une cause particulière de cessation de l'obligation alimentaire est l'établissement de la filiation

(425) Avec rapprochement « interne » des sexes (Cass., 12 avril 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 984, *R.W.*, 1985-1986, col. 374, note J. PAUWELS) ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 1050, n° 1126.

(426) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 1049, n°s 1125-1126.

(427) Cass., 24 octobre 2002, *R.W.*, 2004-2005, p. 436 ; Gand, 6 juin 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 1020, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 647 (somm.) et p. 651 (somm.) ; Gand, 21 octobre 1994, *R.W.*, 1995-1996, p. 602 ; P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 732. Il en résulte une impossibilité d'agir contre le père biologique en cas de P.M.A. En sens contraire : Gand, 28 mars 2002, *R.W.*, 2003-2004, p. 69, *J.D.J.*, 2003, n° 228, p. 35 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 787 (somm.) ; G. GÉNICOT, note sous Liège, 15 juin 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 309, n° 10.

(428) Mais certainement dans son esprit (dans le même sens : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 356, n° 582).

(429) Liège, 13 octobre 2010, *Act. dr. fam.*, 2010, p. 175 ; Bruxelles, 26 octobre 1999, *J.T.*, 2001, p. 50, *J.D.J.*, 2001, n° 203, p. 55 ; Liège, 19 mai 1998, *J.T.*, 1999, p. 67 ; Gand, 21 octobre 1994, précité ; Liège, 6 février 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 456, *Rev. trim. dr. fam.*, 1990, p. 228 ; Civ. Nivelles, 12 février 1991, *R.G.D.C.*, 1992, p. 428 ; G. MAHIEU et D. PIRE, « La filiation », o.c., n° 217 ; *contra* : Civ. Hasselt, 19 octobre 1999, *L.R.L.*, 2000, p. 73.

(430) *L'exceptio plurium concubentium* n'est plus péremptoire (Cass., 22 juin 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1213).

(431) Sur la possibilité d'indexer la pension : J.P. Wavre, 12 novembre 1998, *Div. Act.*, 1999, p. 30.

(432) Liège, 13 octobre 2010, *Act. dr. fam.*, 2010, p. 175 ; Mons, 28 octobre 2003, *R.G.D.C.*, 2004, p. 279 ; Gand, 28 mars 2002, *R.W.*, 2003-2004, p. 69, *J.D.J.*, 2003, n° 228, p. 35 (somm.). Pour plus de détails : N. GALLUS, *Les aliments*, o.c., p. 280, n° 319.

paternelle à l'égard d'un autre homme que le débiteur, ou l'adoption de l'enfant (art. 340).

Elle subit les variations prévues par la loi en fonction des fluctuations des charges et ressources (art. 339, al. 2 *jo.* art. 209)<sup>(433)</sup>. En cas de décès du débiteur d'aliments, la charge de la pension se transmet à la succession du débiteur (art. 339*bis jo.* art. 205*bis*, §§ 3-4, et art 209 ; *infra*, n° 803)<sup>(434)</sup>.

---

(433) Liège, 13 décembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 492, *Div. Act.*, 2001, p. 117, note A.-Ch. VAN GYSEL ; Liège, 10 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 510.

(434) Civ. Courtrai, 28 février 1997, *N.F.M.*, 1998, p. 170, note J. GERLO.

## CHAPITRE 2



# L'ADOPTION

**678. Bibliographie.** B. BERTRAND, C. FAURE et G. MANZ, « Le nouveau droit communautaire de l'adoption », *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, pp. 171 et s. ; B. BERTRAND, I. LAMMERANT et M. VERWILGHEN, « Les lignes de faite de la réforme du droit belge de l'adoption », *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, pp. 13 et s. ; F. COLLIENNE, « L'adoption par des couples homosexuels dans les cas internationaux : une perspective réaliste ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 963 ; N. GALLUS, « La nouvelle loi sur l'adoption », in *Droit des familles* (D. PIRE coord.), CUP, vol. 92, Liège, Anthemis, 2007, p. 109 ; I. LAMMERANT, A. OTTEVAERE et M. VERWILGHEN, « Le nouveau droit fédéral de l'adoption », *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, pp. 77 et s. ; I. LAMMERANT, « La réforme de l'adoption en droit interne », *J.T.*, 1987, p. 509 ; I. LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2001 ; Y.-H. LELEU, « Parenté sociale et adoption homosexuelle », in *Parenté sociale et adoption homosexuelle* (C. NYSSENS éd.), Forum du 22 octobre 2004, Bruxelles, 2004 ; I. MARTENS, « Adoptie. Hervorming van intern en interlandelijk adoptierecht », *NjW*, 2006, p. 338 ; G. MAHIEU, « L'adoption », *Rép. not.*, t. I, l. III, Bruxelles, Larcier, 1989 ; C. PAULIS, *Adopter un enfant*, Bruxelles, De Boeck Université, 1998 ; C. PAULIS, « Des incohérences socio-culturelles de la loi sur l'adoption », *J.D.J.*, 2003, n° 226, p. 7 ; R.P.D.B., v° Filiation adoptive, compl. t. V, Bruxelles, Bruylant, 1977 ; P. SENA EVE et F. SWENNEN, *Hervorming van de interne en de internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006 ; P. SENA EVE (éd.), *Adoptie. Verlatenverklaring van minderjarigen*, Louvain, Acco, 1990 ; P. SENA EVE (éd.), *Actuele vraagstukken van interlandelijke en inlandse adoptie en van verlatenverklaring*, Louvain, Acco, 1995 ; F. SWENNEN, « Het nieuwe interne adoptierecht : *horresco referens* », *R.W.*, 2003-2004, p. 441 ; M. TRAEST, « Interlandelijke adoptie na de wet van 24 april 2003 », *R.W.*, 2003-2004, p. 1361 ; N. GALLUS, in *Précis de droit de la famille* (A.-Ch. VAN GYSEL dir.), 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 462 ; C. VAN MALDEREN, « Adoptie en wetgeving door adoptie », *A.P.R.*, Bruxelles, Larcier, 1970 ; A. NUYTINCK, « De Wet openstelling huwelijk en de Wet adoptie door personen van hetzelfde geslacht », in *Yin-Yang. Opstellen aangeboden aan M.J.A. Van Mourik*, Deventer, Kluwer, 2000, p. 213 ; T. WUYTS, « De Wet van 18 mei 2006 : adoptie toegankelijk voor personen van hetzelfde geslacht », *E.J.*, 2006, pp. 85-94 ; X., *Les nouveaux aspects juridiques de l'adoption : quelques thématiques spécifiques*, Les cahiers du CeFAP, Bruxelles, Larcier, 2009.

## SECTION I

### Généralités

**679. Notion. Aperçu historique.** L'adoption est, dans le dernier état de la législation, une institution qui crée, par décision de justice, un lien comparable à la filiation entre un couple adoptant ou une personne adoptante et une autre personne, l'adopté.

Le succès de l'adoption a varié au cours de l'histoire. Recommandée durant l'Antiquité à ceux qui malgré l'absence de descendance voulaient assurer la continuation du culte de leurs ancêtres, elle disparut au Moyen-âge sous l'influence du christianisme<sup>(1)</sup>. Cette situation, exprimée par l'adage « adoption n'a lieu », eut cours jusqu'à l'entrée en vigueur du Code civil. Depuis lors, l'adoption fut utilisée dans l'intérêt de l'adoptant, celui de perpétuer une lignée ou de transmettre un patrimoine, et ne connut guère de succès. Elle n'était autorisée qu'à des conditions restrictives et seulement pour des majeurs, l'adoption des mineurs n'ayant été permise que bien ultérieurement (L. du 22 mars 1940).

Il faudra attendre quelques décennies pour que les enfants adoptés soient au centre des préoccupations. L'adoption a d'abord été un moyen (détourné) de gommer la flétrissure imposée à ceux nés hors mariage (légitimation par adoption – L. du 10 février 1958). Elle a enfin été envisagée comme institution de protection de l'enfant, avec l'apparition de la distinction entre adoption simple et adoption plénière, et des critères des « justes motifs » et de l'« avantage » pour l'enfant (L. du 21 mars 1969). La réforme du droit de la filiation sous la pression de la jurisprudence européenne (L. du 31 mars 1987) n'a pas modifié cette orientation mais a modernisé la terminologie – la « légitimation par adoption » est devenue « adoption plénière » – et elle s'est préoccupée de l'adoption internationale par le biais du droit international privé (art. 66 à 72 C. D.I.P.).

L'adoption *internationale* a connu un franc succès et malheureusement quelques déboires, souvent préjudiciables pour les enfants. Elle a motivé une démarche de coopération internationale visant à faire respecter les plus récents acquis en matière de protection des droits fondamentaux. La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale<sup>(2)</sup> trace le cadre

(1) Voy. : A. LEFÈVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, P.U.F., 1996, pp. 371 et s. ; N. GALLUS, in *Précis de droit de la famille* (A.-Ch. VAN GYSEL dir.), 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 462-463.

(2) Les communautés ont approuvé la Convention (*Doc. parl.*, Sén., sess. 2003-2004, n° 3-259 ; *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2003-2004, n° 51 0942/002) ; au niveau fédéral : L. du 24 juin 2004 portant assentiment à la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, faite à La Haye le 29 mai 1993, *M.B.*, 6 juin 2005.

de l'adoption internationale et invite les parties contractantes à réformer leur législation sur un modèle commun. Quatre principes balisent cette convention : le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant (préambule), la subsidiarité de l'adoption internationale (art. 4-b), le passage obligé par des organismes agréés pour adopter (art. 6 à 13) et la lutte contre l'enlèvement, la vente ou la traite des enfants (art. 1-b, 8 et 32)<sup>(3)</sup>. La mise en conformité de notre droit avec cette Convention, nécessaire pour éviter une exclusion des réseaux internationaux, a été la principale raison de la dernière réforme du droit de l'adoption par la loi du 24 avril 2003<sup>(4)</sup>.

Le législateur a saisi cette occasion pour réformer l'adoption *interne* dans le même esprit : les garanties instaurées et les certifications requises sur le plan international (ex. : aptitude à adopter) le sont pour la plupart en interne. Il a également comblé des lacunes de l'ancienne loi, aplani des difficultés d'interprétation et éradiqué des discriminations subsistantes. L'institution s'est aussi métamorphosée : de mi-contractuelle elle est devenue judiciaire. L'adoption n'est plus un contrat homologué par un tribunal, mais le résultat d'une décision judiciaire. Elle relève plus que par le passé de la responsabilité de l'État, s'agissant d'une mesure de protection de l'enfant et non principalement d'un droit des adultes<sup>(5)</sup>. Le poids de l'intérêt de l'enfant, fil conducteur de la réforme, s'accroît et s'y ajoute la protection de ses « droits fondamentaux »<sup>(6)</sup>, l'un et l'autre faisant l'objet d'une appréciation *in concreto* affinée par diverses autorités et principalement le juge.

L'entrée en vigueur de la loi du 24 avril 2003 (1<sup>er</sup> septembre 2005) a été tardive et laborieuse en raison de la multiplicité des interactions entre sources normatives de niveaux différents, jusqu'à l'international, et de la coordination à opérer entre toutes les autorités intervenantes, également jusqu'aux internationales. Il a fallu adopter de multiples arrêtés d'exécution<sup>(7)</sup>. L'adoption étant une matière partagée entre l'État fédéral

(3) N. GALLUS, « La nouvelle loi sur l'adoption », in *Droit des familles* (D. PIRE coord.), CUP, vol. 92, Liège, Anthémis, 2007, p. 112.

(4) B. BERTRAND, I. LAMMERANT et M. VERWILGHEN, « Les lignes de faite de la réforme du droit belge de l'adoption », *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, pp. 13 et s.

(5) N. GALLUS, « La nouvelle loi sur l'adoption », *o.c.*, p. 141 ; I. LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 211.

(6) Pour une critique de la redondance de ces concepts : A.-Ch. VAN GYSEL, in *Précis de droit de la famille*, 1<sup>ère</sup> éd., *o.c.*, p. 683.

(7) A.R. du 24 août 2005 fixant les mesures d'exécution de la loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption, de la loi du 13 mars 2003 modifiant le Code judiciaire et de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, *M.B.*, 29 août 2005 ; A.M. du 24 août 2005 désignant l'autorité centrale fédérale en matière d'adoption internationale, visée à l'article 360-1, 2<sup>o</sup>, du Code civil, *M.B.*, 29 août 2005 ; circ. du 24 août 2004 relative à la mise en œuvre de la réforme de l'adoption, *M.B.*, 29 août 2005.

et les Communautés (art. 5, L. du 8 août 1980)<sup>(8)</sup>, des décrets<sup>(9)</sup> et un accord de coopération<sup>(10)</sup> ont dû être finalisés. Qui plus est, la loi de 2003 a subi des modifications avant même son entrée en vigueur, certaines techniques ou rectificatives<sup>(11)</sup>, et une autre fondamentale en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe (L. du 18 mai 2006)<sup>(12)</sup>.

Après l'ouverture du mariage en 2003 aux couples de même sexe (*supra*, n° 324), cette avancée a constitué une nouvelle étape dans l'égalité entre les couples et entre les enfants, et une légère inflexion dans l'option exclusivement pédocentrique du nouveau droit de l'adoption. La Belgique fait partie de la minorité d'États ayant banni toute référence à l'orientation sexuelle des adoptants (Pays-Bas, Espagne, Suède, quelques États des U.S.A., Uruguay et, plus récemment, France, Irlande, Luxembourg, Autriche,...). En réaction, certaines autorités étrangères compétentes en matière d'adoption internationale limitent l'adoptabilité des enfants aux seuls couples ressortissants d'États imposant la condition

(8) C.A., 10 janvier 2001, n° 2/2001, *Arr. C.A.*, 2001, p. 15, *M.B.*, 21 mars 2001, p. 8847, *J.D.J.*, 2001, n° 205, p. 37, *T.B.P.*, 2001, p. 725 ; Avis du C.E., *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2000-2001, n° 1366/001, pp. 150 et s.

(9) *Communauté française* : Décr. du 31 mars 2004 relatif à l'adoption (mod. par Décr. du 1<sup>er</sup> juillet 2005) ; Arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 8 mai 2014. *Communauté flamande* : Décr. du 20 janvier 2012 relatif à l'adoption internationale d'enfant ; Arrêté du Gouvernement flamand du 22 mars 2013. *Communauté germanophone* : Décr. sur l'adoption du 21 décembre 2005 ; Arrêté du Gouvernement de la Communauté germanophone du 28 septembre 2006. *Adde* : Arrêté du Collège réuni de la Commission communautaire commune de la Région de Bruxelles-Capitale du 4 mai 2006 portant création de l'autorité centrale communautaire de la Commission communautaire commune.

(10) Accord de coopération du 12 décembre 2005 relatif à la mise en œuvre de la loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption, *M.B.*, 1<sup>er</sup> juin 2006.

(11) *Avant l'entrée en vigueur* : L. du 16 juillet 2004 contenant le Code de droit international privé qui modifie l'art. 359-3 C. civ. sur la conversion de l'adoption simple (art. 131 C. D.I.P.) ; L. du 27 décembre 2004 qui modifie les art. 343, 346-2, 348-11, 362-2 C. civ. et substitue les mots « enquête sociale » à « étude sociale » ; cette loi modifie la définition à donner au terme « cohabitants » en droit de l'adoption ; cette loi ajoute l'art. 367-3 C. civ. sur les recours contre les décisions de l'autorité centrale fédérale relative à la reconnaissance des adoptions établies à l'étranger. *Après l'entrée en vigueur* : L. du 6 décembre 2005 qui insère les art. 361-5, 361-6, 363-1, al. 2, et modifie l'art. 365-4 (la loi du 24 avril 2003 ne réglait pas les cas d'adoptions d'enfants dont la loi nationale ignore l'adoption).

(12) *Voy. not.* : M. DEMARET, « L'adoption homosexuelle à l'épreuve du principe d'égalité. L'arrêt E.B. contre France », *o.c.*, p. 145 ; C. HERBRAND, « Qu'en est-il de l'adoption par des couples homosexuels ? », *J.D.J.*, 2006, n° 258, p. 31. *Comp. aux Pays-Bas* : art. 228 B.W. ; H. FULCHIRON, « La reconnaissance de la famille homosexuelle aux Pays-Bas », *o.c.*, p. 1033 ; A. NUYTINCK, « De wet openstelling huwelijk en de Wet adoptie door personen van hetzelfde geslacht », in *Yin-Yang. Opstellen aangeboden aan M.J.A. Van Mourik*, Deventer, Kluwer, 2000, p. 213. *Comp. en France* : P. HENNON-JACQUET, « Homosexualité et agrément à l'adoption », *D.*, 2008, p. 2038 ; G. RUFFIEUX, « La France condamnée par la Cour européenne pour discrimination fondée sur l'orientation sexuelle », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 942. Sur le défaut de méthode à prôner, en cette matière, la recherche d'un indéfinissable intérêt « de tous les enfants » : Y.-H. LELEU, « Parenté sociale et adoption homosexuelle », in *Parenté sociale et adoption homosexuelle* (C. NYSENS éd.), Forum du 22 octobre 2004, Bruxelles, 2004, p. 12 ; A.-Ch. VAN GYSEL, in *Précis de droit de la famille* (A.-Ch. VAN GYSEL dir.), 1<sup>re</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 461.

d'hétérosexualité<sup>(13)</sup>. Alors que la position d'ouverture belge n'est pas incompatible avec l'appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant, nettement renforcée depuis la réforme de 2003, la position des pays qui maintiennent dans leur législation interne la condition d'hétérosexualité du couple ou, pire, de l'adoptant seul<sup>(14)</sup>, révèle une prétention à déterminer l'intérêt de l'enfant *in abstracto* ou au départ de choix de valeurs (*supra*, n° 6)<sup>(15)</sup>.

Comme signalé ci-dessus, le législateur fédéral est compétent pour les normes de droit civil, tandis que les Communautés règlent l'aide, l'accompagnement et l'assistance aux personnes et familles. Outre l'autorité centrale fédérale pour l'adoption (ci-dessous « A.C.F. »)<sup>(16)</sup>, des instances communautaires ont été créées (ou confirmées<sup>(17)</sup>) pour assumer la préparation à l'adoption et son suivi (Décr. Comm. fr. du 31 mars 2004<sup>(18)</sup>). En Communauté française, on dénombre différentes institutions : les *organismes d'adoption* qui gèrent les dossiers concrets (art. 13-15), l'*autorité centrale communautaire* (ci-dessous « A.C.C. »)<sup>(19)</sup> qui assure l'organisation de la préparation et du suivi de l'adoption sur un plan général et coordonne l'ensemble des acteurs (art. 12), le *Conseil supérieur de l'adoption*<sup>(20)</sup> qui formule, d'initiative ou à la demande du Gouvernement, tout avis, proposition ou recommandation dans le domaine de l'adoption (art. 3-11)<sup>(21)</sup>.

Les évolutions futures du droit de l'adoption concerneront certainement sa fonction dans les recompositions familiales : l'adoption est-elle, du moins en sa forme plénière, le meilleur palliatif de l'absence d'une

(13) F. COLLIENNE, « L'adoption par des couples homosexuels dans les cas internationaux : une perspective réaliste », *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 963.

(14) La France a été condamnée pour cette raison par la Cour européenne des droits de l'homme : C.E.D.H., *E.B. c. France*, arrêt du 22 janvier 2008, cité *infra*, n° 681 ; M. DEMARET, « L'adoption homosexuelle à l'épreuve du principe d'égalité. L'arrêt E.B. contre France », *o.c.*, p. 145.

(15) Voy. : Y.-H. LELEU, « Parenté sociale et adoption homosexuelle », *o.c.*, p. 2 ; C. PAULIS, « Des incohérences socio-culturelles de la loi sur l'adoption », *J.D.J.*, 2003, n° 226, p. 7.

(16) [http://www.belgium.be/fr/adresses\\_et\\_sites/institutions\\_federales/www.just.fgov.be/adoption](http://www.belgium.be/fr/adresses_et_sites/institutions_federales/www.just.fgov.be/adoption). Sur les missions de cette autorité centrale fédérale, voy. not. I. LAMMERANT, A. OTTEVAERE et M. VERWILGHEN, « Le nouveau droit fédéral de l'adoption », *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 154 ; N. GALLUS, « La nouvelle loi sur l'adoption », *o.c.*, pp. 158-161.

(17) Voy. pour la Communauté française : Décr. du 4 mars 1991, mod. par Décr. du 6 avril 1998 ; pour la Communauté flamande : Décr. du 15 juillet 1997. Sur le défaut de conformité de ces décrets aux règles de partage de compétences entre les niveaux fédéral et communautaire : Avis du C.E., *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2000-2001, n° 1366/1, pp. 150 et s.

(18) En Région flamande : Décr. du 20 janvier 2012 réglant l'adoption internationale d'enfants. En Communauté germanophone : Décr. du 21 décembre 2005 sur l'adoption. Voy. B. BERTRAND, C. FAURE ET G. MANZ, « Le nouveau droit communautaire de l'adoption », *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, pp. 197-216.

(19) <http://www.adoptions.be>.

(20) <http://www.cosa.cfwb.be/>.

(21) Pour plus de détails : B. BERTRAND, C. FAURE ET G. MANZ, « Le nouveau droit communautaire de l'adoption », *o.c.*, pp. 171-196 ; N. GALLUS, « La nouvelle loi sur l'adoption », *o.c.*, pp. 161-171.

institution encadrant la parenté éducative<sup>(22)</sup> ? Et face à la pratique de la maternité de substitution (*supra*, n° 119), l'adoption est-elle la meilleure forme d'établissement de la filiation à l'égard des parents d'accueil<sup>(23)</sup> ?

Le nombre des adoptions est en régression constante sur le plan interne et sur le plan international<sup>(24)</sup>. On peut expliquer ce phénomène par l'accroissement de la demande d'enfants adoptables et la sévérité des conditions, cela tant en Belgique que dans les pays étrangers.

**680. Détournement de l'adoption.** La loi exige que l'adoption repose sur de « justes motifs » (art. 344-1). Or, dans la mesure où elle a longtemps laissé une grande prise à l'autonomie de la volonté, l'adoption a pu être utilisée à d'autres fins que celle d'offrir un foyer éducatif et une filiation juridique à un enfant<sup>(25)</sup>. La jurisprudence rapporte à cet égard que l'adoption est utilisée comme un moyen de « quasi-épouser » son partenaire affectif et lui accorder des droits successoraux ou permettre un éventuel changement de nom<sup>(26)</sup>. Elle peut servir l'établissement d'un étranger en Belgique ou l'obtention de la nationalité<sup>(27)</sup>.

Plus fréquemment, l'adoption est envisagée par un parent pour priver l'autre de ses prérogatives d'*autorité parentale* après séparation, généralement, et heureusement, sans succès<sup>(28)</sup>, sauf lorsque l'état des rapports familiaux et l'intérêt supérieur de l'enfant le recommandent manifestement<sup>(29)</sup>. Nous pensons également que l'adoption n'est pas utilisée au mieux de sa finalité lorsqu'elle concerne l'enfant du partenaire après une *recomposition familiale*, dès lors que le changement de parcours éducatif

(22) Y.-H. LELEU, « Parenté sociale et adoption homosexuelle », *o.c.*, p. 2. Rapp. : F. SWENNEN, « Het nieuwe interne adoptierecht : *horresco referens* », *R. W.*, 2003-2004, p. 452, n° 52 ; *infra*, n° 708.

(23) Voy. N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 395 et s. et « L'adoption par les parents intentionnels de l'enfant né d'une mère porteuse », *o.c.*, p. 100 ; M.-N. VEYS, « Afstamming na draagmoederschap », *o.c.*, p. 402. Pour des applications : Civ. Namur (jeun.), 7 janvier 2011, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 96, note N. GALLUS ; Civ. Bruxelles (jeun.), 23 août 2012, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 99, note N. GALLUS ; Gand, 30 avril 2012, *R.G.D.C.*, 2012, p. 372, note G. VERSCHULDEN, *T. Fam.*, 2013, p. 140, note L. PLUYM, *T.J.K.*, 2012, p. 261, note L. PLUYM, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 831 (somm.).

(24) Pour des statistiques (internes) : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 14<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 272, n° 870.

(25) J. HAUSER, « L'adoption à tout faire », *D.*, 1987, p. 205 ; A. KIMMEL-ALCOVER, « Les détournements de l'adoption », in *Parents de sang. Parents adoptifs* (A. FINE et Cl. NEIRINCK éd.), Paris, L.G.D.J., 2000, p. 271.

(26) En France : Versailles, 4 novembre 1999, *D.*, 2000, p. 716, *D.*, 2000, I.R., p. 9, obs. ; P. RAYNAUD, « Un abus de l'adoption simple. Les couples adoptifs », *D.*, 1983, p. 39. Voy. : D. VAN GRUNDERBEECK, *Gronbeginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, Anvers/Groningen/Oxford, Intersentia, 2003, p. 151, note 749 et les réf. cit. ; F. RIGAUX, *Plaisir, interdits et pouvoir. Une analyse des discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et la race*, *o.c.*, p. 116, n° 167 ; comp. : I. LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, *o.c.*, p. 250.

(27) F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 494, n° 812. Voy. pour un exemple : Civ. Nivelles, 9 mars 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 665.

(28) Bruxelles (jeun.), 8 novembre 1973, *J.T.*, 1974, p. 690, obs. J.-L. RENCHON.

(29) Bruxelles (jeun.), 25 juin 1981, *Rev. trim. dr. fam.*, 1985, p. 99.

de celui-ci se voit doublé d'une déconstruction de son enracinement juridique, à laquelle il y aurait lieu de préférer un partage d'autorité parentale ou une forme de parenté sociale.

Y a-t-il actuellement détournement de l'adoption lorsqu'elle conclut (avec succès) un projet de *maternité de substitution* au profit d'un couple d'accueil (*supra*, n° 119) ? Nous ne le pensons pas tant que le processus répond aux standards du droit à la maîtrise du corps et exclut toute commercialisation<sup>(30)</sup>, car l'adoption crée, du vœu de tous les intéressés, une famille autour de l'enfant et dans l'intérêt de celui-ci (*infra*, n° 703).

**681. Droits fondamentaux.** L'adoption intéresse les droits fondamentaux (vie privée, vie familiale, non-discrimination) de ses nombreux protagonistes (enfant, famille d'origine, famille d'accueil)<sup>(31)</sup>. L'autonomie de la volonté cède devant l'intervention des autorités compétentes qui réalisent la pondération des intérêts en présence, en accordant une attention particulière à celui de l'enfant.

Une jurisprudence constante à la Cour européenne des droits de l'homme enseigne que le droit de fonder une famille et le droit au respect de la vie familiale (art. 8 et 12 C.E.D.H.) ne garantit pas le droit d'adopter un enfant<sup>(32)</sup>, vraisemblablement parce que cette institution constitue elle-même une atteinte, légitime aux conditions prévues par la loi, au

(30) Gand, 30 avril 2012, R.G.D.C., 2012, p. 372, note G. VERSCHULDEN, *T. Fam.*, 2013, p. 140, note L. PLUYM, *T.J.K.*, 2012, p. 261, note L. PLUYM, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 831 (somm.). *Contra* : Civ. Anvers (jeun.), 22 avril 2010, *T. Fam.*, 2012, p. 43, note L. PLUYM. Plus réservées : N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, o.c., p. 402, n° 381 ; N. MASSAGER, in *Précis de droit de la famille* (A.-Ch. VAN GYSEL dir.), 1<sup>re</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 449.

(31) Voy., outre la Convention européenne des droits de l'homme, traitée ci-dessous : Convention de New York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (art. 20-21 ; Gand, 4 octobre 1999, *T.J.K.*, 2000, p. 67, note G. VERSCHULDEN) ; Convention européenne 24 avril 1967 en matière d'adoption des enfants ; Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection et la coopération en matière d'adoption internationale.

(32) C.E.D.H., *E.B. c. France*, arrêt du 22 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 540, obs. P. MARTENS, *J.C.P.*, 2008, II, 10071, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE, *D.*, 2008, p. 2038, note P. HENNON-JACQUET, *Gaz. Pal.*, 25-26 juillet 2008, p. 10, note C. TAHRI, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 916, note G. RUFFIEUX, *J.T.*, 2009, p. 157, note M. DEMARET, *Juristenkrant*, 2008, p. 6, *T.J.K.*, 2009, p. 263 ; C.E.D.H., *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, arrêt du 28 juin 2007, *J.D.I.*, 2008, p. 183, note L. D'AVOUT, *R.C.D.I.P.*, 2007, p. 807, note P. KINSCH, *T.J.K.*, 2008, p. 71, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 871 ; C.E.D.H., *Fretté c. France*, arrêt du 26 février 2002, *CEDH*, 2002-I, p. 303, *D.*, 2002, p. 935, note, *J.L.M.B.*, 2002, p. 752, obs. P. MARTENS, *R.G.D.C.*, 2002, p. 374, *J.C.P.*, 2002, II, 10074, note A. GOUTTENOIRE-CORNUY et F. SUDRE, *J.T.D.E.*, 2002, p. 156, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 137, R.W., 2003-2004, p. 677, note F. VANNESTE ; *adde* dans cette affaire : C.E.D.H., *Fretté c. France*, décision sur la recevabilité du 12 juin 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 711, note D. VAN GRUNDBEECK ; Comm. eur. D.H., *Akin c. Pays-Bas*, n° 34986/97, décision sur la recevabilité du 1<sup>er</sup> juillet 1998, inédit ; Comm. eur. D.H., *X. c. France*, n° 9993/82, décision sur la recevabilité du 5 octobre 1982, *D & R*, 31, p. 241. Dans le même sens : Cass., 10 avril 2003, *Rev. not. belge*, 2003, p. 317, *NjW*, 2003, p. 1111, note RdC, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 180, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1172, note I.M., *Rev. Dr. ULg*, 2004, p. 569, obs. Fl. COLLIENNE.

droit au respect de la vie familiale de l'enfant et des parents d'origine<sup>(33)</sup>. Bien entendu, la relation constituée entre adoptant(s) et adopté, même à l'état de projet, tombe sous la protection de la vie familiale comme toute relation de famille effectivement vécue<sup>(34)</sup>. Et si l'État réglemente l'adoption, il ne peut conférer de manière discriminatoire le droit de s'y porter candidat<sup>(35)</sup>. Les normes internationales convergent pour ériger *l'intérêt de l'enfant* en critère prépondérant de l'adoption<sup>(36)</sup> et positionnent l'adoption en remède à l'échec ou à l'impossibilité d'une prise en charge de l'enfant dans un milieu familial (national) (principe de subsidiarité)<sup>(37)</sup>.

La *procédure* d'adoption est également passée au crible des droits fondamentaux. La question des consentements et du respect des droits de la famille d'origine retient toute l'attention de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>(38)</sup>. Ainsi, une adoption réalisée contre la volonté du ou des parents d'origine mais dans l'intérêt de l'enfant ne méconnaît pas en soi le droit à la protection de leur vie familiale, surtout si celle-ci est émaillée d'incidents éducatifs<sup>(39)</sup>, au contraire d'une adoption réalisée à l'initiative d'une mère biologique à l'insu et sans le consentement du père<sup>(40)</sup>. La Convention européenne assure également la protection des intérêts des parents d'origine contre les effets de l'écoulement du temps

(33) En ce sens : N. GALLUS, « La nouvelle loi sur l'adoption », *o.c.*, p. 113 ; I. LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, *o.c.*, pp. 287-288 ; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van het personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, *o.c.*, p. 426, n° 574.

(34) C.E.D.H., *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, arrêt du 28 juin 2007, précité ; C.E.D.H., *Pini, Bertani, Manera et Atripaldi c. Roumanie*, arrêt du 22 juin 2004, *NjW*, 2004, p. 186, note EvB (vie familiale projetée entre candidats adoptants et adopté). Pour des références aux décisions statuant sur la recevabilité de la Commission et de la Cour européennes : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van het personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, *o.c.*, p. 426, n° 574, note 1814.

(35) C.E.D.H., *E.B. c. France*, arrêt du 22 janvier 2008, précité. Cet arrêt révisé la position ancienne de la Cour (C.E.D.H., *Fretté c. France*, arrêt du 26 février 2002, *D.*, 2002, p. 935, note, *J.L.M.B.*, 2002, p. 752, obs. P. MARTENS, *R.G.D.C.*, 2002, p. 374, *J.C.P.*, 2002, II, 10074, note A. GOUTTENNOIRE-CORNUT et F. SUDRE, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 137, *R.W.*, 2003-2004, p. 677, note F. VANNESTE). Pour plus de détails, voy. not. M. DEMARET, « L'adoption homosexuelle à l'épreuve du principe d'égalité, L'arrêt *E.B. c. France* », *o.c.*, p. 145.

(36) Ex. : Préambule, § 4, art. 1 (a), art. 4 (b), art. 16 (d) Conv. de La Haye du 29 mai 1993 ; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van het personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, *o.c.*, p. 429, n° 579 ; C.E.D.H., *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, précité.

(37) À propos de l'*adoption internationale* : *infra*, n° 729. À propos de l'*adoption interne* : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 14<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 287, n° 939 ; F. SWENNEN, « Het nieuwe interne adoptierecht : *borresco referens* », *o.c.*, p. 442, n° 6.

(38) C.E.D.H., *Kearns c. France*, arrêt du 10 janvier 2008, *J.D.E.*, 2008, p. 97.

(39) C.E.D.H., *Chepelev c. Russie*, arrêt du 26 juillet 2007, *T.J.K.*, 2008, p. 71 ; C.E.D.H., *Söderbäck c. Suède*, arrêt du 28 octobre 1998, *CEDH*, 1998-VII, p. 3086. Comp. : C.E.D.H., *P.C. et S. c. Royaume-Uni*, arrêt du 16 juillet 2002, *CEDH*, 2002-VI, p. 197 ; C.E.D.H., *E.P. c. Italie*, arrêt du 16 novembre 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 425. Rapp. : Cass., 4 novembre 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 445, *Rev. trim. dr. fam.*, 1994, p. 494, *R.G.D.C.*, 1994, p. 394, note L. BARNICHI, *R.W.*, 1994-1995, p. 30, *T. Not.*, 1994, p. 454, note K. WAUTERS-LAMBEIN, *J.T.*, 1994, p. 187 ; Bruxelles (jeun.), 18 novembre 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 134.

(40) C.E.D.H., *Keegan c. Irlande*, arrêt du 26 mai 1994, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 290, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 76. Voy. : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van het personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, *o.c.*, pp. 455-456, n° 622.

en cours de procédure : comme dans toute matière touchant au lien éducatif entre parent et enfant, les autorités compétentes doivent témoigner d'une diligence particulière pour éviter qu'une question litigieuse ne soit réglée dans les faits avant que les débats n'aient lieu devant l'instance compétente (art. 6, § 1<sup>er</sup>, et 8 C.E.D.H.)<sup>(41)</sup>. Elle est surtout sensible à l'opinion et aux droits des enfants adoptés : leur opposition peut même contrecarrer les effets d'une procédure d'adoption régulière<sup>(42)</sup>.

Les effets de l'adoption doivent également respecter les droits fondamentaux des intéressés. Sans remettre en cause le principe d'intégration de l'enfant dans la famille adoptive sur le modèle d'une filiation par le sang<sup>(43)</sup>, les droits de la famille d'origine tendent à être revalorisés par souci de transparence envers l'enfant (droit à la connaissance des origines)<sup>(44)</sup> et par égard pour son parcours affectif (droits aux relations personnelles).

**682. Division.** Nous examinons successivement l'adoption simple, l'adoption plénière et l'adoption internationale tant ces institutions poursuivent des objectifs différents.

La loi pose cependant des conditions communes à toutes les formes d'adoption et définit à un seul endroit certains concepts transversaux. Nous procéderons aux renvois nécessaires pour réduire les répétitions.

## SECTION 2 Adoption simple

### § I. Conditions de fond

**683. Conditions et finalité de l'adoption. Renvoi.** Le juge de l'adoption vérifie que l'adoption soit conforme à la loi, qu'elle repose sur de justes

(41) C.E.D.H., *Covezzi et Morselli c. Italie*, arrêt du 9 mai 2003, *J.C.P.*, 2003, I, 160, 1572 ; C.E.D.H., *H. c. Royaume-Uni*, arrêt du 8 juillet 1987, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 120, *Rev. trim. dr. fam.*, 1989, p. 141. Il en va de même, pour d'autres raisons, si la procédure est trop brève et ne laisse pas aux parents d'origine le temps d'être écoutés (C.E.D.H., *P. C. et S. c. Royaume-Uni*, arrêt du 16 juillet 2002, *CEDH*, 2002-VI, p. 197). Voy. : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van het personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., pp. 464-465, n°s 633-634.

(42) C.E.D.H., *Pini, Bertani, Manera et Atripaldi c. Roumanie*, arrêt du 22 juin 2004, *NjW*, 2004, p. 186, note EvB.

(43) C.E.D.H., *Pla et Puncernau c. Andorre*, arrêt du 13 juillet 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 602, note M.D., *R.W.*, 2005-2006, p. 1158, *N.J.B.*, 2004, p. 2151.

(44) Comp. : C.E.D.H., *Odièvre c. France*, arrêt du 13 février 2003, *CEDH*, 2003-II, p. 1, *NjW*, 2003, p. 926, *J.C.P.*, 2003, II, 10049, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE, *R.G.D.C.*, 2003, p. 403, note J. VAN BROECK, *Dr. fam.*, 2003, n° 23, note P. MURAT. Sur les formalités d'état civil consécutives à une adoption (art. 368-6), voy. *infra*, n° 704. Pour les contours de ce « droit » : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van het personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., pp. 339-350.

motifs, sert l'intérêt supérieur de l'enfant et respecte ses droits fondamentaux, le tout dans un souci de pondération des intérêts en présence, sachant que celui de l'enfant prédomine (art. 344-1 ; art. 1231-13 C. jud.). Sont examinées ici les conditions relatives à la légalité de l'adoption et non celles relatives à son opportunité (*infra*, n° 702).

## I. Adoptant

**684. Définitions. État civil.** Par « adoptant », la loi désigne la personne ou le couple candidat à l'adoption et comprend sous cette notion (art. 343, § 1<sup>er</sup>) :

- Une *personne* qui adopte seule. Si elle est mariée ou cohabitante, elle devra obtenir le consentement de son conjoint ou partenaire, quel que soit son sexe et la durée de la cohabitation (art. 348-2). Ce consentement ne constitue pas un droit de *veto*<sup>(45)</sup>.
- Des *époux* (de sexe différent ou non – L. du 18 mai 2006), sans condition de durée du mariage.
- Des *cohabitants* (de sexe différent ou non – L. du 18 mai 2006), étant entendus comme « deux personnes ayant fait une déclaration de cohabitation légale ou deux personnes qui vivent ensemble de façon permanente et affective depuis au moins 3 ans au moment de l'introduction de la demande en adoption, pour autant qu'elles ne soient pas unies par un lien de parenté entraînant un empêchement à mariage dont elles ne peuvent être dispensées par le Roi » (art. 343, § 1<sup>er</sup>, b))<sup>(46)</sup>.

Ces conditions et les définitions des concepts qui précèdent mettent fin au privilège lié au mariage et à l'hétérosexualité, en même temps qu'elles intègrent la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en matière d'adoption endofamiliale (*infra*, n° 708). L'ouverture de l'adoption aux « partenaires affectifs » est justifiée par le souci d'intégrer l'enfant dans une famille et non dans une communauté ; la pertinence d'une déclaration de cohabitation légale, dispensant de la preuve d'une durée de

(45) F. SWENNEN, *l.c.* Voy. *infra*, n° 696.

(46) La Cour constitutionnelle a jugé que cette disposition violait l'article 22bis, al. 4, de la Constitution dès lors qu'elle empêche l'ex-partenaire de la mère adoptive de l'enfant d'adopter à son tour ce dernier *après la rupture du couple* (adoption simple), alors qu'il a cohabité avec la mère pendant plus de 6 ans et qu'il a noué une relation affective durable avec l'enfant (C. const., 25 juin 2015, n° 94/2015, R.W., 2015-16, p. 39 (somm.)). Dans le même sens : C. const., 12 juillet 2012, n° 94/2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 166, note S. CAP et J. SOSSON, *T. Fam.*, 2013, p. 165, note M. BUNKENS, *Juristenkrant*, 2012, liv. 253, p. 4, R.W., 2012-2013, p. 698 (somm.), qui sanctionne cette disposition, combinée avec les articles 356-1 et 356-2, en ce qu'ils ne permettent pas à l'*ex-partenaire* du parent légal d'adopter plénièrement l'enfant sans rompre les liens juridiques avec le parent légal.

vie commune, étonne au regard de la prépondérance, dans l'intérêt de l'enfant, de la stabilité du couple par rapport à son statut juridique<sup>(47)</sup>.

**685. (suite) Lien de filiation avec l'adopté.** La loi interdit qu'une personne dont la filiation est établie à l'égard d'une autre personne soit adoptée par cette dernière (art. 344-2)<sup>(48)</sup>, évitant que l'adoption ne vise à empêcher l'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard de l'autre parent ou à anéantir ses effets.

Par contre, il n'est pas impossible que la filiation de l'adopté soit établie après l'adoption à l'égard de l'adoptant ou de l'un des adoptants. Il sera mis fin dans ce cas à l'adoption à l'égard de cet adoptant ou de ces adoptants (art. 350, al. 1<sup>er</sup>), et tous les effets de la filiation légale s'appliqueront. Ainsi est révolue l'ancienne solution consistant à ne faire produire à la filiation que ses effets « non opposés » à l'adoption (art. 362, al. 1<sup>er</sup> anc.).

Si la filiation de l'adopté est établie après l'adoption à l'égard d'un tiers, l'adoption ne prend pas fin (art. 350, al. 2)<sup>(49)</sup>. S'il s'agit d'une adoption simple, cette filiation ne produit ses effets que dans la mesure où ils ne sont pas contraires à l'adoption et n'apportent, par exemple, aucune modification à l'autorité parentale<sup>(50)</sup>. Par cette disposition, le législateur reprend la solution antérieurement formulée par l'article 362, alinéa 2, du Code civil et poursuit le même objectif : empêcher qu'une filiation ultérieurement établie à l'égard d'un tiers ne porte atteinte aux liens sociaux et affectifs nés de l'adoption ou ne poursuive des objectifs seulement patrimoniaux.

Cette solution posait de sérieux problèmes dans le cas le plus fréquent d'établissement de filiation par un tiers consécutif à l'adoption, celui où le père biologique reconnaissait son enfant né hors mariage et adopté par sa mère avant 1987 – en forme simple<sup>(51)</sup> – pour améliorer son statut<sup>(52)</sup>. Par application de l'ancienne règle, le nom de l'enfant n'était pas modifié, le père ne bénéficiait pas de l'autorité parentale, aucune créance alimentaire ne pouvait être réclamée et toute prétention successorale devait être écartée. La Cour constitutionnelle a jugé cette situation

(47) Y.-H. LELEU, note sous C.A., 28 novembre 2001, n° 154/2001, *J.T.*, 2002, p. 85 ; *contra* : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 496, n° 821.

(48) Auparavant, une telle adoption était « sans objet », sans « justes motifs » : Civ. Bruxelles (jeun.), 2 novembre 1987, *R.G.D.C.*, 1988, p. 570.

(49) Pour un constat de constitutionnalité, en cause une adoption plénière : C. const., 18 février 2010, n° 13/2010, *T.J.K.*, 2010, p. 317, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 627 (somm.).

(50) S'il s'agit d'une adoption plénière, cette filiation ne produit d'autre effet que les empêchements à mariage prévus aux art. 161 à 164 (art. 350, al. 2).

(51) Seule permise dans ce cas.

(52) E. VIEUJEAN, « L'enfant né hors mariage et adopté par sa mère avant 1987 », *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 513.

discriminatoire dans la mesure où elle n'instaurait pas entre ces enfants et leurs parents un double lien de filiation aux effets analogues à celui dont étaient dotés, depuis 1987, les enfants nés hors mariage qui n'auraient pas été adoptés par leur mère<sup>(53)</sup>. La loi du 24 avril 2003 intègre cette jurisprudence en disposant que « l'adoption par une personne de son enfant né hors mariage, prononcée par une décision devenue définitive avant la date d'entrée en vigueur de la loi du 31 mars 1987 modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation, est réputée non avenue » (art. 18)<sup>(54)</sup>. En conséquence, la reconnaissance d'un tel enfant par son père n'interfère plus avec une adoption simple.

**686. Âge et différence d'âge.** L'adoptant doit avoir 25 ans au jour du dépôt de la requête en adoption et au moins 15 ans de plus que l'adopté (art. 345, al. 1<sup>er</sup> et 3).

En vue de favoriser l'adoption endofamiliale, celle par le partenaire du parent de l'enfant<sup>(55)</sup>, le législateur a abaissé à 18 ans l'âge minimal de l'adoptant et à 10 ans la différence d'âge requise entre adoptant et adopté (art. 345, al. 2)<sup>(56)</sup>.

L'adoptant doit être en vie « seulement » jusqu'à l'introduction de la requête ; son décès ultérieur n'empêche pas la procédure de suivre son cours (art. 1231-20 C. jud.)<sup>(57)</sup>.

**687. Aptitude à adopter.** Pour pouvoir adopter un enfant, terme défini comme visant « la personne âgée de moins de 18 ans »<sup>(58)</sup> (art. 343, § 1<sup>er</sup>, c), l'adoptant ou les adoptants doivent être *qualifiés et aptes à adopter* (art. 346-1, al. 1<sup>er</sup>), c'est-à-dire satisfaire aux conditions juridiques de l'adoption et posséder les qualités socio-psychologiques nécessaires

(53) C.A., 20 mai 1998, n° 50/98, J.L.M.B., 1998, p. 1157, obs. D. PIRE, J.T., 1998, p. 637, R.W., 1998-1999, p. 710, Rev. trim. dr. fam., 1998, p. 650, Rev. not. belge, 1999, p. 249, note E. BEGUIN. Voy. N. GALLUS, « La nouvelle loi sur l'adoption », o.c., p. 132.

(54) Au lendemain de la loi du 31 mars 1987, certains auteurs estimaient que l'autorité de chose jugée attachée à la décision judiciaire ayant homologué ou prononcé l'adoption impose que l'enfant en cause conserve le statut découlant de l'adoption simple (I. LAMMERANT, « La réforme de l'adoption en droit interne », J.T., 1987, p. 509, nos 102-104) ; d'autres prônaient la solution, actuellement consacrée, de la création automatique d'une filiation à l'égard de la mère (H. CASMAN, « Adoptie, volle adoptie in verklaring van adopteerbaarheid », in *Afstamming en adoptie* (G. BAETEMAN éd.), Bruxelles, E. Story-Scientia, 1987, p. 283).

(55) Plus précisément celle d'« un descendant au premier degré ou un adopté du conjoint ou du cohabitant, même décédé, de l'adoptant » (art. 345, al. 2).

(56) En ce sens : Bruxelles, 25 novembre 1999, Rev. trim. dr. fam., 2000, p. 423, J.T., 2001, p. 74 (somm.).

(57) Cass., 30 septembre 2011, T. Fam., 2012, p. 133, note A. QUIRYNEN, Rev. trim. dr. fam., 2012, p. 203, R.W., 2013-2014, p. 418 (somm.): l'article 1231-20 du Code judiciaire ne méconnaît pas l'article 8 de la C.E.D.H. en permettant à l'adopté de poursuivre la procédure après le décès de l'adoptant, alors même que les descendants de ce dernier ne souhaitent pas que la procédure se poursuive.

(58) Sur les imperfections de la définition et son usage incohérent par la loi : F. SWENNEN, « Het nieuwe interne adoptierecht : *horresco referens* », o.c., p. 442, n° 4 et p. 452, n° 53.

(art. 346-1, al. 2)<sup>(59)</sup>. Cette certification n'est pas décernée *in abstracto* mais liée à un projet déterminé d'adoption<sup>(60)</sup>.

L'appréciation de l'aptitude à adopter, condition de fond de l'adoption, relève de la compétence du tribunal de la famille et tient compte notamment de la situation personnelle, familiale et médicale de l'intéressé et des motifs qui l'animent.

Le juge se fonde sur une *enquête sociale*<sup>(61)</sup>, qu'il est tenu d'ordonner seulement si l'enfant est mineur (art. 346-2 et 1231-6 C. jud.), et au cours de laquelle les instances désignées par les communautés sont (obligatoirement) consultées<sup>(62)</sup>. Cette enquête sociale n'est pas obligatoirement diligentée en cas d'adoption endofamiliale<sup>(63)</sup>, plus précisément dans l'hypothèse où l'adoptant partage déjà la vie quotidienne de l'enfant ou a un lien social et affectif avec lui, ou dans celle où un lien de parenté n'excédant pas le troisième degré unit l'adopté et l'adoptant, son conjoint ou son cohabitant, même décédés (art. 346-2, al. 3)<sup>(64)</sup>.

**688. Préparation à l'adoption.** Préalablement à l'appréciation de son aptitude à adopter, tout candidat adoptant doit avoir suivi une *préparation* organisée par la communauté compétente<sup>(65)</sup>, qui comprend notamment une information sur les étapes de la procédure, les effets juridiques et les autres conséquences de l'adoption, ainsi que sur la possibilité et l'utilité d'un suivi post-adoptif (art. 346-2, al. 1<sup>er</sup>).

La préparation à l'adoption est organisée en Communauté française par le décret du 31 mars 2004 (art. 21-28, réd. Décr. Comm. fr. du 5 décembre 2013) et met l'accent sur la prévention en responsabilisant les

(59) C. HEUKEMES, « La préparation à l'adoption et l'appréciation de l'aptitude à adopter : comparaison entre les trois communautés », in *Les nouveaux aspects juridiques de l'adoption : quelques thématiques spécifiques*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 155-206.

(60) Contrairement à l'appréciation de l'aptitude à adopter en matière d'adoption internationale (M. TRAEST, « Interlandelijke adoptie na de wet van 24 april 2003 », *R.W.*, 2003-2004, p. 1368). Pour une application : Bruxelles (jeun.), 16 mars 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 395 ; *Rev. dr. étr.*, 2012, liv. 168, p. 324 (somm.) (refus).

(61) Pour une mise en lumière des difficultés pratiques qui entourent cette enquête : E. DEROUAUX, « La problématique du rapport d'enquête sociale », in *Les nouveaux aspects juridiques de l'adoption : quelques thématiques spécifiques*, Les cahiers du CeFAP, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 208-239.

(62) En cas d'adoption *interne*, le juge ordonne l'enquête sociale au moment où il est saisi de la requête en adoption (art. 1231-6 C. jud.). En cas d'adoption internationale, si l'enfant réside habituellement à l'étranger, c'est « avant d'effectuer quelque démarche que ce soit en vue d'une adoption » que le candidat à l'adoption doit, l'adopté fût-il un proche parent, obtenir du tribunal de la famille un jugement le déclarant qualifié et apte à assumer une adoption internationale (art. 361-1, al. 1<sup>er</sup> ; *infra*, n° 731).

(63) Pour des critiques : I. LAMMERANT, A. OTTEVAERE et M. VERWILGHEN, « Le nouveau droit fédéral de l'adoption », *o.c.*, p. 94 ; N. GALLUS, in *Précis de droit de la famille*, p. 481.

(64) La préparation et le contrôle de l'aptitude auront toutefois lieu : N. GALLUS, « La nouvelle loi sur l'adoption », *o.c.*, p. 136.

(65) Pour une comparaison entre les différentes communautés : C. HEUKEMES, « La préparation à l'adoption et l'appréciation de l'aptitude à adopter : comparaison entre les trois communautés », in *Les nouveaux aspects juridiques de l'adoption : quelques thématiques spécifiques*, Les cahiers du CeFAP, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 155.

adoptants et en les aidant à faire mûrir leur projet<sup>(66)</sup>. Elle comporte trois phases à achever en principe dans un délai de 4 mois, prorogeable sans pouvoir excéder 12 mois<sup>(67)</sup> : *information* des candidats sur les aspects juridiques, contextuels, culturels, éthiques et humains de l'adoption ; *sensibilisation* aux enjeux psychologiques, familiaux et relationnels de l'adoption ; *élaboration du projet d'adoption* en tenant compte des incidences juridiques, psychologiques, familiales et relationnelles de ce projet sur la vie des adoptants et celle de l'enfant à adopter.

Les deux premières phases sont organisées par l'Autorité centrale communautaire (A.C.C.) sous forme de modules de formation collective, la dernière par un organisme d'adoption agréé sous forme d'entretiens individualisés. S'agissant plus précisément de cette troisième phase, précisons que le terme « élaboration » n'est pas clair et laisse dubitatif quant à la neutralité qu'imposerait le partage de compétences entre niveaux fédéral et communautaire. En effet, ce concept en son principe pourrait désigner une progression encadrée des candidats adoptants vers la définition claire de leurs objectifs en matière d'accueil d'un enfant, laquelle, pour respecter le partage de compétences, ne devrait comporter aucune appréciation et encore moins de décision de la part des organismes d'adoption. Cependant, dans la pratique, une évaluation du projet d'adoption sera inévitable et, bien que ne liant pas le juge civil, à de nombreux points de vue éclairante.

La préparation varie selon le type d'adoption ou l'expérience des candidats adoptants. La préparation varie en cas de seconde adoption ou en cas d'adoption endofamiliale<sup>(68)</sup>, car il appartient à l'A.C.C. de mettre en place un cycle spécifique de préparation pour les candidats adoptants qui ont déjà bénéficié d'une préparation organisée par la Communauté française dans le cadre d'une adoption antérieure (art. 23)<sup>(69)</sup>.

À l'issue du cycle, l'A.C.C. délivre le « certificat » requis par l'article 346-2 du Code civil et par l'article 1231-3, alinéa 2, du Code judiciaire. Ce certificat est valable 18 mois, délai prorogeable (art. 28).

**689. Apparentement.** Une phase importante du processus, concernant aussi bien l'adoptant que l'adopté, consiste à réaliser l'apparentement (*matching*), c'est-à-dire la recherche d'un enfant adoptable et la mise en

(66) B. BERTRAND, C. FAURE et G. MANZ, « Le nouveau droit communautaire de l'adoption », *o.c.*, p. 177.

(67) Art. 22, § 5, de l'Arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 8 mai 2014 relatif à l'adoption.

(68) N. GALLUS, « La nouvelle loi sur l'adoption », *o.c.*, p. 163.

(69) Dans ce cas, la phase de préparation de la nouvelle adoption est composée d'une phase de sensibilisation collective et d'une phase de sensibilisation individuelle.

concordance des souhaits parentaux avec ses besoins<sup>(70)</sup>. Cette compétence est exclusivement dévolue aux organismes d'adoption agréés ou à l'A.C.C., sous peine de sanctions pénales<sup>(71)</sup>, et sous le contrôle des autorités communautaires compétentes (art. 30-33 Décr. Comm. fr. du 31 mars 2004, réd. Décr. Comm. fr. du 5 décembre 2013).

L'organisme intervient tout d'abord auprès des enfants susceptibles d'être adoptés et des parents d'origine en les informant, en les assistant au niveau des démarches légales et administratives et en réalisant une étude psycho-médico-sociale relative à l'enfant pour choisir le candidat adoptant le plus approprié.

Il intervient ensuite auprès des candidats adoptants, en préparant l'accueil de l'enfant, en veillant à ce que les mesures légales et administratives soient accomplies, en apportant conseil et aide dans le cadre de la procédure devant le tribunal de la famille.

**690. Suivi de l'adoption.** L'obligation de suivi de l'adoption, également déferée aux autorités communautaires, s'avère pour la Communauté française moins contraignante que celle de préparation. Elle relève de la mission générale de l'A.C.C. (art. 12, 6°, Décr. Comm. fr. du 31 mars 2004).

Il appartient à l'organisme d'adoption de conclure une convention avec les candidats adoptants dans le cadre de l'apparementement, précisant les obligations réciproques pour la réalisation des suivis post-adoptifs (art. 31, § 1<sup>er</sup>, Décr. Comm. fr. du 31 mars 2004, réd. Décr. Comm. fr. du 5 décembre 2013). Il en va de même avec l'A.C.C. lorsqu'elle encadre elle-même le projet d'adoption (art. 43, § 3, al. 4).

Un suivi obligatoire doit être effectué par l'organisme d'adoption agréé, comprenant une première prise de contact dans les 15 jours de l'arrivée de l'enfant en famille, une visite au domicile des adoptants dans les 3 mois de l'arrivée de l'enfant en famille et au minimum une seconde rencontre dans l'année de l'arrivée de l'enfant, outre une rencontre annuelle jusqu'à la finalisation du projet d'adoption (art. 48). En matière d'adoption internationale, l'organisme d'adoption agréé effectuera également les suivis adoptifs exigés par les autorités du pays d'origine.

Le suivi pourra également être réalisé par l'A.C.C. en cas d'adoption intrafamiliale internationale (art. 48/1), selon les mêmes modalités

(70) Sur l'apparementement : I. LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé, o.c.*, pp. 304 et s.

(71) Art. 391quinquies C. pén. On rappellera que l'intervention d'un organisme d'adoption n'est pas obligatoire en cas d'adoption endofamiliale.

que lorsqu'il est assuré par un organisme d'adoption<sup>(72)</sup>, ou par des personnes morales indépendantes (art. 48/2).

## 2. Adopté

**691. Consentement.** L'adopté doit être né et demeurer en vie jusqu'au terme de la procédure<sup>(73)</sup>. S'il a au moins 12 ans lors du prononcé du jugement d'adoption<sup>(74)</sup>, il doit *consentir à son adoption* (art. 348-1, al. 1<sup>er</sup>). Ce consentement n'est pas susceptible de recours judiciaire en cas de refus<sup>(75)</sup>. Avant cet âge, il peut être invité à donner son avis au cours d'une audition en justice (*infra*, n° 701).

L'adopté majeur ne doit pas donner son consentement si le tribunal estime, en raison d'éléments de fait constatés par procès-verbal motivé, que la personne n'est pas capable d'exprimer sa volonté. Il en est de même si l'ordonnance du juge de paix plaçant la personne sous protection judiciaire déclare cette personne incapable de consentir à son adoption (art. 492/1 ; *supra*, n° 182-1). La personne majeure qui est en mesure d'exprimer son opinion de manière autonome est entendue directement par le juge. Le cas échéant, sa personne de confiance exprime son opinion (art. 348-1, al. 2).

De même, pour l'adopté mineur, le consentement n'est pas requis si le tribunal estime, sur la base d'éléments de fait constatés par procès-verbal motivé, qu'il est privé de discernement (art. 348-1, al. 3)<sup>(76)</sup>.

**692. Âge.** Pour l'adoption simple, le législateur ne prévoit pas de condition d'âge *maximum* de l'adopté. Quant à un éventuel âge *minimum*, la seule limite existante résulte de la règle selon laquelle les consentements des parents d'origine ne peuvent être donnés avant que l'adopté soit âgé de 2 mois (art. 348-4, al. 1<sup>er</sup>)<sup>(77)</sup>. Le consentement prénatal à l'adoption, notamment dans le cadre d'une maternité de substitution, est par conséquent interdit.

(72) Art. 47, § 1<sup>er</sup>, de l'Arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 8 mai 2014 relatif à l'adoption.

(73) P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 14<sup>e</sup> éd., o.c., p. 274, n° 880.

(74) S'il est âgé de moins de 12 ans lors du dépôt de la requête, mais atteint cet âge en cours de procédure, son consentement doit être recueilli (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2000-2001, n° 1366/001, p. 25). L'expression du consentement de l'adopté ne doit pas être confondue avec son *audition* dans le cadre de la procédure d'adoption (art. 1231-10, 3°, et 1231-11 C. jud.).

(75) En ce sens : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 14<sup>e</sup> éd., o.c., n° 910.

(76) Sur la possibilité de contourner le refus de consentement par une appréciation négative de la faculté de discernement de l'adopté : F. SWENNEN, « Het nieuwe interne adoptierecht : *borresco referens* », o.c., p. 445, n° 17. En cas d'absence de consentement, la sanction est la nullité de l'adoption (Cass., 22 février 1979, *J.T.*, 1979, p. 540, *T. Not.*, 1980, p. 45, *R.W.*, 1979-1980, col. 906, *Pas.*, 1979, I, p. 759).

(77) Comp. : art. 4, al. 4, Conv. de La Haye du 29 mai 1993. Pour une appréciation critique : I. LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, o.c., pp. 385-386, n° 345.

**693. État civil. Consentement du partenaire de l'adopté.** Une personne mariée ou cohabitante (au sens commun du terme) au moment de la comparution devant le tribunal appelé à statuer sur la requête en adoption ne peut être adoptée qu'avec le consentement de son conjoint<sup>(78)</sup> ou de son cohabitant, sauf si ce dernier est présumé absent ou sans demeure connue, ou si le tribunal estime, en raison d'éléments de fait constatés par procès-verbal motivé, qu'il est dans l'impossibilité ou incapable d'exprimer sa volonté (art. 348-2)<sup>(79)</sup>.

**694. (suite) Absence d'adoption antérieure. Nouvelle adoption.** L'interdiction de principe de toute adoption consécutive à une autre (« adoption sur adoption ne vaut ») s'explique, en ce qui concerne l'adoption de mineurs, par la volonté d'assurer une stabilité à l'enfant et, en ce qui concerne celle de majeurs, par l'objectif de combattre toute « chasse à l'héritage ». Les exceptions apportées à ce principe tendent à favoriser l'intégration de la personne adoptée dans une famille recomposée (nouvelle adoption endofamiliale) ou à pourvoir aux besoins éducatifs d'un enfant adopté en cas d'échec de celle-ci ou de disparition de ses parents adoptifs (nouvelle adoption exofamiliale) :

- Une personne adoptée par une seule personne peut l'être ensuite par le *conjoint* ou *cohabitant* de cette dernière, à des conditions d'âge et de différence d'âge assouplies, et même après le décès du parent adoptif<sup>(80)</sup> (art. 345, al. 2 ; *supra*, n° 686).
- La personne – mineure ou majeure – adoptée de manière simple ou plénière par deux adoptants peut être adoptée une nouvelle fois de manière simple ou plénière par le *nouveau conjoint* ou *cohabitant* de l'un de ceux-ci dans les trois cas suivants : l'autre adoptant antérieur est décédé ; l'adoption simple antérieure a été révoquée à l'égard de l'autre adoptant<sup>(81)</sup> ; des motifs très graves le requièrent (nouvelle adoption prononcée à la requête du ministère public) (art. 347-2).

(78) Il n'est pas interdit que deux époux soient adoptés par le même adoptant, mais aucune disposition légale n'aménage les effets d'une telle adoption, notamment la superposition des liens d'alliance ou de parenté dans le chef des deux époux (voy. : J. HAUSER et P. DELMAS-SAINTE-HILAIRE, « Deux exercices d'exégèse sur l'adoption », *Rép. Defrénois*, 2000, p. 1009).

(79) Conformément à la *ratio legis* de l'article 348-2, identique à celle de l'ancien article 347, le consentement du conjoint est également requis en cas de mariage conclu pendant la procédure d'adoption (Bruxelles, 30 septembre 2004, *NjW*, 2004, p. 1352, note GV).

(80) Application : Anvers, 1<sup>er</sup> avril 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 781 (somm.). Avant la réforme de 2003, il n'était pas exigé que la première adoption ait lieu avant le mariage du (premier) parent adoptif (G. MAHIEU, « L'adoption », *Rép. not.*, t. I, l. III, Bruxelles, Larcier, 1989, n° 22). La Cour constitutionnelle autorise toutefois une nouvelle adoption par l'*ex-partenaire* de la mère adoptive lorsque celui-ci a noué une relation affective durable avec l'enfant : C. const., 25 juin 2015, n° 94/2015, *R. W.*, 2015-2016, p. 39 (somm.).

(81) Civ. Bruges, 9 mars 2004, *T. Not.*, 2004, p. 579, note C. CASTELEIN.

- Une nouvelle adoption (exofamiliale) par *une personne seule, deux époux* ou *deux cohabitants* ne peut concerner que des enfants mineurs et ne peut être envisagée que dans les trois cas suivants : l'adoptant ou les adoptants antérieurs sont décédés ; l'adoption antérieure a été révoquée à l'égard de l'adoptant ou des adoptants ; des motifs très graves le requièrent (art. 347-1). Cette dernière condition, si elle s'applique à un enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière, introduit une forme de révocation indirecte conditionnée à une nouvelle adoption (*infra*, n° 728)<sup>(82)</sup>.

En cas de nouvelle adoption d'un mineur, le consentement de l'adoptant ou des adoptants antérieurs est requis, sauf si la révocation ou la révision de l'adoption antérieure a été prononcée à leur égard (art. 348-6 et 348-7)<sup>(83)</sup>. Si l'adoption antérieure était une *adoption simple*, le consentement des personnes ayant consenti à la première adoption, notamment celui des parents d'origine, est à nouveau exigé, sauf si cette première adoption avait été prononcée par le tribunal contre leur refus (art. 348-6, al. 2 *in fine* jo. art. 348-11 ; *infra*, n° 696). De même, le consentement des père et mère ne sera pas requis si l'enfant avait été déclaré abandonné par ses parents (art. 348-6, al. 2 *in fine*).

Les articles 353-18 et 356-3 du Code civil règlent la transition d'effets entre les adoptions successives.

### 3. Parents de l'adopté

**695. Consentement parental. Titulaires.** Les parents de l'adopté mineur doivent consentir à l'adoption (art. 348-3). Il s'agit d'un effet

(82) Ces dispositions intègrent la jurisprudence de la Cour constitutionnelle qui a considéré que les anciennes dispositions violaient la Constitution en ce qu'un enfant qui a fait l'objet d'une adoption plénière ne pouvait être encore adopté du vivant de l'adoptant (C.A., 3 octobre 2001, n° 117/2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 300, *J.T.*, 2001, p. 838, *R.W.*, 2001-2002, p. 840, note, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 647). Cette même Cour a par contre validé l'interdiction d'adoptions successives lorsque l'adopté est *majeur*, au motif que l'adoption n'a pas pour but de permettre à des adultes de s'insérer successivement dans plusieurs familles, causant un risque de conflits entre celles-ci, notamment d'ordre successoral (C.A., 22 janvier 2003, n° 12/2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 550, *T.J.K.*, 2003, p. 100, *NjW*, 2003, p. 705, note RDC). Ces deux arrêts de la Cour constitutionnelle ne déclaraient cependant pas inconstitutionnel l'ensemble de l'ancien article 346, mais condamnaient l'impossibilité pour un enfant, ayant déjà fait l'objet d'une adoption plénière, de ne pouvoir être à nouveau adopté lors d'une rupture définitive de ses parents adoptifs. Voy. en ce sens : Bruxelles, 23 septembre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 1127).

(83) Sauf si l'une de ces personnes est présumée absente, sans aucune demeure connue, dans l'impossibilité ou incapable d'exprimer sa volonté (art. 348-6, al. 2, et 348-7).

de la filiation<sup>(84)</sup>, protégé au nom du respect de la vie familiale (art. 8 C.E.D.H.)<sup>(85)</sup>, et non d'une prérogative d'autorité parentale au sens strict<sup>(86)</sup>. Autrement dit, le parent est habilité à consentir, qu'il exerce ou non l'autorité parentale. La déchéance de celle-ci n'empêche celle du droit de consentir à l'adoption que si le tribunal de la jeunesse l'a mentionné lors de la condamnation (art. 33, al. 2, L. du 8 avril 1965)<sup>(87)</sup>. Plus précisément :

- Le consentement des *deux parents* est requis si la double filiation est établie et qu'ils sont en état de l'exprimer (art. 348-3, al. 1<sup>er</sup>).
- Le consentement d'*un seul parent* suffit lorsque l'un des deux parents est décédé, dans l'impossibilité ou incapable de manifester sa volonté, présumé absent ou sans demeure connue (art. 348-3, al. 1<sup>er</sup>). Il en va de même lorsque la filiation n'est établie qu'à l'égard de ce parent (art. 348-3, al. 2)<sup>(88)</sup>.
- Le consentement est donné par le *tuteur*<sup>(89)</sup> lorsque les deux parents ou le seul parent à l'égard duquel la filiation est établie sont décédés, présumés absents, dans l'impossibilité ou incapables de manifester leur volonté ou sans demeure connue. Il en va de même si la filiation de l'adopté n'a pas été établie (art. 348-5, al. 1<sup>er</sup>), par exemple dans certaines configurations de maternité de substitution (*supra*, n° 119).

Le consentement parental est « éclairé » par une information sur l'adoption et sur les conséquences du consentement, dispensée par le tribunal et par son service social<sup>(90)</sup> (art. 348-4, al. 2 et 3). De plus, les

(84) I. LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, o.c., p. 137, n° 119. Le parent d'origine doit donner son consentement, qu'il soit lui-même majeur ou mineur (comp. : Civ. Tongres (jeun.), 21 novembre 1990, *L.R.L.*, 1991, p. 48). Les dispositions relatives au consentement parental sont d'ordre public (Cass., 29 janvier 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 121).

(85) C.E.D.H., *Keegan c. Irlande*, arrêt du 26 mai 1994, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 290, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 76 ; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., pp. 454 et s.

(86) Sur la distinction entre autorité parentale « au sens strict » et « au sens large », voy. *infra*, n° 747.

(87) F. SWENNEN, « Het nieuwe interne adoptierecht : *horresco referens* », o.c., p. 451, n° 48. Cette disposition légale a valeur interprétative à l'égard des parents déchus de l'autorité parentale antérieurement à son entrée en vigueur (art. 19 L. du 24 avril 2003).

(88) Sur les droits (fondamentaux) du père non marié et du parent biologique : I. LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, o.c., pp. 149-154, n°s 130-132 ; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., pp. 455-458, n°s 621-624.

(89) Si le tuteur est candidat adoptant, le consentement sera donné par le *subrogé tuteur* ; s'il y a opposition entre les intérêts de ce dernier et ceux du mineur, le consentement est donné par un tuteur *ad hoc* (art. 348-5, al. 2) : Bruxelles, 14 mars 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 134.

(90) Elle porte notamment sur les droits, aides et avantages garantis par la loi ou par décret aux familles, aux pères et mères, célibataires ou non, et à leurs enfants, ainsi que sur les moyens auxquels il est possible de recourir pour résoudre les problèmes sociaux, financiers, psychologiques ou autres posés

parents ne peuvent consentir que 2 mois après la naissance (art. 348-4, al. 1<sup>er</sup> ; *supra*, n° 692).

**696. Refus.** Le droit de refuser est le corollaire du droit de consentir. La nécessaire surpondération de l'intérêt de l'enfant recommande néanmoins qu'il puisse y être passé outre<sup>(91)</sup> à des conditions strictes, par le juge souverain en fait<sup>(92)</sup>. Le refus surmontable est celui des parents ou de toute autre personne habilitée à consentir. Le refus rédhibitoire est celui de l'adopté âgé de plus de 12 ans et de l'adoptant.

- Si le refus émane du tuteur, du subrogé tuteur, du tuteur *ad hoc*, du conjoint ou cohabitant de l'adoptant ou de l'adopté, de l'adoptant ou des adoptants antérieurs en cas de nouvelle adoption, des personnes ayant consenti à cette adoption antérieure, le juge pourra prononcer l'adoption si le refus est *abusif* (art. 348-11, al. 1<sup>er</sup>). Ce critère qualifie un refus fondé sur d'autres motifs que l'intérêt de l'enfant.
- Si le refus émane d'un des parents de l'adopté ou de son seul parent, il ne sera vaincu que s'il apparaît, au terme d'une enquête sociale approfondie, que celui-ci s'est *désintéressé de l'enfant* ou *en a compromis la santé, la sécurité ou la moralité*<sup>(93)</sup>, sauf s'il s'agit d'une nouvelle adoption, auquel cas le refus pourra être vaincu s'il est *abusif* (art. 348-11, al. 2)<sup>(94)</sup>. Cette condition, nettement plus sévère dans son premier volet, renforce la protection du parent qui n'exerce pas l'autorité parentale exclusive sur l'enfant<sup>(95)</sup> contre un projet de recomposition familiale par voie d'adoption<sup>(96)</sup>.

par leur situation. Pour plus de détails et une analyse de droit comparé : I. LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, o.c., p. 141, n° 123.

(91) Il n'y a plus lieu de distinguer actuellement homologation de l'acte d'adoption et adoption contentieuse (comp. : Gand, 4 octobre 1999, *T.J.K.*, 2000, p. 67, note G. VERSCHULDEN).

(92) Cass., 31 mai 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1232.

(93) Anvers (jeun.), 7 novembre 2011, *T. Fam.*, 2012, p. 157, note A. ELEN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 830 (somm.) (rejet de la demande d'adoption plénière en raison du refus du père) ; Bruxelles (jeun.), 18 novembre 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 134 (autorisation de l'adoption plénière malgré le refus de la mère).

(94) Dans cette dernière hypothèse de nouvelle adoption, selon les travaux préparatoires, le refus du parent du mineur ne pourra être surmonté que si les deux conditions sont remplies (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2000-2001, n° 1367/001, pp. 30-31).

(95) Jadis, ce parent était exclu du régime spécifique établi par l'ancien article 353 dans la mesure où cette disposition ne s'appliquait qu'au refus du parent ayant la « garde » de l'enfant, expression qu'il fallait entendre comme « exercice exclusif de l'autorité parentale ».

(96) Voy. sur la problématique du consentement du père biologique : Cass., 14 janvier 2013, *Pas.*, 2013, p. 74, *R.A.B.G.*, 2014, p. 1003, note C. VERGAUWEN et B. LAMBERSY, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 99 (somm.), *R.W.*, 2013-2014, p. 984 (somm.) ; Civ. Namur (jeun.), 30 avril 2012 et Liège (jeun.), 25 octobre 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 1055, note G. MATHIEU ; Civ. Arlon, 18 mars 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 816 ; J. LARUELLE, « Adoption », in *Le droit des personnes et des familles* (D. PIRE coord.), *Chroniques Notariales* (Y.-H. LELEU coord.), vol. 62, Bruxelles, Larcier, 2015, nos 126-127 ; G. MATHIEU, « Les papas fantômes et l'adoption », note sous Civ. Namur (jeun.),

Auparavant, il suffisait que son refus soit jugé abusif<sup>(97)</sup>. Toutefois, le juge conserve tout pouvoir d'appréciation, car, dans la lignée de sa jurisprudence en matière de filiation (*supra*, n° 619-621), la Cour constitutionnelle censure l'article 348-11, al. 2, en ce qu'en dehors de l'hypothèse de négligences graves, il érige le refus de consentement du parent légal en fin de non recevoir absolue. Le juge du fond doit pouvoir se prononcer en toute hypothèse et eu égard à l'intérêt de l'enfant<sup>(98)</sup>.

**697. Rétractation.** Le retrait du consentement parental était paradoxal sur fond ancien d'adoption mi-contractuelle mi-judiciaire<sup>(99)</sup>. Il l'est moins depuis que l'adoption est devenue institutionnelle. Il y va du respect de la vie familiale des parents.

La loi limite la rétractation à la période précédant le prononcé du jugement, et en toute hypothèse à un délai de 6 mois après le dépôt de la requête en adoption ; elle doit être établie dans les formes requises pour le consentement (art. 348-8, al. 3). Ces conditions sont plus restrictives

30 avril 2012 et Liège, 25 octobre 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 1064 ; C. VERGAUWEN et B. LAMBERSY, « De afweging van het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven van de biologische ouder bij een stiefouderadoptie. De biologische ouder buiten spel gezet », note sous Cass., 14 janvier 2013, *R.A.B.G.*, 2014, p. 1006.

(97) *Refus jugés abusifs* : le refus du père n'exerçant pas l'autorité parentale à titre exclusif de consentir à l'adoption par le conjoint de la mère de l'enfant alors que cette adoption aurait pour effet d'intégrer l'adopté dans la famille dans laquelle il est élevé et éduqué et que le père ne présente aucune raison valable pour s'opposer à l'adoption (Gand, 14 novembre 1994, *R.W.*, 1995-1996, p. 1247, *J.D.J.*, 1996, n° 153, p. 132, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 281 (somm.) – cet arrêt illustre le fait que l'adoption simple, contrairement à l'adoption plénière, parce qu'elle ne rompt pas tout lien entre l'adopté et la famille d'origine, oblige le parent d'origine à motiver plus fermement son opposition pour que son refus ne soit pas considéré comme abusif) ; le refus du père de consentir à une adoption plénière alors que sa fille est élevée depuis 12 ans par sa mère et le mari de cette dernière, alors que le père s'est désintéressé totalement et durablement de sa fille, même s'il a versé une pension alimentaire (Civ. Charleroi (jeun.), 11 mai 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 423) ; le refus de consentir à une adoption plénière mais non à une adoption simple au motif qu'elle ne supprimerait pas tout lien entre l'enfant et le parent – ces motifs ont été jugés comme relevant de considérations personnelles (Civ. Nivelles (jeun.), 10 juillet 1990, *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 214) ; le refus de la mère exerçant l'autorité parentale à titre exclusif de consentir à l'adoption de son enfant naturel (avant 1987) par le grand-père de celui-ci pour des motifs personnels étrangers à l'intérêt de l'enfant, alors que la mère s'était désintéressée de lui (Bruxelles (jeun.), 9 février 1978, *Rev. trim. dr. fam.*, 1978, p. 243, note N. GALLUS) ; le refus des deux parents qui s'étaient totalement désintéressés matériellement et affectivement de leur enfant au risque d'en compromettre la santé et la moralité (en France : Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 18 novembre 1997, *Dr. fam.*, 1998, comm. n° 20, note P. MURAT). *Refus jugés non abusifs* : le refus du père de consentir à l'adoption par le conjoint de la mère de l'enfant, alors qu'il n'exerce pas exclusivement l'autorité parentale mais présente une volonté sincère de maintenir avec l'enfant des liens légaux et moraux (Gand, 15 avril 1996, *R.W.*, 1997-1998, p. 882, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 599 (somm.)) ; le refus d'une mère qui ne s'est jamais vraiment désintéressée de l'enfant, cela alors que le couple servant de famille d'accueil et qui veut adopter l'enfant s'est séparé (Civ. Bruxelles (jeun.), 5 avril 1984, *Rev. trim. dr. fam.*, 1986, p. 82).

(98) C. const., 25 juin 2015, n° 94/2015, *R.W.*, 2015-2016, p. 39 (somm.) ; C. const., 12 juillet 2012, n° 93/2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 153, note S. CAP et J. SOSSON, *T. Fam.*, 2013, p. 154, note M. GOEGBUER, *Juristenkrant*, 2012, liv. 253, p. 4, *R.W.*, 2012-2013, p. 943 (somm.).

(99) N. GALLUS, in *Précis de droit de la famille*, 1<sup>ère</sup> éd., o.c., p. 479 et les réf. cit.

qu'auparavant : le juge conserve son pouvoir de prononcer l'adoption au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>(100)</sup>, mais aux nouvelles conditions entourant l'appréciation d'un refus de consentement des personnes habilitées à le donner (voy. ci-dessus)<sup>(101)</sup>.

## § 2. Conditions de forme

### I. Recueil des consentements

**698. Consentements personnalisés.** En règle, les consentements sont donnés en vue d'une adoption déterminée et précisent sa forme, simple ou plénière, les candidats adoptants étant connus des personnes habilitées à consentir ; il s'agit d'une survivance du caractère contractuel de l'adoption.

Ces consentements sont exprimés dans les formes prescrites par la loi, soit par déclaration faite en personne au tribunal saisi de la requête en adoption, soit par acte notarié<sup>(102)</sup> ou par acte dressé par le juge de paix<sup>(103)</sup>, la non-comparution étant assimilée au refus de consentir (art. 348-8 et 348-10).

**699. Consentements non personnalisés.** La pratique révèle que les parents de l'adopté, après avoir donné leur consentement à l'adoption, sont parfois réticents à comparaître dans la procédure et/ou que les parents adoptifs souhaitent ne pas être connus de la famille d'origine.

Le droit ancien connaissait les institutions dites du « consentement et procuration en blanc »<sup>(104)</sup>, permettant aux parents d'origine de consentir en déléguant le choix de l'adoptant et la mise en œuvre de l'adoption à un tiers déterminé (art. 349, al. 4-6 anc.)<sup>(105)</sup>. Cette technique a manqué ses objectifs<sup>(106)</sup>, notamment en raison de l'obligation de

(100) Cass., 4 novembre 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 445, *Rev. trim. dr. fam.*, 1994, p. 494 ; Cass., 18 juin 1981, *Rev. trim. dr. fam.*, 1983, p. 68, note M.-Th. MEULDERS-KLEIN, *R.W.*, 1981-1982, col. 1970, note J. PAUWELS ; Mons, 26 avril 2000, *R.G.D.C.*, 2002, p. 172 ; Civ. Courtrai (jeun.), 8 mai 1990, *T. Not.*, 1990, p. 360, *Rev. not. belge*, 1992, p. 46.

(101) Dans le même sens : F. SWENNEN, « Het nieuwe interne adoptierecht : *horresco referens* », *o.c.*, p. 446, n° 17 ; I. LAMMERANT, A. OTTEVAERE et M. VERWILGHEN, « Le nouveau droit fédéral de l'adoption », *o.c.*, p. 83.

(102) Telle est la seule compétence notariale en matière d'adoption.

(103) Comp., sous l'empire du droit ancien : Mons (jeun.), 6 février 1984, *Rev. trim. dr. fam.*, 1986, p. 74, note J.-L. RENCHON.

(104) Civ. Bruges (jeun.), 24 novembre 1988, *T. Not.*, 1989, p. 131, note E. VAN HOVE. Voy. : G. MAHIEU, « L'adoption », *o.c.*, n° 30.

(105) Civ. Bruxelles (jeun.), 29 mai 1989, *R.G.D.C.*, 1991, p. 180 ; Civ. Bruges (jeun.), 28 avril 1988, *T. Not.*, 1988, p. 157. Cette possibilité a été jugée obligatoire lorsque le parent d'origine est lui-même mineur (Civ. Tongres (jeun.), 21 novembre 1990, *L.R.L.*, 1991, p. 48).

(106) Sur la distinction, insuffisamment pratiquée par la loi antérieure, entre le consentement « *in cognito* » (candidats adoptants déjà sélectionnés) et le consentement « en blanc » (consentement au

recueillir des avis auprès de la famille d'origine<sup>(107)</sup> et parce que l'anonymat n'était pas garanti par l'état civil.

Le législateur a abrogé cette institution sans se priver d'une forme d'adoption discrète : tout membre de la famille d'origine<sup>(108)</sup> de l'adopté habilité à consentir peut préciser, lorsqu'il donne son consentement, qu'il entend rester dans l'ignorance de l'identité de l'adoptant ou des adoptants ou qu'il ne désire plus intervenir dans la procédure (art. 348-9). Dans ces deux hypothèses, il désigne la personne qui le représentera (avocat, membre de la famille, membre de l'organisme d'adoption, *etc.*). Si les parents d'origine ou le tuteur procèdent ainsi, la personne désignée représentera l'absent (art. 1231-10, 2°, C. jud.) et donnera son avis sur le projet d'adoption (art. 1231-5, 1°, C. jud.). Le juge conserve cependant la possibilité d'entendre la personne ayant souhaité se retirer de la procédure (art. 1231-10, 5°, C. jud.).

## 2. Procédure

**700. Compétence.** La procédure est régie par les articles 1231-1 à 1231-56 du Code judiciaire avec suffisamment de détails pour nous autoriser à exposer les seuls traits saillants.

La demande d'adoption est introduite devant le tribunal de la famille (art. 1231-3 C. jud.)<sup>(109)</sup>.

Le tribunal compétent *ratione loci* est celui du domicile ou de la résidence habituelle de l'adoptant, des adoptants ou de l'un d'eux ; à défaut, le juge du domicile ou de la résidence habituelle de l'adopté ; à défaut, le juge du lieu où l'adoptant ou les adoptants font élection de domicile (art. 628, 21° *jo.* 629bis, § 3, C. jud.).

La procédure se déroule en principe à huis clos (art. 757, 7° C. jud.).

**701. Instruction de la cause.** La *requête unilatérale* (art. 1231-3, al. 1<sup>er</sup>, C. jud.)<sup>(110)</sup> précise si elle porte sur une adoption simple ou sur une adoption plénière et expose les raisons de ce choix<sup>(111)</sup>. Elle contient en

principe de l'adoption) : I. LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, o.c., pp. 390 et s.

(107) G. MAHIEU, « L'adoption », o.c., n° 30-6.

(108) Cette expression vise également, selon les travaux préparatoires, le(s) premier(s) adoptant(s) en cas de nouvelle adoption (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2000-2001, n° 1367/001, p. 30).

(109) C'est par inadvertance que l'article 1231-3 du Code judiciaire laisse figurer la compétence du tribunal de la *jeunesse* lorsque l'adopté est mineur. Les dispositions suivantes du Code confirment la compétence du tribunal de la famille, que la personne que l'on désire adopter soit majeure ou mineure (voy. notamment l'article 1231-6).

(110) Pour une critique de l'ancienne disposition qualifiant la requête de contradictoire : F. SWENNEN, « Het nieuwe interne adoptierecht : *horresco referens* », o.c., pp. 446-447, n° 20.

(111) En cours de procédure, l'adoptant ou les adoptants peuvent demander au tribunal de la famille de prononcer une adoption simple au lieu de l'adoption plénière ou inversement. Cette demande doit se

annexe divers documents, dont le certificat attestant que la préparation à l'adoption a été suivie (art. 1231-3, al. 2 C. jud.). Elle est déposée en principe par l'adoptant ou les adoptants. Exceptionnellement, l'adoption sera demandée sur requête du ministère public (nouvelle adoption pour motifs très graves – art. 347-1, 3°, et 347-2, 3° ; refus de consentir à l'adoption – art. 348-11, al. 1<sup>er</sup>).

Dès que le greffier lui a transmis la requête, le procureur du Roi recueille tous les renseignements utiles sur le projet d'adoption. Il lui retournera le dossier accompagné de son *avis* dans les 2 mois. La loi oblige le procureur du Roi à consulter tous les protagonistes de l'adoption<sup>(112)</sup> ou leur représentant en cas de consentement non personnalisé. Toute personne qui a refusé de consentir à l'adoption peut néanmoins être consultée en personne ou par l'intermédiaire de son représentant (art. 1231-5 C. jud.). La consultation des grands-parents, sujet controversé<sup>(113)</sup>, est laissée à l'appréciation du juge (art. 1231-10, al. 1<sup>er</sup>, 5°, C. jud.)<sup>(114)</sup>.

Lorsque l'adopté est mineur, le tribunal de la famille ordonne une *enquête sociale* pour être éclairé sur l'aptitude à adopter de l'adoptant ou des adoptants, au cours de laquelle les instances désignées par les Communautés compétentes sont (obligatoirement) consultées (art. 1231-6, al. 1<sup>er</sup>, C. jud.). En Communauté française, l'Autorité centrale communautaire est l'organe-relais (art. 29, Décr. Comm. fr. du 31 mars 2004). Elle réalise au minimum deux entretiens sociaux, dont un obligatoirement au domicile des candidats adoptants. Ceux-ci doivent ensuite participer à trois entretiens avec un psychologue de l'organisme d'adoption<sup>(115)</sup>. L'enquête doit être accomplie dans les 2 mois (art. 1231-7, al. 2, C. jud.). Contrairement à la préparation à l'adoption, l'enquête sociale n'est pas requise dans les cas d'adoption endofamiliale et est facultative si l'adopté est majeur (*supra*, n° 687).

---

fonder sur des motifs sérieux, être conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant et au respect de ses droits fondamentaux, et être appuyée par tous ceux qui ont consenti à l'adoption dans la forme initialement prévue (art. 1231-14 C. jud.).

(112) Sur la rédaction différente (et critiquable) du texte néerlandais de la loi en ce qui concerne l'avis de l'éventuel juge de paix tutélaire : F. SWENNEN, « Het nieuwe interne adoptierecht : *horresco referens* », *o.c.*, p. 447, n° 23.

(113) L'objectif de la disposition est d'offrir une issue à des mères en situation de détresse qui ne souhaitent pas que leur famille apprenne l'existence de leur enfant. La non-consultation des grands-parents permet, dans certains situations, de protéger les parents d'exclusions ou de violences, lorsqu'ils sont par exemple eux-mêmes mineurs : N. GALLUS, « La nouvelle loi sur l'adoption », *o.c.*, p. 143 ; I. LAMMERANT, O. OTTEVAERE et M. VERWILGHEN, « Le nouveau droit fédéral de l'adoption », *o.c.*, p. 98. Jusqu'à sa modification par la loi-programme du 27 décembre 2004, la loi du 24 avril 2003 imposait aux parents de s'opposer au recueil de l'avis des grands-parents.

(114) Déjà en droit ancien : Civ. Bruxelles (jeun.), 17 mai 1988, *J.T.*, 1988, p. 691, obs. P. de le COURT.

(115) Art. 31 de l'A. Gouv. Com. fr. du 8 mai 2014 relatif à l'adoption.

Le juge procède ensuite à l'audition des protagonistes (art. 1231-10 C. jud.) ou se satisfait de l'avis de leur représentant (art. 1231-10, al. 3 C. jud.). Si l'adopté a plus de 12 ans, son consentement est requis et il peut intervenir volontairement à la cause (art. 1231-16, al. 2, et 1231-17, al. 2 *a contrario* C. jud.)<sup>(116)</sup>. Si l'adopté a moins de 12 ans, il n'est procédé à son audition que si les services sociaux compétents, au terme d'une enquête sociale approfondie, constatent qu'il est en état d'exprimer son opinion sur le projet d'adoption (art. 1231-10, 3°, C. jud.)<sup>(117)</sup> ; il n'est pas partie à la cause<sup>(118)</sup> mais son opinion est « dûment prise en considération eu égard à son âge et à sa maturité » (art. 1231-11, al. 2, C. jud.). Lors de sa comparution, le mineur est entendu seul<sup>(119)</sup>. Il peut renoncer à être entendu (art. 1231-11, al. 1<sup>er</sup>, C. jud.).

De plus, toute personne dont le consentement est requis ou dont l'avis doit être recueilli par le ministère public peut déclarer, par simple acte, vouloir intervenir à la cause (art. 1231-10, al. 2, et 1231-12 C. jud.).

**702. Jugement. Opportunité de l'adoption.** Le jugement d'adoption est rendu au plus tôt 6 mois après le dépôt de la requête en adoption, sauf si l'enfant (mineur – art. 343, § 1<sup>er</sup>, c) a été élevé depuis plus de 6 mois par l'adoptant ou les adoptants (art. 1231-13, al. 2, C. jud.). Ce délai permet de garantir la tenue d'enquêtes professionnelles et de s'assurer que l'enfant est intégré dans la famille adoptante. Le jugement est notifié par pli judiciaire à l'adoptant ou aux adoptants, au ministère public ainsi qu'à toute personne dont le consentement était requis (art. 1231-15, al. 2, C. jud.)<sup>(120)</sup>.

Le juge motive sa décision au regard des conditions légales de l'adoption, en ayant particulièrement égard à l'article 344-1 du Code civil (art. 1231-13 C. jud.) : il s'assure que le choix entre l'adoption simple et l'adoption plénière a été effectué en connaissance de cause ; il vérifie que les conditions de capacité et de consentement sont remplies ; il tient compte de tous les *intérêts légitimes*, mais s'assure surtout que l'adoption est fondée sur de *justes motifs* et qu'elle a lieu dans *l'intérêt supérieur de l'enfant* et dans le respect de ses *droits fondamentaux*.

(116) Dans le même sens : F. SWENNEN, « Het nieuwe interne adoptierecht : *horresco referens* », o.c., p. 448, n° 27.

(117) En cas de décision négative des services sociaux, le mineur peut, dans la quinzaine, demander par écrit au tribunal de la famille d'être convoqué pour que le juge apprécie cette capacité ; le juge l'entendra s'il l'estime en état d'exprimer son opinion. L'appréciation du tribunal n'est pas susceptible de recours (art. 1231-10, 3°, C. jud.).

(118) P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 14<sup>e</sup> éd., o.c., n° 962.

(119) Mais avec le greffier et, le cas échéant, un expert ou un interprète (art. 1231-11, al. 2, C. jud.).

(120) Ce jugement est susceptible d'appel et l'arrêt de pourvoi en cassation par le procureur du Roi, l'adoptant, les adoptants agissant conjointement, l'adopté ou les parties intervenantes (art. 1231-16 et 1231-17 C. jud.). L'adopté de moins de 12 ans est représenté par l'une des personnes dont le consentement à son adoption est requis (art. 1231-16, al. 2, et 1231-17, al. 2, C. jud.).

Les quatre derniers critères cités constituent le test d'opportunité et confèrent au droit actuel de l'adoption sa modernité. Sur le fond, ils traduisent le renforcement pédocentrique des exigences pour toute adoption. En termes de méthode, ils prônent la pondération *in concreto* des intérêts en présence (*supra*, n° 7)<sup>(121)</sup>. L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour constitutionnelle et de la réflexion sur les droits fondamentaux est indéniable ; il est implémenté en droit interne après l'avoir été, en termes proches, dans la Convention de La Haye du 29 mai 1993 (préambule, § 4, art. 1 (a), 4 (b), 16 (d), 21 (1) et 24).

On remarquera que la notion de « justes motifs » ne coïncide pas avec l'ancien critère des « avantages pour l'adopté », disparu de la législation parce qu'il ne s'en distinguait pas suffisamment<sup>(122)</sup>. On enseignait auparavant que les éventuels inconvénients causés par l'adoption aux membres de la famille d'origine, plus encore quand elle était prononcée contre leur refus, devaient être contrebalancés par les avantages qu'en tiraient l'adoptant et l'adopté<sup>(123)</sup>. Idéalement, le jugement doit contenir une motivation séparée pour chaque critère d'opportunité. À notre avis, la condition relative aux justes motifs concerne la conformité de l'adoption au droit impératif et à l'ordre public (absence de détournement de l'institution – *supra*, n° 680) ; celles relatives à l'intérêt supérieur de l'enfant, à ses droits fondamentaux et aux intérêts légitimes, invitent à la pondération des intérêts en présence en accentuant celui de l'adopté.

**703. (suite) Jurisprudence.** La jurisprudence ancienne conserve son utilité et la loi nouvelle n'a pas marqué de franche rupture. Les exemples qui suivent révèlent des cas non représentatifs de la majorité des adoptions endo- ou exofamiliales, mais marquent les limites de l'opportunité de l'adoption.

- Ont été considérées comme fondées sur de justes motifs, l'adoption de l'enfant issu d'une mère de substitution<sup>(124)</sup> (*supra*, n° 119),

(121) Pour des réflexions approfondies sur l'équilibre à atteindre entre les intérêts en présence : I. LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, o.c., pp. 21 et s.

(122) F. SWENNEN, « Het nieuwe interne adoptierecht : *horresco referens* », o.c., p. 442, n° 6.

(123) P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 6<sup>e</sup> éd., o.c., p. 97, n° 959.

(124) Anvers, 14 janvier 2008, R.W., 2007-2008, p. 1774, note F. SWENNEN, réformant Civ. Anvers (jeun.), 11 octobre 2007, R.W., 2007-2008, p. 1777, note F. SWENNEN ; Civ. Bruxelles (jeun.), 23 août 2012, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 99, note N. GALLUS ; Civ. Namur (jeun.), 7 janvier 2011, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 96, note N. GALLUS ; Civ. Anvers (jeun.), 22 avril 2010, *T. Fam.*, 2012, p. 43, note L. PLUYM ; Civ. Bruxelles (jeun.), 6 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1083, *T.J.K.*, 2009, p. 357 ; Civ. Turnhout (jeun.), 4 octobre 2000, *J.D.J.*, 2001, p. 61 (abrégé), R.W., 2001-2002, p. 206 ; Civ. Bruxelles (jeun.), 4 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1182, *Rev. dr. santé*, 1997-1998, p. 124, obs. E. MONTERO ; Gand, 16 janvier 1989, *T.G.R.*, 1989, p. 52. *Contra* : Gand, 30 avril 2012, R.G.D.C., 2012, p. 372, note G. VERSCHULDEN, *T. Fam.*, 2013, p. 140, note L. PLUYM, *T.J.K.*, 2012, p. 261, note L. PLUYM, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 831 (somm.).

l'adoption fondée sur des liens d'affection réciproque<sup>(125)</sup> auxquels s'ajoute un avantage successoral pour l'adopté<sup>(126)</sup> ou une régularisation du séjour en Belgique<sup>(127)</sup>, l'adoption de son enfant naturel pour qu'il soit mieux intégré à la société espagnole dans laquelle il sera amené à vivre<sup>(128)</sup>.

- Ont été rejetées faute de justes motifs, les adoptions visant à anéantir la filiation paternelle<sup>(129)</sup> ou à rompre les liens de l'enfant avec sa famille d'origine<sup>(130)</sup>.
- Demeureraient controversées, l'adoption par les grands-parents de leur petit-enfant pour des raisons affectives ou successorales<sup>(131)</sup>, ainsi que l'adoption par le nouveau conjoint ou partenaire en vue d'un « partage » d'autorité parentale<sup>(132)</sup>.

#### 704. Formalités d'état civil. Accès aux données d'origines. Le dispositif du jugement ou de l'arrêt prononçant l'adoption passé en force de chose

(125) Bruxelles, 21 octobre 2003, *NjW*, 2004, p. 489, note GV (adoption endofamiliale d'une majeure par son beau-père) ; Civ. Arlon, 18 mars 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 816 (adoption d'un majeur par son grand-père).

(126) Mons, 5 décembre 1995, *R.R.D.*, 1997, p. 581. L'arrêt énonçant comme motif additionnel que l'adoption ne nuisait pas aux intérêts successoraux de la fille « légitime » de l'adoptant, a été critiqué par la Cour de cassation (Cass., 31 octobre 1996, *J.T.*, 1997, p. 236, *R. Cass.*, 1997, p. 149, *R.W.*, 1997-1998, p. 1019, note S. MOSSELMANS), sans que cela ne constitue un motif de refus. Dans le même sens : Civ. Liège, 27 octobre 1972, *J.L.*, 1973, p. 117 (adoption d'un ex-gendre pour en faire son héritier, l'unique héritière des adoptants étant prédécédée). Sur la considération que, dans les cas de concours entre successibles de même rang, la seule lésion des intérêts successoraux ne peut faire échec à l'adoption : Bruxelles, 10 mai 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 139 ; Bruxelles, 8 juin 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1154, note F. REUSENS ; Liège, 2 octobre 2001, *J.T.*, 2002, p. 88 ; Bruxelles, 16 décembre 1999, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 245, note I. ANNÉ ; Liège, 22 juin 1993, *J.T.*, 1993, p. 826. Voy. : J.-P. MASSON et N. MASSAGER, *Droit des personnes. Chronique de jurisprudence 1994-1998*, o.c., p. 153.

(127) Civ. Liège, 27 mars 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 665, note J.-Y. CARLIER ; *contra* : Gand, 19 juin 2000, *T.G.R.*, 2004, p. 20.

(128) Bruxelles (jeun.), 13 octobre 1988, *J.T.* 1990, p. 342. L'adoption de son propre enfant n'est plus possible actuellement (*supra*, n° 685).

(129) Liège, 24 mars 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 521.

(130) Gand, 23 octobre 2000, *T.G.R.*, 2004, p. 19 ; Gand, 8 octobre 1999, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 151, note I. ANNÉ. *Adde* : Anvers (jeun.), 12 juin 1990, *Rev. trim. dr. fam.*, 1992, p. 378.

(131) Selon un premier courant, l'adoption simple ne bouleverse pas l'ordre des familles : Bruxelles, 28 septembre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 529 (adoption des petites-filles du conjoint) ; Bruxelles (jeun.), 9 février 1978, *Rev. trim. dr. fam.*, 1978, p. 243, note N. GALLUS. Selon un deuxième courant, l'intérêt de l'enfant ne peut en aucun cas prévaloir sur l'ordre public gouvernant la structure des familles : Anvers (jeun.), 17 mai 1985, *R.W.*, 1985-1986, col. 2840. Un troisième courant n'admet l'adoption simple qu'en présence de « circonstances exceptionnelles » : Bruxelles, 2 décembre 1977, *J.T.*, 1978, p. 192, note F. POELMAN (transmission du nom (illustre) du grand-père : rejet) ; Mons (jeun.), 27 mars 1981, *Rev. trim. dr. fam.*, 1982, p. 287 (rejet) ; Bruxelles (jeun.), 15 novembre 1984, *J.T.*, 1985, p. 595 (adoption plénière ; prédécès de la mère légitime, absence d'oncles et de tantes dans la ligne maternelle ; carence totale du père).

(132) Bruxelles (jeun.), 8 novembre 1973, *J.T.*, 1974, p. 690, obs. J.-L. RENCHON ; *contra* : Bruxelles (jeun.), 25 juin 1981, *Rev. trim. dr. fam.*, 1985, p. 99. Cette dernière problématique est désormais résolue par la loi qui intègre la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en matière d'adoption endofamiliale (*infra*, nos 708 et 726).

jugée<sup>(133)</sup> est transmis par le greffier à l'officier de l'état civil<sup>(134)</sup> en vue de sa transcription dans le registre des actes de naissance et de la mention de celle-ci en marge des actes d'état civil de l'adopté et de ses descendants (art. 368-1 ; art. 1231-19 C. jud.). L'officier de l'état civil envoie une copie de l'acte de transcription au greffe et à l'Autorité centrale fédérale. Un défaut ou une irrégularité de transcription ne met pas en péril la validité de l'adoption<sup>(135)</sup>.

Il est important de souligner, notamment en raison de la diversité des systèmes européens<sup>(136)</sup>, qu'en droit belge, l'acte de naissance de l'adopté n'est ni annulé ni inaccessible, à juste titre au regard du droit à la connaissance de ses origines. L'adopté pourra toujours en demander copie. La loi oblige en outre les autorités compétentes à conserver les informations qu'elles détiennent sur les origines de l'adopté, notamment celles relatives à son passé médical et celui de sa famille, le tout afin de lui permettre, s'il le désire, de découvrir ses origines (art. 368-6 et 368-7 ; art. 49 Décr. Comm. fr. du 31 mars 2004)<sup>(137)</sup>.

### § 3. Effets

**705. Étendue des effets. Division.** L'adoption prononcée par une décision transcrite produit ses effets rétroactivement à partir du dépôt de la requête (art. 349-1).

Les effets de l'adoption simple sont moins étendus que ceux de l'adoption plénière. L'adopté n'est ni totalement intégré dans la famille adoptive ni totalement dissocié de sa famille d'origine : un lien de filiation n'est établi qu'entre l'adoptant et l'adopté ainsi que ses descendants (art. 353-12) ; aucun lien de parenté n'est établi entre l'adopté (et ses

(133) Les articles 1231-16 à 1231-18 et 1231-53 à 1231-56 C. jud. règlent les voies de recours. L'adoption ne peut être attaquée par voie de nullité (art. 349-3) ; pour une critique de cette réminiscence du caractère contractuel de l'adoption : F. SWENNEN, « Het nieuwe interne adoptierecht : *horresco referens* », o.c., p. 449, n° 34. Comp. : Cass., 22 février 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 759, *J.T.*, 1979, p. 540, *T. Not.*, 1980, p. 45, *R.W.*, 1979-1980, col. 906 (nullité en cas d'absence de consentement de l'adopté) ; Bruxelles, 15 mai 2003, *NjW*, 2003, p. 1077, note RdC (« contestation » d'une adoption coulée à tort dans les formes d'une action en contestation de filiation).

(134) Est compétent l'officier de l'état civil de la résidence habituelle en Belgique de l'adoptant ou des adoptants ou de l'un d'eux, ou, à défaut, de l'adopté (art. 368-1).

(135) P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 14<sup>e</sup> éd., o.c., n° 973.

(136) Voy. à ce sujet et sous l'angle de la protection européenne des droits de l'homme : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., pp. 339 et s., n<sup>os</sup> 454 et s.

(137) Voy. F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., pp. 420-421, n° 697. Sur l'accès au dossier d'adoption : J. VAN BROECK, note sous C.E.D.H., *Odièvre c. France*, arrêt du 13 février 2003, *R.G.D.C.*, 2003, pp. 407 et s.

descendants) et la famille de l'adoptant<sup>(138)</sup> ; les liens de filiation et de parenté qui subsistent dans la famille d'origine sont affaiblis.

## I. Nom et prénoms

**706. Larges possibilités de changement.** *L'adoption simple* substitue au nom de l'adopté (art. 353-1, al. 2) :

- soit le nom d'un des adoptants,
- soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom pour chacun d'eux, conformément aux dispositions de la loi du 8 mai 2014 relative à la transmission et au choix du nom de famille.

Il en va de même en cas d'adoption par une personne de l'enfant (adoptif) de son conjoint ou cohabitant (art. 353-2, al. 1<sup>er</sup>).

Le changement du nom de l'adopté profite à ses descendants (art. 353-6, al. 1<sup>er</sup>). Ceux majeurs du premier degré peuvent demander au tribunal statuant sur leur adoption que leur nom reste inchangé pour eux-mêmes et leurs descendants (art. 353-6, al. 2).

Par ailleurs, en cas d'adoption simple seulement, la loi réserve aux parties de larges possibilités de déroger à ces deux possibilités, avec l'accord de l'adopté âgé de plus de 12 ans, dont le défaut peut être surmonté par le tribunal dans son intérêt (art. 353-5).

En cas d'adoption d'un *majeur*, il existe en toute hypothèse une possibilité de demander au tribunal de maintenir l'ancien nom de l'adopté (art. 353-3)<sup>(139)</sup>.

Il est permis de demander au tribunal que l'adopté conserve un (seul) de ses noms en le faisant suivre ou précéder d'un nom de l'adoptant, ou d'un nom de l'un des adoptants, choisi comme décrit ci-dessus (art. 353-1, al. 2)<sup>(140)</sup>.

Dans l'hypothèse d'*adoptions successives*, pour laisser une possibilité de marquer les ancrages familiaux, les combinaisons que le tribunal peut autoriser s'élargissent (art. 353-2, § 1<sup>er</sup>).

(138) Les ascendants de l'adoptant se sont déjà vu accorder un droit aux relations personnelles avec l'adopté (Bruxelles, 8 décembre 1971, *J.T.*, 1972, p. 49).

(139) Pour plus de détails : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n<sup>os</sup> 162 et s.

(140) Cette possibilité préexistait à la loi du 8 mai 2014 (ex : Civ. Huy (jeun.), 22 décembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 403, note). Il n'en demeure pas moins que de tels noms sont des noms doubles qui seront soumis à la sécabilité des noms doubles en cas de transmission du nom de l'adopté à ses propres enfants.

- Lorsque lors de l'adoption antérieure, le nom de l'*adoptant* a remplacé celui de l'adopté, les parties peuvent demander :
  - que l'adopté conserve ce nom,
  - ou que le nouveau nom de l'adopté soit désormais composé du nom qu'il tient de cette adoption antérieure, précédé ou suivi de celui du nouvel adoptant (art. 353-2, § 1<sup>er</sup>, al. 2).
- Lorsque, le nom de l'adopté était *composé* lors de l'adoption antérieure par le nom de l'*adoptant* et celui de l'*adopté*, les parties peuvent demander :
  - que l'adopté conserve ce nom,
  - ou que le nouveau nom de l'adopté soit (re)composé du nom de l'adopté et du nom de l'adoptant, dans l'ordre choisi et dans la limite d'un nom pour chacun d'eux (art. 353-2, § 1<sup>er</sup>, al. 3).

Si l'adopté fait l'objet d'une *adoption nouvelle* (après décès de l'adoptant initial, révision ou révocation), la transmission du nom est déterminée conformément à l'article 353-1 (art. 353-2, § 2).

Dans tous les cas où les adoptants ont pu choisir le nom de leur enfant adoptif, ce nom s'imposera aux enfants adoptés ultérieurement par eux (art. 353-4*bis*), conformément aux principes édictés par la loi du 8 mai 2014 relative aux choix du nom de famille.

Les parties peuvent également obtenir la modification des *prénoms* de l'adopté<sup>(141)</sup>, avec son consentement s'il a atteint l'âge de 12 ans (art. 349-2 ; *supra*, n° 84).

## 2. Autorité parentale

**707. Principe : transfert d'autorité parentale. Droits résiduaire.** En principe, l'adoption simple *transfère* l'autorité parentale à l'adoptant ou au couple d'époux ou de cohabitants adoptants (art. 353-8 et 353-9). Les parents d'origine en sont donc privés<sup>(142)</sup>. Seul leur reste le droit de revendiquer des relations personnelles, que le juge accordera dans l'intérêt de l'enfant (art. 375*bis* ; *infra*, n° 781)<sup>(143)</sup>. Parents et grands-parents d'origine ne doivent pas prouver un lien d'affection particulier avec l'enfant, mais faire valoir leur qualité de parent ou de grand-parent (art. 375*bis*, al. 1<sup>er</sup> *ab initio*), ce lien n'ayant pas disparu après l'adop-

(141) Si l'enfant est mineur, le juge appréciera l'opportunité de ce changement en fonction de son intérêt.

(142) Sur le remplacement de l'enfant sous leur autorité parentale après décès de l'adoptant ou des adoptants ou révocation de l'adoption, voy. *infra*, n°s 709 et 716.

(143) Avant l'entrée en vigueur de l'article 375*bis* C. civ., les parents et grands-parents d'origine bénéficiaient d'un tel droit en vertu de la jurisprudence : Bruxelles, 12 mai 1982, *Pas.*, 1982, II, p. 92. Voy. : G. MAHIEU, « L'adoption », *o.c.*, n° 74.

tion simple. Dans la pratique, la proximité affective inspirera au juge le régime du droit accordé aux père et mère et aux grands-parents. Pour tout autre membre de la famille d'origine, ainsi que tout tiers, tel un parent d'accueil, les liens affectifs constituent une condition d'octroi du droit aux relations personnelles (art. 375*bis*, al. 1<sup>er</sup> *in fine*).

**708. Adoption « endofamiliale » simple : partage d'autorité parentale.** Si l'adoption est faite par le *conjoint* ou le *cohabitant* du parent de l'adopté, l'autorité parentale est exercée *conjointement* par les deux époux ou cohabitants quel que soit leur sexe, conformément au droit commun (art. 353-9, al. 1<sup>er</sup>)<sup>(144)</sup>. Demeure critiquable le fait que la loi étende le partage de l'autorité parentale à tout couple de cohabitants, y compris les cohabitants légaux, sans exiger pour ces derniers la condition de durée (3 ans) de vie commune (*supra*, n° 684).

Ajoutons qu'à s'en tenir à cette seule forme de réglementation de l'autorité parentale dans les familles recomposées, la loi répond de manière imparfaite aux besoins de réglementation de la parenté sociale. L'adoption nous semble en effet dépasser ces besoins en créant et détruisant une *filiation* là où un aménagement des droits *parentaux* suffirait<sup>(145)</sup>.

**709. Tutelle.** En cas de décès<sup>(146)</sup> de l'adoptant ou des adoptants, de présomption d'absence du/des adoptant(s), ou lorsque l'adoptant ou les adoptants se trouve(nt) dans l'impossibilité d'exercer l'autorité parentale pendant la minorité de l'adopté ou qu'il(s) est/sont incapable(s) d'exprimer sa/leur volonté, une tutelle de droit commun est organisée (art. 353-8, al. 2 et 353-9, al. 2). En signe de maintien des liens avec la famille d'origine, il est reconnu aux père et/ou mère d'origine de l'adopté le droit de demander au tribunal que l'enfant soit « replacé » sous leur autorité parentale. L'acceptation de cette demande met fin à la tutelle (art. 353-10).

(144) Ainsi est intégré le constat d'inconstitutionnalité de l'ancien article 361 C. civ. qui prescrivait que le partage d'autorité parentale avait lieu en cas d'adoption endofamiliale au sein d'un couple marié mais non au sein d'un couple non marié : C.A., 28 novembre 2001, n° 154/2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 136, note, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 649, *J.T.*, 2002, p. 82, note Y.-H. LELEU, R.W., 2001-2002, p. 949, note P. SCHOLLEN, *R.G.D.C.*, 2002, p. 381, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 887, note J. VAN BROECK ; C.A., 3 mai 2000, n° 49/2000, *J.T.*, 2000, p. 536, note Y.-H. LELEU, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1063, obs. D. PIRE. La Cour avait réservé le cas des partenaires de même sexe, ce qui n'a plus lieu d'être.

(145) Voy. : Y.-H. LELEU, « Parenté sociale et adoption homosexuelle », *o.c.*, p. 2.

(146) Ou d'impossibilité d'exercer l'autorité parentale.

### 3. Obligations alimentaires

**710. Dans la famille adoptive.** L'adopté est créancier d'une obligation d'entretien, d'éducation et de formation (art. 353-14, al. 1<sup>er</sup>)<sup>(147)</sup>, tandis que des aliments sont dus réciproquement entre adopté et adoptant(s) en cas de besoin (art. 353-14, al. 1<sup>er</sup> et 3). L'obligation alimentaire de droit commun est limitée au premier degré en ligne ascendante et illimitée en ligne descendante (art. 353-14, al. 1<sup>er</sup> et 3). Si l'adopté décède sans descendant, sa succession est tenue d'une obligation alimentaire envers l'adoptant ou les adoptants dans le besoin (art. 353-14, al. 3 *jo.* art. 205*bis*, §§ 3-5)<sup>(148)</sup>.

**711. Dans la famille d'origine.** L'adopté demeure tenu d'une obligation alimentaire à l'égard de ses père et mère d'origine<sup>(149)</sup>. La réciprocité de cette obligation est subsidiaire : les père et mère ne sont tenus de fournir des aliments à l'adopté que si ce dernier ne peut les obtenir de l'adoptant ou des adoptants (art. 353-14, al. 4). Par contre, les descendants de l'adopté ne sont pas tenus envers leurs « grands-parents d'origine ».

### 4. Droits successoraux

**712. Droit civil et droit fiscal. Synthèse.** Des exposés plus détaillés renseigneront mieux le lecteur sur le droit successoral civil de l'adoption simple<sup>(150)</sup> ; signalons en synthèse les trois hypothèses d'ouverture d'une succession intéressant une personne adoptée :

- Au *décès de l'adoptant*, l'adopté et ses descendants ont sur la succession de l'adoptant ou des adoptants les mêmes droits que les descendants de celui-ci ou de ceux-ci. Ils ne sont toutefois pas appelés à la succession des parents plus éloignés de l'adoptant ou des adoptants (art. 353-15 *in fine*).

(147) En cas d'adoption de l'enfant de son conjoint ou cohabitant, l'adoptant et son conjoint ou cohabitant sont tous deux redevables de cette obligation (art. 353-14, al. 4) (voy. N. GALLUS, « Les aliments », *o.c.*, p. 289, n° 337).

(148) L'adoptant ne bénéficie en effet d'aucune réserve dans la succession de l'adopté (art. 353-16, 1°). L'exercice de ce droit peut être cumulé avec une éventuelle prétention successorale de l'adoptant sur les biens de l'adopté (P. SENAËVE, « De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap », in *Vereffening-verdeling van de nalatenschap* (W. PINTENS et B. VAN DER MEERSCH éd.), Anvers, Maklu, 1993, p. 223).

(149) Même si la filiation à leur égard est établie après l'adoption (*supra*, n° 685) : S. BROUWERS, « Alimentatie », in *A.P.R.*, Malines, Kluwer, 2009, p. 293, n° 517 ; N. GALLUS, « Les aliments », *o.c.*, p. 290, n° 337 ; F. SWENNEN, « Het nieuwe interne adoptierecht : *borresco referens* », *o.c.*, p. 450, n° 39.

(150) P. DELNOY, « Les successeurs et leurs droits », *Rép. not.*, t. III, l. I, Bruxelles, Larcier, 2005 et *Les libéralités et les successions*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2013, p. 249, n° 160.

- Au décès d'un des parents d'origine, l'adopté et ses descendants seront appelés à la succession avec leurs autres héritiers éventuels (art. 353-15).
- Au décès de l'adopté, la situation se complique. Si l'adopté laisse une *descendance*, le droit commun s'applique : ses descendants héritent et excluent la famille d'origine. En revanche, si l'adopté décède *sans postérité*, un droit de retour légal profite aux parents adoptifs et aux parents d'origine, et une répartition de la succession est opérée entre la famille adoptive et la famille d'origine, le tout sans préjudice des droits de son conjoint ou cohabitant légal survivant (art. 353-16, 2° et 3°), et pour autant que l'adopté n'ait pas effectué de libéralités y dérogeant (art. 353-16, 1°).

En droit successoral fiscal, au décès de l'adoptant, le taux applicable aux transmissions en ligne directe ne sera accordé à la personne ayant fait l'objet d'une adoption simple qu'à certaines conditions, favorables en cas d'adoption endofamiliale et exigeant la fourniture de « secours et soins que les enfants reçoivent normalement de leurs parents »<sup>(151)</sup> dans les autres cas (art. 52-2 C. succ.). Ces conditions varient selon les Régions<sup>(152)</sup>.

## 5. Empêchements à mariage

**713. Superposition. Renvoi.** L'adopté simple conservant des liens avec sa famille d'origine, les empêchements à mariage qui en résultaient subsistent, et coexistent avec d'autres empêchements à mariage, fondés uniquement sur des considérations d'ordre moral, entre l'adopté et les membres de sa famille adoptive (art. 353-13 ; *supra*, n° 330).

La prohibition du mariage entre l'adopté et l'ancien ou actuel « cohabitant » de l'adoptant, ainsi qu'entre l'adoptant et l'ancien ou actuel « cohabitant » de l'adopté, a été abrogée en raison de son caractère discriminatoire.

La dispense possible des empêchements à mariage entre enfants adoptifs d'un même adoptant et entre l'adopté et les enfants de l'adoptant (art. 353-13, 4° et 5°) réduit l'importance du fondement (exclusivement

(151) Gand, 16 novembre 2004, *T. Not.*, 2006, p. 37, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 321 (somm.) ; Gand, 8 mai 2000, *Rec. gén. enr. not.*, 2002, n° 25219, p. 69, obs. ; Civ. Gand, 22 juin 2001, *Rec. gén. enr. not.*, 2002, n° 25248, p. 169, note J. KRAM ; Civ. Turnhout, 16 septembre 1994, *A.J.T.*, 1995-1996, p. 47 ; *F.J.E.*, 1995, p. 95 ; *N.E.M.*, 1996, p. 17, note G. VAN OOSTERWYCK ; *Rec. gén. enr. not.*, 1995, n° 24490, p. 188 ; Civ. Huy, 3 mai 1999, *J.L.M.B.*, 2001, p. 525, obs. F. STÉVENAERT-MEEÛS.

(152) Pour plus de détails et sur les autres conditions prescrites par l'article 52-2 C. succ. : M. DONNAY et A. CULOT, « Droit de succession et de mutation par décès. Taxe compensatoire des droits de successions », *Rép. not.*, t. XV, l. II, Bruxelles, Larcier, 2008, nos 912 et s.

moral) de la prohibition du mariage entre membres de la même famille sociologique.

## § 4. Révision

**714. Notion. Conditions.** L'adoption peut faire l'objet d'une révision, institution nouvelle traduisant la préoccupation du législateur pour les droits fondamentaux de l'enfant. Elle n'intervient que si l'adoption a été établie à la suite d'un enlèvement, d'une vente ou d'une traite d'enfant (art. 351, al. 1<sup>er</sup>). Ces agissements ne doivent pas nécessairement avoir été le fait des adoptants ou connus d'eux : lorsque la preuve des faits est établie, le tribunal doit prononcer un jugement de révision de l'adoption, même si les adoptants sont de bonne foi.

L'adoption prend fin pour le futur<sup>(153)</sup> mais rien n'est prévu quant au sort de l'enfant concerné<sup>(154)</sup>.

**715. Procédure.** S'il existe des indices suffisants faisant apparaître qu'il y a eu enlèvement, vente ou traite d'enfant, la révision du jugement prononçant l'adoption est poursuivie à l'égard de l'adoptant ou des adoptants, par le ministère public ou par un parent biologique de l'enfant jusqu'au troisième degré (art. 351, al. 2). La loi ne fixe aucun délai pour l'exercice de cette action, de sorte que la révision pourrait intervenir longtemps après l'adoption.

La procédure est régie par les articles 1231-46 et suivants du Code judiciaire. Relevons que l'adopté est appelé à la cause s'il a plus de 12 ans et en principe entendu (art. 1231-48 et 1231-11 C. jud.) ; il est représenté, s'il a moins de 12 ans, par un tuteur *ad hoc* (art. 1231-48, al. 2, C. jud.).

## § 5. Révocation

**716. Notion. Conditions.** L'adoption simple peut être révoquée à l'égard de l'adoptant, des deux adoptants ou de l'un d'eux seulement (art. 354-1). La révocation fait cesser tous les effets de l'adoption pour le futur<sup>(155)</sup>, à l'exception des empêchements à mariage (art. 354-3) et, sur demande

(153) Le dispositif de la décision de révision de l'adoption est transcrit dans les registres d'état civil (art. 1231-52 et 1231-19 C. jud.) et la révision produit ses effets à partir de cette transcription (art. 351, al. 3).

(154) L'exposé des motifs renvoie aux mesures de « retrait » de l'enfant prévues dans l'article 363-4 pour le cas de l'adoption internationale (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2000-2001, n° 1366/001, pp. 34-35). Pour une critique : F. SWENNEN, « Het nieuwe interne adoptierecht : *horresco referens* », *o.c.*, p. 451, n° 42.

(155) Le dispositif du jugement révoquant une adoption est transcrit dans les registres d'état civil (art. 1231-52 et 1231-19 C. jud.) et la révocation produit ses effets à partir de cette transcription (art. 354-3).

de l'adopté, des conséquences sur le nom et les prénoms (art. 1231-51 C. jud.).

Le sort de l'enfant (mineur) est réglé par la loi : en cas de révocation à l'égard de l'adoptant unique ou des deux adoptants, ou bien l'enfant est replacé sous l'autorité parentale des parents d'origine ou de l'un d'eux à leur/sa demande et sur décision du tribunal (art. 354-2, al. 1<sup>er</sup>), ou bien une tutelle de droit commun est organisée<sup>(156)</sup>. Cette tutelle n'est pas définitive : les père et mère de l'enfant ou l'un d'eux peuvent demander au tribunal de recouvrer leur autorité parentale (art. 354-2, al. 2).

La révocation de l'adoption simple n'est admise que pour des « motifs très graves » (art. 354-1, al. 1<sup>er</sup>) que la jurisprudence apprécie sévèrement. Seules des circonstances incoercibles rendant impossible le maintien du lien adoptif justifient la révocation, et cela toujours dans l'intérêt (supérieur) de l'adopté<sup>(157)</sup>. Une « aversion profonde et irraisonnée » qui s'est développée entre l'adoptant et l'adopté et qui provoque chez tous deux des troubles psychiques considérables, même en l'absence de faute, a pu justifier la révocation<sup>(158)</sup>, au contraire de l'échec même durable de la relation adoptive ou d'une « simple » indifférence de l'adopté vis-à-vis de l'adoptant<sup>(159)</sup>. Les comportements objectivement répréhensibles de l'adopté doivent être dirigés contre l'adoptant ou contre les adoptants<sup>(160)</sup>.

**717. Procédure.** La révocation de l'adoption est demandée par l'adoptant ou les adoptants, par l'adopté ou par le procureur du Roi (art. 354-1, al. 1<sup>er</sup>). La demande est introduite devant le tribunal de la famille. La

(156) En cas de décès de l'adoptant ou des adoptants, les parents ou l'un deux peuvent également demander que l'enfant soit replacé sous leur autorité parentale (art. 353-10 ; *supra*, n° 709).

(157) Liège, 18 janvier 1999, R.G.D.C., 2000, p. 662, note Y. DEKETELAERE ; Liège, 3 mars 1998, R.R.D., 1999, p. 427, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 535.

(158) Bruxelles, 29 mars 2012, *T. Fam.*, 2013, p. 113, note M. DEKVEL, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 830 (somm.) ; Civ. Namur (jeun.), 3 mars 1970, *J.T.*, 1970, p. 575. Voy. égal. : Gand, 29 juin 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 499 (somm.), *T.G.R.*, 1999, p. 10. Constituent des motifs graves susceptibles de justifier une révocation, des manœuvres non prouvées de l'adoptée pour déposséder les parents adoptifs et la saisine du juge (français) des tutelles en vue du placement de l'adoptant sous un statut d'incapacité (en France : Paris, 18 mars 1999, *J.C.P.*, 2000, IV, 1204), ou le fait que l'adoption n'a pas été réalisée dans l'intérêt des adoptés et que les adoptants les ont véritablement exploités au point de mettre leur intégrité physique et psychique en danger (Civ. Namur (jeun.), 20 novembre 2000, *J.D.J.*, 2001, n° 203, p. 52). Comp. Bruxelles, 24 octobre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 740.

(159) Bruxelles, 26 janvier 1993, R.G.D.C., 1996, p. 302, note N. HUSTIN-DENIES ; Civ. Bruxelles, 2 octobre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 514. Comp., à tort selon nous : Gand, 29 juin 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 499 (somm.), *T.G.R.*, 1999, p. 10 (révocation admise).

(160) Liège, 3 mars 1998, R.R.D., 1999, p. 427, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 535 : les menaces de sévices ou de mort proférées par l'adopté aux adoptants, les attentats à la pudeur commis par l'adopté sur des enfants de moins de 16 ans, le viol par l'adopté de son propre enfant, ne justifient pas la révocation parce qu'elle causerait des troubles graves à l'adopté, étant entendu que l'intérêt de ce dernier est prépondérant dans la décision à prendre.

procédure est exposée en détail aux articles 1231-46 et suivants du Code judiciaire.

## SECTION 3 Adoption plénière

### § 1. Conditions de fond

**718. Conditions requises dans le chef de l'adoptant.** L'adoption plénière exige dans le chef de l'adoptant les mêmes capacité, préparation et aptitude à adopter que celles requises pour une adoption simple. Les articles 343 à 352 du Code civil s'appliquent aux deux formes d'adoption.

L'établissement de la filiation de l'adopté à l'égard d'une personne autre que l'adoptant ou les adoptants après que le jugement d'adoption soit coulé en force de chose jugée ne produit pas d'autre effet que les empêchements à mariage prévus aux articles 161 à 164 (art. 350, al. 2)<sup>(161)</sup>.

**719. Conditions requises dans le chef de l'adopté.** Une des principales différences entre l'adoption simple et l'adoption plénière concerne la capacité de l'adopté : seuls les « enfants », c'est-à-dire les mineurs (art. 343, § 1<sup>er</sup>, c)<sup>(162)</sup>, peuvent faire l'objet d'une adoption plénière (art. 355) ou d'une nouvelle adoption en forme plénière (*supra*, n° 694).

**720. Consentements.** Les consentements requis pour l'adoption plénière (art. 348-1 à 348-5) et les conditions de retrait ou de refus de consentement (art. 348-8, al. 3, et 348-11) sont identiques à ceux requis pour l'adoption simple.

### § 2. Conditions de forme

**721. Procédure.** Les conditions de forme et de procédure de l'adoption simple s'appliquent (*supra*, n°s 698-704).

**722. Conversions.** Il est possible *en cours de procédure*, de l'accord de tous ceux qui ont consenti à l'adoption plénière, de demander au tribunal de la famille de convertir celle-ci en adoption simple sans devoir

(161) Pour un constat de constitutionnalité : C. const., 18 février 2010, n° 13/2010, *T.J.K.*, 2010, p. 317, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 627 (somm.). Voy. sur cette question : M. BEAGUE et G. MATHIEU, « L'établissement de la filiation après une adoption plénière : analyse de l'article 350 du Code civil au prisme des concepts de filiation, adoption et origine », note sous *Civ. Liège* (div. Huy), 24 juillet 2014, *Act. dr. fam.*, 2015, p. 34.

(162) Au moment du dépôt de la requête, peu importe que l'adopté devienne majeur en cours de procédure (art. 355) ; C.A., 28 mai 2003, n° 76/2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 175, note J.-L. R.

recommencer les étapes accomplies. Réciproquement, on peut transformer une procédure d'adoption simple en procédure d'adoption plénière (art. 1231-14 C. jud.). Ces demandes doivent être fondées sur des motifs sérieux, être conformes à l'intérêt supérieur de l'enfant et à ses droits fondamentaux (art. 1231-14, al. 2, C. jud.).

La conversion d'une adoption simple *déjà prononcée* en adoption plénière par les mêmes personnes est possible à la demande de l'adoptant ou des adoptants si toutes les conditions, notamment de consentement, requises pour l'établissement de l'adoption plénière, sont remplies (art. 347-3).

### § 3. Effets

**723. Étendue des effets.** Les effets de l'adoption plénière, rétroactifs au jour du dépôt de la requête (art. 349-1), sont plus radicaux que ceux de l'adoption simple : sous réserve des empêchements à mariage, l'adopté perd tout lien avec sa famille d'origine (art. 356-1, al. 2)<sup>(163)</sup> et s'intègre à l'ensemble de sa famille adoptive (art. 356-1, al. 1<sup>er</sup>). Il y a substitution et superposition de filiations. Aucune obligation alimentaire ni droit successoral ne subsiste dans la famille d'origine<sup>(164)</sup> ; ils naissent dans la famille d'accueil et sont régis par le droit commun.

#### I. Nom et prénoms

**724. Changement.** Le nom de l'adoptant remplace celui de l'adopté. En cas d'adoption plénière simultanée par deux époux ou cohabitants, ceux-ci doivent déclarer, de commun accord, que l'adopté portera soit le nom de l'un des adoptants, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi et dans la limite d'un nom pour chacun d'eux (art. 356-2, al. 2).

Il en va de même pour une adoption plénière par une personne de l'enfant ou de l'enfant adoptif de son conjoint ou cohabitant (art. 356-2, al. 3)<sup>(165)</sup>.

(163) Sur l'exception à ce principe en cas d'adoption endofamiliale, voy. *infra*, n° 726.

(164) C.E.D.H., *Pla et Puncernau c. Andorre*, n° 69498/01, arrêt du 13 juillet 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 602, note M.D., R.W., 2005-2006, p. 1158.

(165) Avant l'entrée en vigueur de la loi du 8 mai 2014, ce choix était réservé aux couples de même sexe, tandis que l'attribution du nom de famille paternel prévalait pour les autres couples. Cette différence de traitement n'avait pas été jugée inconstitutionnelle au regard des anciennes dispositions sur l'attribution patrilinaire du nom (C. const., n° 26/2012, 1<sup>er</sup> mars 2012, *T. Fam.*, 2012, p. 186, note A. QUIRYNEN, *J.D.J.*, 2012, liv. 314, p. 38, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 373 (somm.), R.W., 2011-2012, p. 1569 (somm.)).

Ce nom choisi s'impose aux enfants adoptés ultérieurement par eux (art. 362-2, al. 5) et est transmis aux enfants de l'adopté<sup>(166)</sup>.

Les prénoms de l'adopté peuvent être modifiés comme en matière d'adoption simple (art. 349-2 ; *supra*, n° 706).

## 2. Autorité parentale

**725. Principe : transfert d'autorité parentale. Droits aux relations personnelles.** L'assimilation complète de l'enfant adopté à l'enfant issu de l'adoptant ou des adoptants rend applicables les règles de droit commun en matière d'autorité parentale.

En principe, l'enfant n'a plus de contact personnel avec les membres de sa famille d'origine, ce qui peut peiner notamment les grands-parents éventuellement consultés durant la procédure<sup>(167)</sup>. La Cour de cassation avait reconnu aux grands-parents un « droit de visite » justifié par les rapports d'affection, de respect et de dévouement fondés sur la « communauté de sang »<sup>(168)</sup>. L'article 375*bis* du Code civil véhicule actuellement ces demandes en termes de « droit au relations personnelles » : il impose aux grands-parents et aux parents d'origine la preuve d'un *lien d'affection particulier* avec l'enfant car le lien de filiation est rompu (*infra*, n° 781)<sup>(169)</sup>.

**726. Adoption « endofamiliale » plénière : partage d'autorité parentale.** Une adoption endofamiliale plénière ne prive pas l'enfant de tout lien avec sa famille d'origine : il conserve sa filiation avec le parent conjoint ou cohabitant de l'adoptant<sup>(170)</sup>, de même sexe ou de sexe

(166) G. MAHIEU, « L'adoption », *o.c.*, n° 103. Par analogie avec l'adoption simple, il paraît opportun de préconiser un transfert automatique du nom aux éventuels enfants du mineur faisant l'objet d'une adoption plénière, ceux-ci, eux-mêmes mineurs, ne pouvant solliciter du tribunal le maintien de leur nom d'origine (art. 353-6, al. 2).

(167) Comp. : l'institution de l'« adoption ouverte » en Allemagne et dans certains pays de droit anglo-américain, permettant de maintenir la communication entre les protagonistes de l'adoption : J.H. HOLLINGER, « L'adoption ouverte aux États-Unis », in *Parents de sang. Parents adoptifs* (A. FINE et Cl. NEIRINCK éd.), Paris, L.G.D.J., 2000, p. 45 ; D. GOUBAU, « 'Open adoption' au Canada », in *Parents de sang. Parents adoptifs, o.c.*, p. 63 ; E. WENNER, « Nouvelles formes d'adoption ouvertes en Allemagne », in *Parents de sang. Parents adoptifs, o.c.*, p. 87.

(168) Cass., 4 mars 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 732, *R.W.*, 1976-1977, col. 287, note H. NUYTINCK, *Rev. not. belge*, 1987, p. 177 ; Anvers, 1<sup>er</sup> mars 2010, *T. Fam.*, 2010, p. 195, note R. HEPS ; G. MAHIEU, « L'adoption », *o.c.*, n° 108.

(169) Comp., en matière d'adoption simple, *supra*, n° 707.

(170) Voy. aussi : art. 17 L. du 24 avril 2003 (« L'adoption plénière par une personne de l'enfant ou de l'enfant adoptif de son conjoint, prononcée par une décision devenue définitive avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi, est réputée ne pas avoir rompu le lien de filiation ou de filiation adoptive entre ce conjoint et l'enfant »).

différent, tandis que l'autorité parentale est exercée conjointement dans le couple d'accueil (art. 356-1, al. 3)<sup>(171)</sup>.

Encore moins que l'adoption simple, l'adoption plénière d'un enfant par le conjoint ou le cohabitant de son auteur dans un but de recomposition familiale, par exemple après un divorce, ne nous semble servir *a priori* l'intérêt de l'enfant. En effet, pour intégrer celui-ci dans un couple éducatif, on le déracinerait d'une famille d'origine (adoption endofamiliale « reconstitutive »)<sup>(172)</sup>. Il serait préférable, *de lege ferenda*, de démembrer l'autorité parentale<sup>(173)</sup>. L'assouplissement des conditions de l'adoption plénière de l'enfant de son conjoint ou de son cohabitant (*supra*, n° 686) ne devrait, à notre avis, profiter qu'aux adoptions endofamiliales plénières « constitutives », celles d'un enfant doté d'une seule filiation, celle avec le partenaire de l'adoptant.

### 3. Empêchements à mariage

**726-1. Renvoi.** L'enfant cesse d'appartenir à sa famille d'origine, sous réserve des empêchements à mariage (art. 356-1, al. 2 ; *supra*, n°s 330-331 et 713). Ces empêchements s'appliquent à la fois dans la famille d'origine et dans la famille adoptive.

La loi du 2 juin 2010 a abrogé pour l'adoption *simple* l'empêchement à mariage entre l'adopté et l'ancien ou actuel *cohabitant* de l'adoptant, ainsi qu'entre l'adoptant et l'ancien ou actuel cohabitant de

(171) Ainsi est intégrée la jurisprudence de la Cour constitutionnelle ayant déclaré inconstitutionnel l'ancien article 370 du Code civil qui ne permettait pas le maintien du lien avec le parent d'origine formant une « famille de fait » avec le partenaire adoptant (C.A., 3 mai 2000, n° 53/2000, *J.T.*, 2000, p. 536, note Y.-H. LELEU, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1063, obs. D. PIRE ; C.A., 6 novembre 1997, n° 67/97, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 410, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1192, obs. D. PIRE, *N.F.M.*, 1998, p. 148, note I. VAN OPSTAL. Pour une application : Civ. Anvers (jeun.), 29 avril 2003, *NjW*, 2003, p. 1376, note RdC, R.W., 2003-2004, p. 1311, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 782 (somm.) (adoption endofamiliale plénière après rupture du concubinage en cours de procédure). Voy. aussi : F. SWENNEN, « Adoptie door de 'feitelijke partner' van een oorspronkelijke ouder », *R.W.*, 2000-2001, p. 681). La règle actuelle dépasse la portée de cette jurisprudence en ce qu'elle s'applique quel que soit le sexe des partenaires (art. 343, § 1<sup>er</sup>, a et b) ; elle impose aussi aux cohabitants de fait une condition de stabilité – 3 ans de vie commune (art. 343, § 1<sup>er</sup>, b, réd. L. du 27 décembre 2004) – que n'exigeait pas la Cour.

(172) Y.-H. LELEU, « Les recompositions familiales par voie d'adoption et la Cour d'arbitrage », note sous C.A., 3 mai 2000, précité, p. 538, n° 6. L'adoption endofamiliale plénière est interdite en France si la filiation de l'enfant est établie à l'égard de son autre parent, que celui-ci est en vie et qu'on ne lui a pas retiré totalement l'autorité parentale (art. 345-1). Voy. : F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Les personnes, la famille, les incapacités*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 836, n° 891 ; A. MARTIAL, « L'adoption de l'enfant du conjoint dans les familles recomposées », in *Parents de sang. Parents adoptifs* (A. FINE et Cl. NEIRINCK éd.), Paris, L.G.D.J., 2000, p. 189.

(173) Y.-H. LELEU, « Parenté sociale et adoption homosexuelle », *o.c.*, p. 2. Sur l'opportunité des adoptions endofamiliales : I. LAMMERANT, A. OTTEVAERE et M. VERWILGHEN, « Le nouveau droit fédéral de l'adoption », *o.c.*, p. 94. Comp. : F. SWENNEN, « Het nieuwe interne adoptierecht : *horresco referens* », *o.c.*, p. 452, n° 52, pour qui l'adoption plénière devrait devenir exclusivement une institution de protection de la jeunesse, tandis que l'adoption simple se muerait en instrument d'organisation de l'autorité parentale dans les familles re- ou autrement composées.

l'adopté. À peine de discrimination, le mariage doit être permis entre ces personnes également en cas d'adoption plénière.

#### § 4. Révision

**727. Renvoi.** La révision de l'adoption plénière peut être poursuivie dans les mêmes circonstances qu'en matière d'adoption simple (art. 356-4, al. 2 *jo.* art. 351 ; *supra*, n<sup>os</sup> 714-715).

#### § 5. Irrévocabilité

**728. Principe. Nouvelle adoption.** Contrairement à l'adoption simple, l'adoption plénière est irrévocable (art. 356-4)<sup>(174)</sup>. Le législateur cherche à stabiliser la situation de l'adopté en l'assimilant complètement à un enfant issu de l'adoptant ou des adoptants.

Cette règle était critiquée sous l'ancienne législation au motif qu'elle rendait impossible toute nouvelle adoption de l'enfant, ainsi que son intégration dans une nouvelle famille en cas d'échec de l'adoption plénière, situation aussi fréquente en pratique que celle d'échec d'une adoption simple<sup>(175)</sup>. Dans un arrêt du 3 octobre 2001, la Cour constitutionnelle a censuré les dispositions légales provoquant cette situation<sup>(176)</sup>. La loi a intégré cette jurisprudence en permettant qu'une adoption plénière soit suivie d'une *nouvelle adoption* à la requête du ministère public en cas de *motifs très graves*, du vivant même de l'adoptant ou des adoptants antérieur(s) (art. 347-1, 3<sup>o</sup>, et 347-2, 3<sup>o</sup>). Les travaux préparatoires y trouvent les mêmes motifs que ceux qui peuvent justifier la révocation de l'adoption simple, notamment l'indifférence totale de l'adopté à l'égard de l'adoptant pendant une longue période, des faits de mœurs commis par l'adoptant sur l'adopté ou le refus de l'adoptant d'assurer l'entretien de l'adopté<sup>(177)</sup>.

(174) *Contra* (admettent la révocation afin de pouvoir établir la filiation du père biologique) : Civ. Namur, 26 mars 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 643 ; Civ. Liège, 10 octobre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 804, note M. BEAGUE et S. CAP.

(175) Pour l'admission d'une nouvelle adoption en vertu des articles 8 et 14 C.E.D.H. : P. SENAËVE, « De adoptie van het volle geadopteerde kind », note sous Bruxelles (jeun.), 19 avril 1990, *R.W.*, 1990-1991, p. 156 ; *contra* : I. LAMMERANT, « Impossibilité d'une seconde adoption après échec d'une adoption plénière », note sous Liège, 24 avril 1989, *R.R.D.*, 1990, p. 63. Sur la conformité de la règle de l'irrévocabilité de l'adoption plénière aux droits fondamentaux : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginnselen van het personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., p. 473, n<sup>o</sup> 649.

(176) C.A., 3 octobre 2001, n<sup>o</sup> 117/2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 300, *R.W.*, 2001-2002, p. 840, note, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 647, *J.T.*, 2001, p. 838, *T.J.K.*, 2002, p. 25.

(177) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2000-2001, n<sup>o</sup> 1367/001, p. 23 ; I. LAMMERANT, A. OTTEVAERE et M. VERWILGHEN, « Le nouveau droit fédéral de l'adoption », o.c., p. 92.

## SECTION 4

### Adoption internationale

**729. Avertissement. Division.** L'adoption internationale concentre la majorité des adoptions réalisées par des citoyens belges<sup>(178)</sup> et s'y rencontrent la plupart des problématiques liées au respect des droits fondamentaux des protagonistes<sup>(179)</sup>. C'est elle qui a justifié la réforme de l'adoption par la loi du 24 avril 2003, destinée notamment à permettre à la Belgique de ratifier la Convention de La Haye du 29 mai 1993<sup>(180)</sup>. Elle a vu sa réglementation resserrée à l'extrême pour prévenir les abus rencontrés.

On dit aussi que l'adoption internationale est appelée à se raréfier sous la double influence d'une prise de conscience des pays étrangers de la nécessité de protéger les droits fondamentaux des protagonistes de l'adoption et d'un accroissement généralisé de la « demande » d'enfants adoptables, également dans les pays traditionnellement « offrants » des enfants à l'adoption internationale. À cela s'ajoute l'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe en 2006, qui a amené les autorités compétentes de certains pays à refuser leur collaboration. La loi belge doit en outre composer avec le principe de subsidiarité qu'inspire la Convention de La Haye : l'adoption internationale ne se conçoit qu'en l'absence d'alternatives d'accueil de l'enfant dans un cadre familial et dans son pays d'origine<sup>(181)</sup>. La conciliation de ces divers intérêts, tous légitimes, a engendré une procédure intellectuellement cohérente mais monstrueuse de complexité, et disproportionnée au regard de l'objectif d'assurer l'épanouissement d'un enfant délaissé au sein d'une famille qui lui en offre la possibilité<sup>(182)</sup>.

L'exposé qui suit est synthétique pour d'autres raisons que celle liée au caractère international de la matière : la loi et les décrets, détaillés à l'extrême, suffisent presque à guider le praticien et de nombreuses conditions de l'adoption interne s'appliquent à l'adoption internationale réalisée en Belgique.

(178) I. LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, o.c., p. 86, n° 78.

(179) Pour plus de détails : S. SAROLEA, « L'adoption internationale en droit belge à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 11.

(180) *Doc. parl.*, Sén., sess. 2002-2003, n° 2-1428/4, p. 2.

(181) M. TRAEST, « Interlandelijke adoptie na de wet van 24 april 2003 », o.c., p. 1362, n° 2. Voy. : art. 4 (b) Conv. de La Haye du 29 mai 1993 ; art. 20, al. 3, et 21 (b) Conv. internationale relative aux droits de l'enfant. Sur la nécessaire souplesse de ce principe : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van het personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., p. 431, n° 580.

(182) Dans le même sens : N. GALLUS, in *Précis de droit de la famille*, 1<sup>ère</sup> éd., o.c., p. 465 ; *contra* : I. LAMMERANT, « De l'adoption et de l'adoption plénière », *J.T.*, 2004, p. 266.

En réalité, la loi organise surtout la communication d'un ensemble de documents entre les autorités belges et étrangères compétentes en matière d'adoption. Un « dossier international de l'adoption » circulera entre autorités centrales nationales et, en ce qui concerne la Belgique, entre les autorités centrales fédérale, communautaires, les organismes d'adoption agréés et les adoptants.

La loi met également en place les conditions de la reconnaissance des adoptions internationales réalisées à l'étranger par des citoyens belges (art. 364-1 à 367-3 ; art. 72 C. D.I.P.).

L'adoption internationale est très largement définie comme étant celle « impliquant le déplacement international d'un enfant »<sup>(183)</sup>. La loi en distingue trois formes (art. 360-2) :

- la plus fréquente sera celle où *l'enfant réside habituellement dans un État étranger* et a été, est ou doit être déplacé de son État d'origine vers la Belgique, soit après son adoption dans cet État par une personne ou des personnes résidant habituellement en Belgique, soit en vue d'une telle adoption en Belgique ou dans cet État (art. 360-2, 1°) ;
- très rarement, l'adoption internationale concernera un *enfant résidant habituellement en Belgique*, c'est-à-dire un enfant qui a été, est ou doit être déplacé vers un État étranger, soit après son adoption en Belgique par un résident de cet État, soit en vue d'une telle adoption (art. 360-2, 2°) ;
- les *enfants résidant en Belgique sans être autorisés à s'y établir ou à y séjourner plus de 3 mois, pour y être adoptés par un ou deux résidents en Belgique*, peuvent également faire l'objet d'une adoption internationale<sup>(184)</sup> (art. 360-2).

## § I. Enfant résidant habituellement dans un État étranger

**730. Préparation à l'adoption.** La principale différence entre l'adoption interne et l'adoption d'un enfant résidant à l'étranger consiste à imposer la préparation à l'adoption et la vérification judiciaire de la qualification et de l'aptitude à « assumer une adoption internationale » *avant d'effectuer toute démarche en vue de l'adoption* (art. 361-1)<sup>(185)</sup>.

(183) Titre de la Section II, précédant l'article 360-1.

(184) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2000-2001, n° 1366/001, pp. 50-51 ; M. TRAEST, « Interlandelijke adoptie na de wet van 24 april 2003 », *o.c.*, p. 1366, n° 11.

(185) Ces termes doivent être compris par référence à l'article 29 de la Conv. de La Haye du 29 mai 1993. L'interdiction connaît des exceptions : adoption entre membres d'une même famille ; obligation de telles rencontres préalables en vertu de la loi de l'État d'origine (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2000-2001, n° 1366/001, p. 51 ; M. TRAEST, « Interlandelijke adoptie na de wet van 24 april 2003 »,

La préparation à l'adoption (art. 346-2) est organisée par l'Autorité centrale communautaire (A.C.C.) et un organisme agréé d'adoption sur le modèle de celle préalable à l'adoption interne, compte tenu des spécificités de l'adoption internationale et abstraction faite d'un projet concret d'adoption. À l'issue du cycle, l'A.C.C. délivre un certificat nécessaire pour la suite de la procédure<sup>(186)</sup>.

**731. Qualification et aptitude à adopter. Procédure de constat.** En vue d'être déclarés qualifiés et aptes à assumer une adoption internationale<sup>(187)</sup>, l'adoptant ou les adoptants se présentent en personne devant le tribunal de la famille et déclarent vouloir entamer la procédure, s'ils envisagent une adoption simple ou plénière, et quels motifs les animent (art. 1231-27 C. jud.). Ils remettent le certificat de suivi de la préparation à l'adoption.

Le tribunal ordonne une *enquête sociale* pour se faire éclairer sur l'aptitude à adopter de l'adoptant ou des adoptants<sup>(188)</sup>, au cours de laquelle les instances désignées par les Communautés compétentes sont consultées (art. 1231-29, al. 1<sup>er</sup>, C. jud.).

Dans le *jugement* d'aptitude<sup>(189)</sup> est mentionné le nombre d'enfants que l'adoptant ou les adoptants seraient aptes à adopter, ainsi que les éventuelles restrictions de leur aptitude, concernant par exemple les soins à apporter à un enfant handicapé<sup>(190)</sup>. Contrairement à ce qui prévaut en matière d'adoption simple, l'aptitude à adopter s'apprécie *in*

*o.c.*, p. 1367, n° 12 ; N. GALLUS, « La nouvelle loi sur l'adoption », *o.c.*, p. 150 ; I. LAMMERANT, A. OTTEVAERE et M. VERWILGHEN, « Le nouveau droit fédéral de l'adoption », *o.c.*, p. 118).

(186) En Région flamande, c'est le centre de préparation qui délivre le certificat (art. 5 Décr. Comm. fl. du 20 janvier 2012 réglant l'adoption internationale d'enfants).

(187) Cette obligation s'impose même si les adoptants sont apparentés à l'enfant qu'ils désirent adopter (art. 361-1, al. 3).

(188) Le juge peut motiver sa décision sur la base des éléments de l'enquête sociale, mais ces éléments ne doivent pas être extraits du contexte de l'ensemble des éléments du rapport (Bruxelles, 2 avril 2007, *Rev. dr. étr.*, 2007, p. 27, note, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 768). Nonobstant le rapport de l'enquête sociale, le juge peut demander des renseignements complémentaires s'il estime qu'il n'est pas suffisamment informé (Bruxelles, 8 janvier 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1260).

(189) Bruxelles, 28 avril 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 379 ; Civ. Charleroi (jeun.), 17 octobre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 425 ; Civ. Charleroi (jeun.), 28 novembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 427 ; Civ. Charleroi (jeun.), 1<sup>er</sup> décembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 429 ; Civ. Liège (jeun.), 2 décembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 431 ; Civ. Liège (jeun.), 13 décembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 433 ; Civ. Charleroi (jeun.), 23 décembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 439 ; Civ. Charleroi (jeun.), 4 janvier 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 445 ; Civ. Charleroi (jeun.), 18 septembre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 506.

(190) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2000-2001, n° 1366/001, p. 148 ; M. TRAEST, « Interlandelijke adoptie na de wet van 24 april 2003 », *o.c.*, p. 1367, n° 14.

*abstracto*<sup>(191)</sup>, par respect des compétences de chaque État impliqué dans l'adoption internationale<sup>(192)</sup>.

Le jugement ne peut servir que pour une procédure en adoption d'un ou de plusieurs enfants. Sa validité expire 4 ans après son prononcé (art. 1231-31, al. 3 C. jud.). Une demande de prolongation de ce délai peut être introduite par les adoptants devant le tribunal de la famille, au plus tôt 5 mois avant l'expiration de la validité du jugement d'aptitude et au plus tard le dernier jour de validité de ce jugement (art. 1231-33/1 à 1231-33/7 C. jud.).

En cas d'aptitude, le ministère public établit un *rapport* destiné à mettre à la disposition de l'autorité compétente de l'État d'origine des renseignements suffisants sur l'adoptant ou les adoptants pour qu'elle puisse déterminer, pour chaque enfant en besoin d'adoption internationale, la ou les personnes susceptibles de lui offrir l'environnement le plus adéquat et les meilleures chances de bonne intégration (art. 1231-32, al. 1<sup>er</sup>, C. jud.). Sont notamment consignés dans le document, l'identité du ou des adoptants, leur capacité légale, leur situation personnelle, familiale et médicale, leur milieu social, leurs conceptions philosophiques, les motifs qui les animent et, bien entendu, leur aptitude à assumer une adoption internationale. Par renseignements « sur les enfants qu'ils seraient aptes à prendre en charge » (art. 1231-32, al. 1<sup>er</sup> *in fine*, C. jud.), la loi vise à éviter que leur soient confiés des enfants porteurs de handicaps ou de pathologies qu'ils ne seraient pas capables d'assumer<sup>(193)</sup>.

Ce rapport est transmis en copie par le greffier, avec une copie du jugement, à l'Autorité centrale fédérale, laquelle adresse sans délai ces documents à l'A.C.C. compétente (art. 361-2). Ainsi toutes les autorités belges sont-elles informées sur le projet d'adoption. L'on peut alors se tourner vers le pays étranger.

**732. Apparentement. Encadrement par un organisme agréé ou par l'A.C.C.** En Communauté française, après la préparation à l'adoption, les candidats adoptants ont le choix de faire encadrer leur projet d'adoption soit par un organisme communautaire agréé (art. 34-38 décr. Comm. fr. du 31 mars 2004), soit directement par l'A.C.C. s'ils ne souhaitent pas leur concours ou si aucun organisme n'est actif dans le pays de résidence

(191) N. GALLUS, « La nouvelle loi sur l'adoption », *o.c.*, p. 136. Voy. pour un exemple : Bruxelles (jeun.), 16 mars 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 395, *Rev. dr. étr.*, 2012, liv. 168, p. 324 (somm.) (refus).

(192) M. TRAEST, « Interlandelijke adoptie na de wet van 24 april 2003 », *o.c.*, p. 1368, n° 16.

(193) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2000-2001, n° 1366/001, p. 90. Voy. : I. LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, *o.c.*, pp. 107 et s., n°s 90 et s ; B. BERTRAND, C. FAURE et G. MANZ, « Le nouveau droit communautaire de l'adoption », *o.c.*, p. 191.

de l'enfant (art. 39). L'adoption dite « indépendante » a vécu<sup>(194)</sup> ; au minimum, elle sera encadrée par l'A.C.C.<sup>(195)</sup>.

Si le projet d'adoption est encadré par un *organisme agréé* – celui qui a préparé les adoptants ou un autre –, la mission de celui-ci tend au meilleur apparemment (*matching*), c'est-à-dire à la recherche des candidats adoptants les plus appropriés aux caractéristiques de chaque enfant, dans le respect de tous les intérêts en présence (art. 30-31). Plus concrètement, l'organisme agréé fait passer plusieurs entretiens aux adoptants pour apprécier la cohérence entre leur profil, leur demande et leur aptitude à adopter récemment appréciée par le juge. Il leur communique ensuite sa décision ou son refus d'encadrer l'adoption et, le cas échéant, conclut avec les adoptants la convention visée par l'article 31, § 1<sup>er</sup>, laquelle fixe notamment les contributions financières dues par les candidats adoptants à l'organisme d'adoption pour l'encadrement de leur projet d'adoption (art. 35)<sup>(196)</sup>. Après avoir informé l'A.C.C. de sa mission d'encadrement, l'organisme agréé centralise les documents relatifs à l'adoption, aide les adoptants à constituer leur dossier, le communique à l'autorité étrangère compétente, reste à la disposition des adoptants pour les soutenir durant la période d'attente et organise un entretien annuel d'évaluation psycho-médico-sociale de la candidature (art. 35, § 3, 1<sup>er</sup>-4<sup>o</sup>). La concrétisation du projet s'effectue lorsque l'organisme agréé reçoit de l'autorité étrangère compétente, directement ou par l'intermédiaire de l'A.C.C., les documents relatifs à l'enfant visés à l'article 361-3, 2<sup>o</sup>, du Code civil ou, le cas échéant, des documents équivalents ou une dispense de produire ceux-ci conformément à l'article 361-4 du Code civil (voy. ci-dessous). Un entretien a lieu avec les candidats adoptants au cours duquel la proposition d'adopter l'enfant leur est faite et sont produits ces documents, de même que toute information relative à l'enfant. Si les candidats adoptants marquent leur accord (par écrit) sur la proposition, l'organisme agréé en informe l'A.C.C. et transmet cet accord, ainsi que celui de l'A.C.C., à l'autorité étrangère compétente et prépare les adoptants à l'accueil de l'enfant (art. 35, § 3, 5<sup>o</sup>-8<sup>o</sup>). Le déplacement de l'enfant aura lieu ensuite, dans les conditions décrites-ci dessous, avec l'aide de l'organisme agréé (art. 35, § 3, 9<sup>o</sup>).

(194) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2000-2001, n° 1366/001, pp. 51-53.

(195) L'encadrement par un organisme agréé est obligatoire si la législation du pays étranger concerné prévoit que les suivis post-adoptifs doivent être réalisés par un service spécialisé en la matière (art. 39, al. 3, 1<sup>o</sup>, Décr. Comm. fr. du 31 mars 2004). Cette condition est critiquable car le suivi post-adoptif poursuit d'autres objectifs que l'encadrement du projet d'adoption. En outre, l'A.C.C. peut refuser d'encadrer l'adoption si elle concerne un pays en conflit armé ou victime d'une catastrophe naturelle (art. 39 *in fine* Décr. Comm. fr. du 31 mars 2004).

(196) Aucun recours n'est organisé par le décret contre une décision négative.

Si le projet d'adoption est encadré *directement par l'A.C.C.*, le seuil minimal d'accompagnement d'une adoption voulue autonome consiste moins à assister les adoptants qu'à assurer le respect des droits fondamentaux de l'enfant et des membres de sa famille, en clair à prévenir toute fraude ou trafic. L'A.C.C. est contactée par les candidats adoptants déjà préparés et jugés aptes (art. 39). Elle procède aux vérifications de la qualité des contacts à l'étranger des candidats adoptants et des conditions de respect des droits fondamentaux (art. 40), pour ensuite approuver ou rejeter le projet d'adoption (art. 41)<sup>(197)</sup>. Les motifs de refus viseront surtout la prévention des fraudes et abus tels que rencontrés à l'analyse du projet soumis. Dans cette mesure, l'encadrement obligatoire par l'A.C.C. ne passe pas pour abusif ni contraire aux droits fondamentaux des candidats adoptants, dont on rappellera qu'ils ne sont pas titulaires d'un droit à l'adoption (*supra*, n° 681). En cas d'approbation, l'A.C.C. confie la poursuite de l'encadrement de la demande à un organisme d'adoption (art. 42) ou peut choisir d'encadrer elle-même le projet dans le cas d'une adoption internationale intrafamiliale (art. 43, § 3, al. 3). En toute hypothèse, la convention visée à l'article 31, § 1<sup>er</sup>, est conclue, soit avec l'organisme d'adoption, soit avec l'A.C.C.

**733. Conditions du déplacement de l'enfant vers la Belgique en vue de son adoption.** La loi organise le déplacement de l'enfant vers la Belgique par une procédure extrêmement formaliste tendant à ce que le juge belge soit en mesure de vérifier les conditions légales de l'adoption, notamment sur la base du « dossier international de l'adoption », qui aura circulé entre toutes les autorités compétentes (art. 361-3).

- a) L'A.C.C. doit avoir transmis à l'autorité compétente de l'État d'origine le jugement sur l'aptitude du ou des adoptant(s) et le rapport du ministère public<sup>(198)</sup>.
- b) L'A.C.C. doit avoir reçu de l'autorité compétente de l'État d'origine un *rapport relatif à l'enfant*, contenant des renseignements sur son identité, son adoptabilité, son évolution personnelle, sa situation familiale, son passé médical et celui de sa famille, son milieu social et les conceptions philosophiques de ce milieu, ses besoins particuliers, ainsi que les *documents requis pour l'adoption* émanant des autorités étrangères<sup>(199)</sup>. Ceux-ci sont énumérés par la loi et leur contenu défini avec précision (art. 361-4). Consciente de ses

(197) Aucun recours n'est organisé par le décret contre une décision négative.

(198) Aucune obligation ne pèse à cet égard sur l'A.C.C., qui conserve la liberté de refuser de poursuivre la procédure et de transmettre le dossier à l'autorité d'un État déterminé (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2000-2001, n° 1366/001, p. 53).

(199) Sur la liberté de l'autorité centrale de l'État d'origine de ne pas transmettre les documents : M. TRAEEST, « Interlandelijke adoptie na de wet van 24 april 2003 », *o.c.*, p. 1368, n° 17.

extrêmes, la loi permet à l'A.C.C. d'accepter des documents équivalents ou de dispenser de fournir ceux visés au point 3° de la liste quand leur production s'avère matériellement impossible :

1. une copie certifiée conforme de l'acte de naissance de l'enfant, de l'acte de consentement de l'enfant à l'adoption lorsqu'il est requis, des actes de consentement des autres personnes, institutions et autorités dont le consentement est requis pour l'adoption ;
  2. un certificat de nationalité et une attestation de résidence habituelle de l'enfant ;
  3. une attestation par laquelle l'autorité compétente de l'État d'origine : a) déclare que l'enfant est adoptable ; b) constate, après avoir examiné les possibilités de placement de l'enfant dans cet État, que l'adoption internationale répond à son intérêt supérieur et au respect des droits fondamentaux qui lui sont reconnus en droit international ; c) constate et motive que la décision de confier l'enfant à l'adoptant ou aux adoptants répond également à cet intérêt et à ce respect ; d) certifie que les personnes, institutions et autorités dont le consentement est requis pour l'adoption ont été entourées des conseils nécessaires et dûment informées sur les conséquences de leur consentement, en particulier pour le maintien ou la rupture, en raison d'une adoption, des liens de droit entre l'enfant et sa famille d'origine ; e) certifie que celles-ci ont donné leur consentement librement, dans les formes légales requises, qu'il n'a pas été obtenu moyennant paiement ou contrepartie d'aucune sorte et qu'il n'a pas été retiré ; f) certifie que les consentements de la mère et du père, s'ils sont requis, ont été donnés après la naissance de l'enfant ; g) certifie que l'enfant, eu égard à son âge et sa maturité, a été entouré de conseils et dûment informé sur les conséquences de l'adoption et de son consentement à l'adoption si celui-ci est requis et que ses souhaits et avis ont été pris en considération ; h) certifie que le consentement de l'enfant à l'adoption, s'il est requis, a été donné librement, dans les formes légales requises, qu'il n'a pas été obtenu moyennant paiement ou contrepartie d'aucune sorte et qu'il n'a pas été retiré.
- c) L'adoptant ou les adoptants doivent avoir marqué par écrit leur *accord de prendre l'enfant en charge* en vue de son adoption.
- d) Doit être fournie la preuve de *l'autorisation d'entrée et de séjour permanent de l'enfant* en Belgique.

- e) L'A.C.C. et l'autorité compétente de l'État d'origine de l'enfant doivent avoir *approuvé par écrit la décision de confier l'enfant à l'adoptant ou aux adoptants.*

**733-1. Hypothèse où le pays d'origine ne connaît ni l'adoption, ni le placement en vue de l'adoption.** L'article 361-5 du Code civil (L. du 6 décembre 2005) vise la situation où l'État d'origine de l'enfant ne connaît ni l'adoption, ni le placement en vue de l'adoption<sup>(200)</sup>. Dans ce cas, le déplacement de l'enfant vers la Belgique ne pourra avoir lieu et l'adoption ne sera prononcée que si certaines conditions sont réunies :

- a) L'A.C.C. doit avoir reçu de l'autorité compétente de l'État d'origine un rapport relatif à l'enfant contenant des renseignements sur son identité, son adoptabilité, son évolution personnelle, sa situation familiale, son passé médical et celui de sa famille, son milieu social et les conceptions philosophiques de ce milieu, ainsi que sur ses besoins particuliers.
- b) L'A.C.C. doit également avoir reçu du ou des adoptants une copie certifiée conforme (1) de l'acte de naissance de l'enfant, (2) de l'acte de consentement de l'enfant âgé de douze ans au moins à son déplacement vers l'étranger et certifiant que celui-ci a été donné librement, dans les formes légales requises, qu'il n'a pas été obtenu moyennant paiement ou contrepartie d'aucune sorte et qu'il n'a pas été retiré, (3) soit de l'acte de décès des parents, soit de la décision d'abandon de l'enfant et une preuve de la mise sous tutelle de l'autorité publique, (4) de la décision de l'autorité compétente de l'État d'origine établissant une forme de tutelle sur l'enfant dans le chef du ou des adoptants, ainsi qu'une traduction certifiée par un traducteur juré de cette décision, ainsi que (5) de la décision de l'autorité compétente de l'État d'origine autorisant le déplacement de l'enfant vers l'étranger, pour s'y établir de façon permanente, ainsi qu'une traduction certifiée par un traducteur juré de cette décision.
- c) L'A.C.C. doit obtenir une preuve que la loi autorise ou autorisera l'enfant à entrer et à séjourner de façon permanente en Belgique et une preuve de la nationalité de l'enfant et de sa résidence habituelle.
- d) L'A.C.C. doit être mise en possession du jugement d'aptitude du ou des adoptants et du rapport du ministère public.

(200) Pour plus de détails : N. GALLUS, « La nouvelle loi sur l'adoption », *o.c.*, p. 136 ; I. LAMMERANT, A. OTTEVAERE et M. VERWILGHEN, « Le nouveau droit fédéral de l'adoption », *o.c.*, p. 122. Pour un exemple : Civ. Charleroi (jeun.), 5 novembre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 572.

- e) L'A.C.C. et l'autorité compétente de l'État d'origine de l'enfant doivent approuver par écrit la décision de confier celui-ci à l'adoptant ou aux adoptants.

**734. Procédure judiciaire d'établissement de l'adoption en Belgique.** La procédure qui vise à « établir l'adoption » de l'enfant résidant à l'étranger est à peu de différences près celle de l'adoption interne (art. 1231-40 C. jud.)<sup>(201)</sup>. Elle s'applique aux deux formes d'adoption internationale, celle où l'enfant réside à l'étranger et celle où l'enfant réside en Belgique<sup>(202)</sup>.

La *requête* unilatérale<sup>(203)</sup> en adoption est introduite devant le tribunal de la famille au maximum dans les délais de validité du jugement d'aptitude, éventuellement prolongée, visés aux articles 1231-31 et 1231-33/5 du Code judiciaire (*supra*, n° 731) ou dans les 4 ans de la délivrance d'une attestation par l'autorité compétente de l'État étranger dans lequel l'adoptant ou les adoptants résident habituellement, les déclarant aptes à adopter et assumer une adoption internationale, et dans un délai de 6 mois à compter de l'arrivée de l'enfant en Belgique (art. 1231-41 C. jud.).

Le tribunal constitue son dossier au moyen des *documents* suivants, qu'il demande le cas échéant à l'A.C.F. : copie de la décision de qualification et d'aptitude à adopter ; copie de la décision déclarant l'enfant adoptable et l'adoption conforme à son intérêt supérieur et au respect de ses droits fondamentaux ; copie des rapports relatifs aux adoptants ; attestation par laquelle l'autorité compétente constate que la décision de confier l'enfant à l'adoptant ou aux adoptants répond à son intérêt supérieur et au respect de ses droits fondamentaux (art. 1231-42, al. 1<sup>er</sup>, C. jud.)<sup>(204)</sup>.

En raison du contexte international de l'adoption, certains *avis* ne doivent pas être recueillis<sup>(205)</sup> et des *comparutions* personnelles peuvent

(201) M. TRAEST, « Interlandelijke adoptie na de wet van 24 april 2003 », *o.c.*, p. 1369, n° 19.

(202) L'exposé a, pour cette raison, été « neutralisé » quant aux distinctions opérées dans les articles du Code judiciaire entre ces deux formes d'adoption internationale.

(203) Pour une critique du caractère contradictoire conféré à la requête par la loi du 24 avril 2003, modifié sur ce point par la loi du 27 décembre 2004 : M. TRAEST, « Interlandelijke adoptie na de wet van 24 april 2003 », *o.c.*, p. 1369, n° 19.

(204) Si, en application de l'article 361-4, al. 1<sup>er</sup>, l'autorité centrale communautaire compétente a accepté des documents équivalents aux attestations visées à l'al. 2, 2° et 4°, de l'article 1231-42 C. jud., l'autorité centrale fédérale transmet ces documents. Si l'autorité centrale communautaire compétente a dispensé de produire ces attestations ou l'une d'elles, l'autorité centrale fédérale transmet au juge une preuve de la dispense (art. 1231-42, al. 2, C. jud.). Sur les problèmes de concordance entre l'article 1231-42 C. jud. et l'article 361-3, 2°, b) *jo.* article 361-4, 3°, b) et c), voy. : M. TRAEST, « Interlandelijke adoptie na de wet van 24 april 2003 », *o.c.*, p. 1375, n° 35.

(205) La logique du système veut qu'ils aient déjà été recueillis.

être évitées si les dossiers sont complets et les « documents requis pour l'adoption » présents (art. 1231-43 et 1231-44 C. jud.)<sup>(206)</sup>.

Le *jugement* d'adoption est rendu ensuite et motivé au regard des exigences légales de l'adoption – intérêt de l'enfant, respect des droits fondamentaux, prise en compte de tous les intérêts légitimes.

**735. Formalités d'état civil. Accès aux données d'origines.** Le dispositif de l'adoption prononcée en Belgique est transcrit dans les registres d'état civil (art. 368-1)<sup>(207)</sup> et l'adoption produit ses effets rétroactivement à partir du dépôt de la requête (art. 349-1). Après toute adoption, internationale ou interne, les autorités doivent conserver les informations qu'elles détiennent sur les origines de l'adopté. L'accès y est assuré à l'adopté ou à son représentant (*supra*, n° 704).

**736. Mesures de sauvegarde. Conciliation des intérêts en présence.** Le contexte difficile de l'adoption internationale et les abus rencontrés ont conduit le législateur à prévoir plusieurs mesures de protection de l'enfant engagé dans un tel processus. La difficulté consiste à dégager de justes compromis entre le respect de la loi et l'intérêt de l'enfant, celui-ci ayant peut-être déjà été déplacé, voire déraciné, en Belgique.

À titre préventif, la loi *interdit tout contact préalable entre l'adoptant ou les adoptants et les personnes intéressées à l'adoption dans le pays d'origine*. Il s'agit plus précisément des parents de l'enfant, de toute autre personne qui en a la garde, par exemple un orphelinat, ou d'une personne dont le consentement à l'adoption est requis. Les contacts ne peuvent avoir lieu qu'après le jugement de qualification et d'aptitude, et après qu'il soit satisfait aux conditions relatives au « dossier international de l'adoption ». Il n'est fait exception à cette interdiction que si l'adoption a lieu entre membres d'une même famille ou si les conditions fixées par l'autorité compétente de l'État d'origine de l'enfant sont remplies (art. 363-1)<sup>(208)</sup>.

En cours de procédure, toute autorité compétente en matière d'adoption qui constate qu'une des dispositions de la Convention de La Haye ou de la loi a été méconnue ou risque manifestement de l'être<sup>(209)</sup>

(206) L'enquête sociale, postérieure à la requête en cas d'adoption interne (art. 1231-6 C. jud.), n'est pas non plus requise ; une enquête sociale a été ordonnée « avant d'effectuer toute démarche en vue de l'adoption » (*supra*, n° 730) (art. 1231-45 C. jud.).

(207) Sur la compétence de l'officier de l'état civil : I. LAMMERANT, A. OTTEVAERE et M. VERWILGHEN, « Le nouveau droit fédéral de l'adoption », *o.c.*, p. 145 ; M. TRAEST, « Interlandelijke adoptie na de wet van 24 april 2003 », *o.c.*, p. 1373, n° 31.

(208) Cette interdiction constitue la transposition du prescrit de l'article 29 de la Conv. de La Haye du 29 mai 1993, tout en l'étendant à toute personne dont le consentement est requis (non exigé par la Convention).

(209) Ex. : instruction pénale à charge d'une des parties intéressées (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2000-2001, n° 1366/001, p. 60).

peut *surseoir à statuer ou à agir* (art. 363-2)<sup>(210)</sup>. Le tribunal *refuse de prononcer l'adoption* en cas de fraude ou violation consciente d'une de ces normes (art. 363-3, al. 1<sup>er</sup>). La loi permet de déroger à cette règle, donc de prononcer l'adoption irrégulière, si des motifs liés au respect des droits de l'enfant, dûment établis, le commandent (art. 363-3, al. 1<sup>er</sup> *in fine*), mais en aucun cas si l'adoption fait suite à un enlèvement, une vente ou une traite d'enfant<sup>(211)</sup> ou vise à détourner les dispositions légales relatives à la nationalité ou à l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (art. 363-3, al. 3).

L'échec de l'adoption internationale est encore plus problématique que celui de l'adoption interne en raison du risque d'inadaptation culturelle de l'enfant. Si l'adoption doit avoir lieu après le déplacement de l'enfant en Belgique et si le maintien de l'enfant dans la famille d'accueil s'avère difficile, ou si les candidats adoptants tardent à introduire leur requête, ou encore si l'adoption est refusée par le juge, les autorités compétentes prennent les mesures utiles à la protection de l'enfant : retrait de la garde de l'enfant aux personnes qui désiraient l'adopter, prise en charge provisoire, nouveau placement en vue de son adoption, prise en charge alternative durable et, en dernier ressort, son rapatriement<sup>(212)</sup> (art. 363-4), le tout en concertation avec l'autorité compétente de l'État d'origine<sup>(213)</sup>.

## § 2. Enfant résidant habituellement en Belgique

**737. Désir d'adoption.** Beaucoup plus rare est l'adoption internationale d'un enfant belge au départ d'un pays étranger. Elle est concevable, la Convention de La Haye visant à instaurer une collaboration multilatérale entre les pays signataires. Le processus est presque exactement symétrique à celui de l'adoption de l'enfant résidant habituellement à l'étranger. Il est initié par l'A.C.F. qui a reçu d'une autorité étrangère compétente un rapport sur une ou deux personnes « désirant adopter » un enfant résidant habituellement en Belgique, rapport dont le contenu est proche de celui que l'A.C.F. adresse à l'autorité centrale d'un pays où réside un enfant à

(210) Pour une critique de cette compétence, dans l'hypothèse où seul un doute existe quant aux capacités de l'adoptant, en ce qu'elle excède le prescrit de l'article 33 de la Conv. de La Haye du 29 mai 1993 : M. TRAEEST, « Interlandelijke adoptie na de wet van 24 april 2003 », *o.c.*, p. 1371, n° 24.

(211) Rapp. : la *révision de l'adoption*, *supra*, n° 714.

(212) Les frais de séjour, de soins et de voyage de l'enfant incombent solidairement à l'adoptant ou aux adoptants et, le cas échéant, à l'organisme agréé qui est intervenu à leur demande et dont la responsabilité est établie, ou à toute personne qui est intervenue illégalement comme intermédiaire dans l'adoption (art. 363-6).

(213) Ces dispositions s'appliquent en cas de reconnaissance d'une décision étrangère de révision ou de révocation (art. 363-4, al. 3).

adopter par des résidents belges<sup>(214)</sup>. L'A.C.F. adresse ce rapport, dans les 15 jours, à l'A.C.C. compétente (art. 362-1).

**738. Adoptabilité de l'enfant. Procédure de constat.** Un enfant résidant habituellement en Belgique ne peut être adopté par une personne ou des personnes résidant habituellement dans un État étranger que si le tribunal de la famille a vérifié que l'enfant est « adoptable » et que des conditions analogues à celles requises dans le chef de l'adopté et de sa famille d'origine en cas d'adoption interne sont remplies (art. 362-2).

L'A.C.C. ayant reçu le rapport relatif aux candidats adoptants transmet la demande aux organismes agréés pour l'adoption interne. Si un enfant est susceptible d'être adopté par une ou plusieurs personnes résidant habituellement à l'étranger, l'organisme d'adoption qui en a connaissance en informe l'A.C.C., qui avertit l'A.C.F. (art. 45 Décr. Comm. fr. du 31 mars 2004) pour qu'elle requière le ministère public de saisir le tribunal de la famille en vertu du constat d'adoptabilité (art. 1231-34, al. 1<sup>er</sup>, C. jud.). L'enfant est représenté dans la procédure par un tuteur *ad hoc* désigné par le tribunal (art. 1231-34, al. 2, C. jud.).

Le tribunal doit constater, sur la base d'une enquête sociale au cours de laquelle les organismes communautaires sont consultés (art. 1231-35 C. jud.)<sup>(215)</sup>, et en tenant compte des facteurs culturels et psychosociaux propres à l'enfant, que ce dernier est « internationalement adoptable » et que, compte tenu de l'impossibilité de placement de l'enfant en Belgique (principe de subsidiarité), une adoption internationale répond à son intérêt supérieur et respecte ses droits fondamentaux. Le tribunal vérifie que les consentements prescrits par la loi ont été obtenus après information suffisante sans paiement ni contrepartie, et que l'enfant lui-même, en fonction de son âge et de sa maturité, a été entouré de conseils et informé des conséquences de l'adoption, à nouveau sans paiement ni contrepartie (art. 362-2).

Si le jugement déclare l'enfant adoptable, le ministère public établit un rapport à l'attention de l'Autorité centrale de l'État d'accueil, qui contient suffisamment de renseignements sur l'enfant pour permettre à celle-ci de déterminer les personnes désireuses d'adopter qui lui offriront, compte tenu de ses besoins spécifiques, l'environnement le plus adéquat et les meilleurs chances de bonne intégration (art. 1231-38 C. jud.). Une

(214) Ce contenu est précisé par l'article 362-3, 1° : renseignements sur l'identité de l'adoptant ou des adoptants, leur capacité légale et leur aptitude à adopter, leur situation personnelle, familiale et médicale, leur milieu social, les motifs qui les animent, leur aptitude à assumer une adoption internationale, ainsi que sur les enfants qu'ils seraient aptes à prendre en charge.

(215) L'enquête est réalisée par l'A.C.C., qui réalise au minimum deux entretiens sociaux, dont un obligatoirement au domicile de l'enfant. L'A.C.C. désigne ensuite un organisme d'adoption agréé pour l'adoption interne qui doit rendre un avis (art. 46).

copie de ce rapport et du jugement est envoyée à l'A.C.F., qui la transmet à l'A.C.C. (art. 1231-39 C. jud. *jo.* art. 362-3, 2°).

**739. Conditions du déplacement de l'enfant à l'étranger en vue de son adoption.** La loi organise le déplacement de l'enfant résidant en Belgique vers le pays étranger de l'adoptant ou des adoptants en prescrivant la vérification, par l'A.C.C. compétente, des conditions de fond et de forme préalables à une adoption respectueuse de l'intérêt de l'enfant et des autres intérêts légitimes.

L'A.C.C. doit avoir reçu de l'autorité compétente de l'État d'accueil un rapport sur le « désir d'adopter » contenant des renseignements sur l'adoptant ou les adoptants et le rapport judiciaire sur l'adoptabilité transmis par le greffe du tribunal à l'A.C.F. (art. 362-3, 1° et 2°). Elle doit constater, en se fondant notamment sur ces rapports et en tenant compte des conditions d'éducation de l'enfant, de son origine ethnique, religieuse, philosophique et culturelle, que la décision de confier l'enfant à l'adoptant ou aux adoptants répond à son intérêt supérieur et respecte ses droits fondamentaux<sup>(216)</sup>. Elle doit enfin avoir transmis à l'autorité compétente de l'État d'accueil le rapport judiciaire sur l'adoptabilité, la preuve des consentements requis et la constatation de ce que le placement envisagé pour l'enfant répond à son intérêt (art. 362-3, 3° et 4°)<sup>(217)</sup>.

Pour qu'enfin l'enfant puisse quitter la Belgique en vue de son adoption, il faut que l'autorité compétente de l'État d'accueil ait attesté par écrit que l'adoptant ou les adoptants sont *qualifiés* et *aptés* à adopter et que l'enfant sera autorisé à entrer et à séjourner de façon permanente dans cet État, que l'A.C.C. se soit assurée que l'adoptant ou les adoptants marquent leur accord d'adopter cet enfant, que l'autorité compétente de l'État d'accueil ait approuvé par écrit ce projet d'adoption, et que ces deux autorités aient accepté par écrit que la procédure d'adoption se poursuive (art. 362-4).

**740. Poursuite de la procédure d'adoption à l'étranger.** La suite de la procédure se déroule à l'étranger. Grâce à la coopération internationale mise en place par la Convention de La Haye et à la convergence des législations qu'elle induit, il est prévisible que la procédure d'adoption à l'étranger offrira aux protagonistes les mêmes garanties de respect de leurs droits fondamentaux quel que soit l'État où l'adoption sera prononcée.

(216) Cette disposition vise à transposer le prescrit de l'article 16 (1), b, de la Conv. de La Haye du 29 mai 1993 et, plus généralement, à éviter une rupture trop importante pour l'enfant entre son milieu d'origine et son milieu d'accueil. Elle s'avère particulièrement pertinente si l'enfant est déjà imprégné par son environnement d'origine, ce qui n'est pas le cas s'il est nouveau-né (M. TRAESE, « Interlandelijke adoptie na de wet van 24 april 2003 », *o.c.*, p. 1370, n° 22).

(217) Rappr. : art. 16 (1), d, Conv. de La Haye du 29 mai 1993.

Des mesures de sauvegarde devraient exister dans le pays d'accueil pouvant, dans le pire des cas, aboutir au rapatriement de l'enfant en Belgique.

### § 3. Droit international privé

**741. Synthèse des règles légales.** Nous livrons au lecteur une très brève synthèse des principales dispositions législatives applicables au droit international privé de l'adoption parce que l'adoption internationale, que nous traitons en variante de l'adoption interne, ajoute à sa procédure spécifique un élément d'extranéité appelant la nécessité de déterminer le droit applicable<sup>(218)</sup>. Nous le prions de bien vouloir se référer à la doctrine spécialisée<sup>(219)</sup>, notamment pour la matière, non abordée ici, de la reconnaissance des décisions étrangères en matière d'adoption (art. 364-367 ; art. 72 C. D.I.P.)<sup>(220)</sup>.

**742. Statut personnel. Règles spéciales d'applicabilité.** En principe, l'établissement de la filiation adoptive est régi par la loi nationale de l'adoptant ou par la loi nationale commune des deux adoptants (art. 67, al. 1<sup>er</sup>, C. D.I.P.), par la loi de la résidence commune des deux adoptants s'ils n'ont pas la même nationalité, ou par la loi belge à titre subsidiaire (art. 67, al. 2, C. D.I.P.). Le droit applicable détermine la nature du lien adoptif et si l'adopté cesse d'appartenir à sa famille d'origine (art. 70 C. D.I.P.), mais non les autres effets de l'adoption<sup>(221)</sup>. Il régit aussi, sous réserve des nuances que nous examinerons ci-dessous, la conversion et la révocation de l'adoption (art. 71, § 1<sup>er</sup>, C. D.I.P.)<sup>(222)</sup>. La révision d'une adoption est régie par le droit belge (art. 71, § 3, C. D.I.P.).

Les *consentements* à donner et leur mode d'expression sont régis par le droit de l'État sur le territoire duquel l'adopté a sa résidence habituelle immédiatement avant le déplacement en vue de l'adoption ou, à

(218) Pour une analyse des rapports entre adoption internationale et droit international privé de l'adoption, et pour plus de détails sur celui-ci : M. TRAEST, « Interlandelijke adoptie na de wet van 24 april 2003 », *o.c.*, pp. 1362-1363, n° 3 et pp. 1363-1366.

(219) Voy. not. : Fr. RIGAUX et M. FALLON *Droit international privé*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2005 ; J.-Y. CARLIER, « Le Code belge de droit international privé », *R.C.D.I.P.*, 2005, pp. 11-45 ; J. ERAUW, « Het vernieuwde internationaal privaatrecht van België wordt van kracht », *R.W.*, 2004-2005, p. 121 ; A. VAN GEEL et N. LABEEUW, « Het Wetboek van Internationaal Privaatrecht : de verwachte (r) evolutie... of toch niet helemaal ? », *Nieuwsbrief notariaat*, Kluwer, 2004, pp. 1-9, n°s 17-18, pp. 1-8, n° 19 et pp. 1-8, n° 20 ; P. WAUTELET, F. COLLIENNE et S. PFEIFF, « Actualités du droit familial international », in *Droit des familles* (D. PIRE éd.), CUP, vol. 92, Liège, Anthemis, 2007, pp. 277-364.

(220) Fr. RIGAUX et M. FALLON *Droit international privé*, 3<sup>e</sup> éd., *o.c.*, pp. 613-620 ; M. TRAEST, « Interlandelijke adoptie na de wet van 24 april 2003 », *o.c.*, pp. 1363-1366 et pp. 1372-1373 ; H. ENGLERT et F. COLLIENNE, « Du nouveau dans les adoptions internationales : une procédure de régularisation », *Revue@dipr.be*, 2012, pp. 99-106.

(221) Ainsi, pour les noms et prénoms, il convient de se référer aux articles 36 et s. C. D.I.P., et pour les effets successoraux à l'article 78 C. D.I.P. (N. GALLUS, « La nouvelle loi sur l'adoption », *o.c.*, p. 148).

(222) En ce qui concerne la révocation, la loi précise que les critères de rattachement sont appréciés au moment de l'établissement de l'adoption (art. 71, § 2, C. D.I.P.).

défaut d'un tel déplacement, au moment de l'adoption. Le droit belge régit le consentement de l'adopté si le droit applicable ne prévoit pas la nécessité d'un tel consentement ou ne connaît pas l'institution de l'adoption (art. 68 C. D.I.P.).

Ces principes tolèrent plusieurs exceptions, le Code civil apportant un « complément » de normes par rapport au Code de droit international privé<sup>(223)</sup> :

1. le juge belge requis de prononcer l'adoption peut donner la préférence à la loi belge s'il estime que l'application du droit étranger nuirait manifestement à l'intérêt supérieur de l'adopté *et* que l'adoptant ou les adoptants ont des liens étroits avec la Belgique (art. 67, al. 3, C. D.I.P.)<sup>(224)</sup> ;
2. en vertu de la réserve expresse de l'article 357 du Code civil faite par l'article 67 du Code de droit international privé, certaines conditions doivent être respectées quel que soit le droit applicable à l'établissement de l'adoption<sup>(225)</sup> :
  - a) la vérification des justes motifs, de l'intérêt supérieur de l'enfant et du respect de ses droits fondamentaux ;
  - b) l'appréciation de la qualification et de l'aptitude à adopter de l'adoptant ou des adoptants ;
3. dans la mesure où l'article 68 du Code de droit international privé réserve l'application de l'article 358 du Code civil, on doit considérer qu'en toute hypothèse<sup>(226)</sup>, s'impose l'obligation de recueillir le consentement de l'adopté âgé de 12 ans au moins lors du prononcé du jugement d'adoption (art. 348-1)<sup>(227)</sup>, et ce quel que soit le droit applicable aux consentements (art. 358, al. 1<sup>er</sup>)<sup>(228)</sup>.

**743. Conversion, révision, révocation.** Les règles de droit international privé précitées s'appliquent aussi à la conversion en adoption plénière

(223) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2000-2001, n° 1366/001, p. 15.

(224) Pour une application: Bruxelles (jeun.), 13 novembre 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 227 (écartement du droit italien au profit du droit belge); Liège, 4 septembre 2013, *Act. dr. fam.*, 2015, p. 52, note A. GILLARD (idem).

(225) Ces règles doivent être considérées comme des règles spéciales d'applicabilité au sens de l'article 20, al. 1<sup>er</sup>, C. D.I.P.

(226) Si le droit étranger ne prévoit pas l'exigence du consentement de l'adopté, c'est la règle subsidiaire de l'article 68, al. 2, C. D.I.P. qui s'applique ; si le consentement est exigé mais que le seuil de 12 ans est plus élevé en droit étranger, c'est l'article 358 qui s'applique (M. TRAEST, « Interlandelijke adoptie na de wet van 24 april 2003 », *o.c.*, p. 1364, n° 5).

(227) Le droit belge est sur ce point plus exigeant que la Conv. de la Haye du 29 mai 1993 (art. 4 (d) ; M. TRAEST, « Interlandelijke adoptie na de wet van 24 april 2003 », *o.c.*, p. 1365, n° 5).

(228) L'adoption *plénière* prononcée en Belgique suppose que le consentement de l'enfant, ceux de sa mère, de son père ou de son représentant légal, lorsqu'ils sont requis, ont été donnés en vue d'une adoption qui a pour effet de rompre le lien préexistant de filiation entre l'enfant et ses père et mère (art. 358, al. 2).

d'une adoption qui n'a pas eu pour effet de rompre le lien préexistant de filiation (art. 359-3). L'adoption d'un enfant, faite à l'étranger et reconnue en Belgique, qui n'a pas eu pour effet de rompre le lien préexistant de filiation, peut être convertie en Belgique en adoption plénière si les consentements requis ont été donnés ou sont donnés en vue d'une adoption produisant cet effet (art. 359-2)<sup>(229)</sup>.

Les juridictions belges sont compétentes pour prononcer la *révision* d'une adoption si l'adoptant, l'un des adoptants ou l'adopté est Belge ou a sa résidence habituelle en Belgique lors de l'introduction de la demande, si l'adoption a été établie en Belgique ou si une décision judiciaire établissant l'adoption a été reconnue ou déclarée exécutoire en Belgique (art. 66, al. 4, C. D.I.P.).

En cas de *révocation* d'une adoption, les juridictions belges sont compétentes si l'adoptant, l'un des adoptants ou l'adopté est Belge ou a sa résidence habituelle en Belgique lors de l'introduction de la demande ou si l'adoption a été établie en Belgique (art. 66, al. 3, C. D.I.P.). Les mesures de sauvegarde prévues par l'article 363-4 du Code civil (*supra*, n° 736) sont applicables (art. 359-4).

La *nullité* d'une adoption ne peut être prononcée en Belgique, même si le droit de l'État où elle a été établie le permet (art. 359-6).

---

(229) Pour une application : Civ. Charleroi (jeun.), 24 décembre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 605.

## CHAPITRE 3

# L'AUTORITÉ PARENTALE

**744. Bibliographie.** F. APS, « De wet van 18 juli 2006 : promotie van het gelijkmatig verdeeld verblijf voor kinderen van gescheiden ouders en optimalisering van de uitvoeringsmaatregelen tegen de onwillige ouder(s) », *R.W.*, 2006-2007, p. 1422 ; S. AUDOORE, « Overzicht van rechtspraak (2003-2011) – De uitoefening van het ouderlijk gezag », *T. Fam.*, 2012, p. 55 ; M. BEAGUE, « Quel est l'état actuel et quelles sont les perspectives d'avenir de la reconnaissance juridique du beau-parent dans les familles recomposées ? », *J.D.J.*, 2007, n° 268, p. 3 ; J.-E. BEERNAERT et M. BLITZ, « La nouvelle répartition des compétences relatives aux relations parentales », *Rev. dr. U.L.B.*, 1996, p. 13 ; P. BORGHS, « Homoseksualiteit en ouderschap. Actuele stand van zaken », *NjW*, 2004, p. 290 ; A.-M. BOUDART et C. VANDER STOCK, « La loi portant création du tribunal de la famille et de la jeunesse et les modes alternatifs. Réflexions sur quelques questions choisies », *Act. dr. fam.*, 2014, p. 166 ; A. BUYSSE et L. ACKAERT, « Kinderen en scheiding. Een focusgroepen onderzoek », *T.J.K.*, 2006, p. 32 ; C.B.R. (éd.), *Verbliffsregeling*, Anvers, Intersentia, 2008 ; J. CHAMBERLAND, « La Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et les droits de l'enfant », in *Un engagement au service du droit international privé. Mélanges en l'honneur de Hans van Loon*, Anvers, Intersentia, 2013, p. 113 ; Fl. COLLIENNE et P. WAUTELET, « Enlèvement international d'enfants – La pratique des juridictions belges », in *Actualités du contentieux familial international* (P. WAUTELET éd.), Bruxelles, Larcier, 2005, p. 223 ; N. DANDROY et F. REUSENS, « L'hébergement égalitaire (Lorsque la promotion de la coparenté sur le plan de l'hébergement aboutit à une réforme faussement modeste de la procédure en matière d'autorité parentale) », *J.T.*, 2007, p. 177 ; N. DANDROY et F. REUSENS, « L'hébergement alterné à l'épreuve de la pratique judiciaire », *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 45 ; A. DE WOLF, « Ouderlijk gezag na echtscheiding : gezamenlijke gezaguitoefening en gelijkverdeeld verblijf », *E.J.*, 2005, p. 91 ; A. DE WOLF, « 'Lange-afstand'-ouders in de rechtspraak over gezags- en contactrecht », *E.J.*, 2002, p. 18 ; A. DE WOLF, « De wet van 13 april 1995 aangaande het ouderlijk gezag : een jaar toepassing in de praktijk », *E.J.*, 1997, p. 21 ; M. DEMARET, « L'enlèvement international d'enfants », *R.G.D.C.*, 2006, p. 505 ; P. DONNY, « L'audition de l'enfant. Pratiques et dérivés », *Rev. dr. U.L.B.*, 1996, p. 169 ; M. FALLON et O. LHOEST, « La Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. Entrée en vigueur d'un instrument éprouvé », *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 7 ; J. FIERENS, « L'affaire gepetto ou les mutations de l'autorité parentale », *Div. Act.*, 2006, p. 129 ; H. FULCHIRON, « Autorité parentale et familles recomposées », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 141 ; N. GALLUS, « Le droit aux relations personnelles des grands-parents et des autres tiers (article 375bis du Code civil) », in *Le droit des seniors. Aspects civils, sociaux et fiscaux*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, p. 309 ; T. GARÉ, « Les grands-parents dans le droit de la famille à la lumière de la Convention internationale sur les droits de l'enfant », in *Mélanges à la mémoire*

de Danièle Huet-Weiller, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 181 ; C. GHYS, « La médiation familiale et sa pratique dans les relations parentales (autorité parentale, hébergement des enfants, contribution alimentaire) », *Rev. dr. U.L.B.*, 1996, p. 89 ; G. HIERNAUX, « La loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglémentant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant », *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 9 ; G. HIERNAUX, « Difficultés actuelles en matière d'autorité parentale et d'hébergement », in *Filiation, autorité parentale et modalités d'hébergement* (A.-Ch. VAN GYSEL éd.), Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 129 ; G. HIERNAUX, « À propos du droit des grands-parents de "rencontrer" leurs petits-enfants », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 1082 ; P. HOFSTRÖSSLER, « De Wet van 13 april 1995 betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag », *A.J.T.-dossier*, 1995-1996, p. 29 ; D. HUET-WEILLER, « De la puissance paternelle à la responsabilité parentale », in *Le droit de la famille en Europe. Son évolution depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours* (R. GANGHOFER éd.), Strasbourg, Presses universitaires, 1992, p. 405 ; A. JADOU, « Les relations personnelles du mineur avec ses auteurs », in *L'autonomie du mineur* (P. JADOU, J. SAMBON et B. VAN KEIRSBLICK éd.), Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1998, p. 25 ; N. KRIBECHE, « Le placement des enfants dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme* (Fr. KRENC et M. PUECHAVY dir.), Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 113 ; Y.-H. LELEU, « Parenté sociale et adoption homosexuelle », in *Parenté sociale et adoption homosexuelle* (C. NYSSENS éd.), Forum du 22 octobre 2004, Bruxelles, 2004 ; Y.-H. LELEU et S. DELVAL, « Autorité parentale et actes médicaux », *J.D.J.*, 2002, n° 214, p. 23 ; N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance. Filiation, autorité parentale, hébergement. Nouvelles lois, nouvelles jurisprudences*, Bruxelles, Bruylant, 2009 ; N. MATHIEU, « Séparation des parents et garde d'enfant – Le point sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. D. H.*, 2013, p. 39 ; Th. MOREAU, « La loi du 13 avril 1995 relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale », *Div. Act.*, 1995, p. 97 ; S. MOSSELMANS, « Een evolutie op het terrein van het ouderlijk gezag, het omgangsrecht, het hoorrecht van minderjarigen en het recht op informatie van ouders en hun minderjarige kinderen : het E.V.R.M., 'The recommendation on parental responsibilities' en het I.V.R.K. als leidraad », *T.P.R.*, 1997, p. 543 ; A. NOTTET, « Mineurs et droits personnels », *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 15 ; F. OMRANI, « L'expatriation dans la famille désunie : quel est le sort de l'enfant ? Chronique de jurisprudence (2007 – 2013) », *Act. dr. fam.*, 2014, p. 106 ; M. PETIT, « Une famille – Un dossier – Un droit ? », *Rec. gén. enr. not.*, 2014, p. 373 ; D. PIRE, « La nouvelle loi sur l'hébergement égalitaire », in *Droit des familles* (D. PIRE éd.), CUP, vol. 92, Liège, Anthemis, 2007, p. 187 ; D. PIRE, « La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse », *Act. dr. fam.*, 2013, p. 170 ; D. PIRE, « Tribunal de la famille et de la jeunesse : loi réparatrice », *Act. dr. fam.*, 2014, p. 178 ; J.-L. RENCHON, « La fonction parentale au temps du divorce », *Ann. Dr. Louvain*, 1994, p. 259 ; J.-L. RENCHON (éd.), *L'enfant et les relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003 ; J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 361 ; J.-L. RENCHON, S. MICHAUX et F. REUSENS, « Les modalités de l'exercice de l'autorité parentale dans le cadre d'un placement en dehors du milieu familial », *J.D.J.*, 2002, n° 214, p. 14 ; J.-L. RENCHON, « Parenté sociale et adoption homosexuelle. Quel choix politique ? », *J.T.*, 2005, p. 125 ; F. REUSENS, « L'hébergement égalitaire selon la loi du 18 juillet 2006 », *J.J.P.*, 2006, p. 396 ; F. REUSENS, « 100 ans de la loi du 15 mai 1912 sur la protection de l'enfance : les mesures à l'égard des parents », *J.T.*,

2012, p. 390 ; P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHELDEN (éd.), *Verblijfsco-ouderschap. Uitvoering en sanctionering van verblijfs- en omgangsregelingen. Adoptie door personen van hetzelfde geslacht*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2007 ; P. SENAËVE et H. VANBOCKRIJCK, « De wet van 18 juli 2006 op het verblijfsco-ouderschap, de blijvende saisine van de jeugdrechtbank en de tenuitvoerlegging van uitspraken aangaande verblijf en omgang », *E.J.*, 2006, p. 117 ; P. SENAËVE (éd.), *Co-ouderschap en omgangsrecht. Commentaar op de Wet van 13 april 1995*, Louvain, Acco, 1995 ; P. SENAËVE, « De wet van 13 april 1995 aangaande de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag en het omgangsrecht », *E.J.*, 1995, p. 33 ; P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHELDEN (éd.), *Ouders en kinderen*, Anvers, Intersentia, 2013 ; J. SOSSON, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », *Ann. Dr. Louvain*, 1996, p. 115 ; F. SWENNEN et R. BARBAIX, « De verantwoordelijkheid voor 'koekoekskinderen' », in *Verantwoordelijkheid en recht* (M. ADAMS e.a. éd.), Malines, Kluwer, 2008, p. 45 ; F. SWENNEN, « Rechten van niet-ouders met betrekking tot minderjarigen », in *Ouders en kinderen* (P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHELDEN éd.), Anvers, Intersentia, 2013, p. 257 ; F. TULKENS et T. MOREAU, *Droit de la jeunesse. Aide, assistance, protection*, Bruxelles, Larcier, 2000 ; N. UYTTENDAELE, « Le règlement amiable des conflits familiaux », in *Le Tribunal de la Famille et de la Jeunesse*, Limal, Anthemis, 2014, p. 67 et « Modalités d'hébergement, rôle des parents et beaux-parents et exercice de l'autorité parentale – Le point de vue du juriste », in *Les recompositions familiales* (N. GALLUS éd.), Limal, Anthemis, 2015, p. 95 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « L'intérêt de l'enfant, pierre de touche ou pierre philosophale pour les tiers intervenants ? », *Rev. dr. U.L.B.*, 1996, p. 7 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « L'intérêt de l'enfant, principe général de droit », *R.G.D.C.*, 1988, p. 186 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « L'intérêt de l'enfant, mythe et réalité », in *Actualités de droit familial. Le point en 2001* (Y.-H. LELEU éd.), Liège, CUP, 2001, p. 169 ; C. VAN ROY, « Verblijfsregeling van kinderen ingeval ouders hun (al dan niet echtelijke) samenwoningsrelatie verbreken. Artikel 374, § 2, vierde lid BW en het belang van de ouders – Van theorie naar praktijk », *T. Fam.*, 2015, p. 72 ; H. VANBOCKRIJCK, « Moeilijkheden bij de uitoefening van het omgangsrecht », *E.J.*, 2005, p. 94 ; H. VANBOCKRIJCK, « De wet van 18 juli 2006 tot het bevoorrechten van een gelijkmatig verdeelde huisvesting van het kind van wie de ouders gescheiden zijn en tot regeling van de gedwongen tenuitvoerlegging inzake huisvesting van het kind », *J.J.P.*, 2006, p. 386 ; H. VANBOCKRIJCK, « Twee jaar toepassing van de wet van 18 juli 2006 inzake het verblijfsco-ouderschap en de uitvoering en sanctionering van verblijfs- en omgangs-regelingen », in *Knelpunten echtscheiding, afstamming en verblijfsregelingen* (P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHELDEN éd.), Anvers-Oxford, Intersentia, 2009, p. 189 ; A. VANDEKERCKHOVE, « Zorgouderschap ? Meerdere ouderschapsstatuten voor één kind ? », *T.J.K.*, 2006, p. 256 ; T. VANSWEEVELT, « Persoonlijksrechten van minderjarigen en grenzen van het ouderlijk gezag : de toestemming van de minderjarige in een medische behandeling », *R.W.*, 1987-1988, p. 897 ; R. VASSEUR, « De verblijfsregeling van kinderen van gescheiden ouders : een verruimd wettelijk kader », *T.J.K.*, 2007, p. 11 ; T. WUYTS, *Ouderlijk gezag. Een coherente gezagsregeling voor minderjarigen*, Anvers, Intersentia, 2013.

## SECTION I

### Généralités

**745. Notion.** L'autorité parentale est, avec la minorité, le devoir d'entretien, d'éducation et de formation, l'un des principaux éléments du système de protection des enfants par le droit civil. Effet de la filiation, elle confère aux parents le droit, unique en son genre, de déterminer les orientations de la vie de leur enfant mineur, même sur le plan personnel, voire corporel, le cas échéant sans son consentement ou, dans certains cas, contre son refus. Contrairement à ce que suggère son appellation, l'autorité parentale confère des « droits-fonctions »<sup>(1)</sup>, finalisés dans l'intérêt de l'enfant *in concreto*<sup>(2)</sup>, tout le contraire de droits discrétionnaires. Les prérogatives de l'autorité parentale donnent aux parents les moyens de remplir leurs obligations et constituent à tout le moins un corollaire nécessaire de celles-ci<sup>(3)</sup>. La liberté éducative des parents n'est pas reniée, mais doit composer avec l'autonomie croissante des enfants<sup>(4)</sup>.

Ces particularités rendent la présente matière délicate à réglementer, surtout en ce qui concerne les prérogatives en rapport avec la personne de l'enfant. Plus encore que dans d'autres secteurs, le droit familial saisit une part infime des situations de fait. Seuls les conflits les plus préjudiciables à l'enfant émergent. Nombreuses sont les dissensions non résolues, tues, éteintes par l'écoulement du temps, par le fait accompli, par l'inertie. Paradoxalement, en raison de la place centrale occupée par l'enfant, c'est l'une des matières du droit des familles où l'État est le plus présent. Elle est sensible aux évolutions de la société, comme pourrait en témoigner son ancêtre la « puissance paternelle »<sup>(5)</sup>.

**746. Droits fondamentaux.** Les normes internationales concernant directement ou indirectement l'autorité parentale sont nombreuses<sup>(6)</sup>. Elles ont

(1) G. CORNU, *Droit civil. La famille*, 5<sup>e</sup> éd., o.c., pp. 130 et s., n<sup>os</sup> 78 et s. Sur la notion, voisine, de « droits-devoirs » : J. DE BOER, « Omgang als mensenrecht II », *N.J.B. (Pays-Bas)*, 1984, p. 410.

(2) Sur cette notion en général : E. DE KEZEL, « Het begrip 'het belang van het kind' », *R.W.*, 1998-1999, p. 1163 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « L'intérêt de l'enfant, principe général de droit », *R.G.D.C.*, 1988, p. 186 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « L'intérêt de l'enfant, mythe et réalité », *Actualités de droit familial. Le point en 2001* (Y.-H. LELEU éd.), Liège, CUP, 2001, p. 169.

(3) En ce sens : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 14<sup>e</sup> éd., o.c., n<sup>o</sup> 1029.

(4) Voy. : C. NEIRINCK, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Paris, L.G.D.J., 1984, pp. 2 et s. ; A. NOTTET, « Mineurs et droits personnels », o.c., pp. 28-32, n<sup>os</sup> 8-9. Rappr. : Civ. Liège, 24 septembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1178, conf. par Liège, 4 novembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1179 (impossibilité d'imposer une autre solution en matière scolaire que celle contraire à l'avis du père, à une jeune adolescente en pleine recherche de sa personnalité, qui menace de fuguer ou perdre une année scolaire).

(5) Pour un historique : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., pp. 511-513.

(6) Voy. not. : art. 5, 6, 8 et 14 C.E.D.H. ; art. 2, 1<sup>er</sup> protocole additionnel à la C.E.D.H. ; Recommandation n<sup>o</sup> R(84)4 du 27 février 1984 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe concernant les responsabilités parentales ; Conv. européenne sur l'exercice des droits de l'enfant du

profilé l'institution dans sa forme actuelle, commune à une majorité de pays européens, et entraîné une triple évolution, d'abord vers l'égalité entre les parents, ensuite vers la dissociation entre l'autorité parentale et le statut du couple, enfin et surtout vers une l'autonomie croissante de l'enfant et le respect de ses propres droits fondamentaux<sup>(7)</sup>.

De très nombreux arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme poursuivent ces objectifs, et ont pour *leitmotiv* qu'un élément essentiel de la vie familiale est, pour les enfants, de vivre avec leurs parents<sup>(8)</sup>.

Hormis une décision où la Cour estime qu'une différence de traitement entre pères mariés et pères non mariés dans l'automaticité d'octroi des prérogatives d'autorité parentale poursuit un objectif légitime de recherche du « parent méritant » et ne présente pas de caractère disproportionné<sup>(9)</sup>, sa jurisprudence tend à équilibrer les rapports entre père non marié et mère de l'enfant quant à l'autorité parentale<sup>(10)</sup>. Elle estime que l'article 8 exige que les autorités nationales ménagent un juste équilibre

25 janvier 1996 ; Conv. internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 ; Conv. de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 25 octobre 1980 ; Conv. de Luxembourg relative à la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'autorité parentale du 20 mai 1980 ; Règl. (CE) n° 2201/2003 du Conseil des Ministres de l'Union européenne du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le Règlement (CE) n° 1347/2000 (Bruxelles IIbis) ; Convention de la Haye du 19 octobre 1996 relative à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants. Pour un relevé complet des sources : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., pp. 491-503. Adde : H. FULCHIRON, « Chronique Vie privée et familiale », *J.E.D.H.*, 2014, p. 681 ; N. GALLUS, « Les relations parentales et la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. dr. U.L.B.*, 2005, pp. 51 et s. et « La séparation du couple », in *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme* (F. KRENC et M. PUÉCHAVY éd.), Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 55-87 ; G. MATHIEU, et G. WILLEMS, « Origines, parentalité et parenté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », o.c., p. 35 ; N. MATHIEU, « Séparation des parents et garde d'enfant – Le point sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. D.H.*, 2013, p. 39 ; W. VANDENHOLE, « Twintig jaar kinderrechtenverdrag (1989-2009) : een Belgische stand van zaken », *R.W.*, 2009-2010, p. 386 ; G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011) », o.c., pp. 79 et s. (7) Pour une analyse approfondie en ce sens, avec une critique des réticences de la jurisprudence de la C.E.D.H. à ce égard, en partie liées aux restrictions du droit d'accès du mineur à la Cour : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., pp. 597-621.

(8) Pour un commentaire : G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2005-2008) », o.c., n°s 68 et s. Voy. not. C.E.D.H., *R.M.S. c. Espagne*, arrêt du 18 juin 2013, *J.C.P.*, 2013, p. 844, *A.J.F.*, 2013, p. 55. Voy., aussi : Cass., 24 octobre 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 713 (somm.).

(9) C.E.D.H., *Mc Michael c. Royaume-Uni (Ecosse)*, arrêt du 24 février 1995, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 307-B, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 236, *D.*, 1995, p. 449, note. Voy. : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., p. 542, n° 736.

(10) Sur la situation défavorable des pères allemand et anglais non mariés avant l'intervention de la Cour dans les arrêts *Elsbolz*, *Sommerfeld* et *Sabin*, cités ci-après : A. BAINHAM, « When is a Parent not a Parent ? Reflections on the Unmarried Father and his Child in English Law », *International Journal of Law and the Family*, 1989, p. 208.

entre les intérêts de l'enfant et ceux des parents, en attachant une importance particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant qui, selon la nature et la gravité de la situation, peut l'emporter sur celui des parents<sup>(11)</sup>.

La Cour a ainsi condamné sur la base de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme la faculté pour une mère de s'opposer aux contacts entre le père et l'enfant parce que, comme dit ci-dessus, pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale, même si la relation entre les parents s'est rompue<sup>(12)</sup>.

Pour la même raison, confier la garde de deux enfants à la partenaire lesbienne de leur mère décédée viole le droit du père à la protection de sa vie familiale lorsque cette décision est prise d'une manière qui a légitimement donné à l'intéressé l'impression qu'on avait laissé la compagnie de la mère manipuler les enfants et que la justice le privait de façon injustifiée de son rôle de parent<sup>(13)</sup>.

La Cour a également jugé discriminatoire (art. 8 et 14 combinés) qu'un père non marié avec la mère doive prouver plus lourdement qu'un père divorcé la conformité des contacts personnels à l'intérêt de l'enfant<sup>(14)</sup>.

En outre, la Cour considère comme discriminatoire une législation donnant une priorité aveugle au droit pour les parents juridiques d'un enfant d'entretenir des contacts avec celui-ci, par opposition au droit de son parent biologique<sup>(15)</sup>.

De fait, la Cour européenne est particulièrement attentive au droit processuel de l'autorité parentale, notamment en raison de ses effets potentiellement délétères sur les relations parentales<sup>(16)</sup>. Pour respecter les intérêts en présence, il faut, dans toute procédure relative à l'autorité parentale, faire preuve de diligence pour que l'écoulement du temps ne

(11) C.E.D.H., *C. c. Finlande*, arrêt du 9 mai 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 958 (somm.), *T.J.K.*, 2006, p. 329, note M. VERHEYDE ; C.E.D.H., *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, arrêt du 25 janvier 2000, *CEDH*, 2000-I, p. 205, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 429, *Rev. dr. étr.*, 2000, p. 331, note J. INGBER ; C.E.D.H., *Neulinger en Shuruk c. Suisse*, arrêt du 6 juillet 2010, *Juristenkrant*, 2010, p. 6, *J.D.J.*, 2010, n° 238, p. 39, *Rev. dr. étr.*, 2010, p. 578 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1173 (somm.), note S. SAROLEA, *R.W.*, 2012-2013, p. 476 ; C.E.D.H., *X. c. Lettonie*, arrêt du 26 novembre 2013, *Juristenkrant*, 2014, p. 4, *N.J.B. (Pays-Bas)*, 2014, p. 405, *T. Strafr.*, 2014, p. 79.

(12) C.E.D.H., *Elsholz c. Allemagne*, arrêt du 13 juillet 2000, *CEDH*, 2000-VIII, p. 345, *J.D.J.*, 2001, n° 202, p. 48, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 128.

(13) C.E.D.H., *C. c. Finlande*, arrêt du 9 mai 2006, précité.

(14) C.E.D.H., *Sabin c. Allemagne*, arrêt du 8 juillet 2003, *CEDH*, 2003-VIII, p. 63, *R.W.*, 2004-2005, p. 356, obs. N. VAN LEUVEN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 546, note M. DEMARET ; C.E.D.H., *Sommerfeld c. Allemagne*, arrêt du 8 juillet 2003, *CEDH*, 2003-VIII, p. 137, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 173, note J.-L. RENCHON.

(15) C.E.D.H., *Schneider c. Allemagne*, arrêt du 15 septembre 2011, *N.J.B. (Pays-Bas)*, 2011, p. 2588.

(16) N. GALLUS, « Les relations parentales et la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *o.c.*, pp. 33-34 ; G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2005-2008) », *o.c.*, n° 94.

vide pas les demandes de leur objet<sup>(17)</sup>, rassembler suffisamment d'éléments pour prendre une décision motivée (ex. : audition de l'enfant, expertise psychologique, etc.)<sup>(18)</sup> et ne pas fonder celle-ci sur des critères discriminatoires tels que l'homosexualité ou la religion d'un parent<sup>(19)</sup>.

Enfin, la Cour insiste de manière récurrente sur l'obligation positive qu'ont les autorités nationales de déployer des efforts adéquats pour faciliter les contacts entre parents et enfants<sup>(20)</sup>, et en particulier faire respecter les décisions de justice en matière d'autorité parentale, notamment par la mise en œuvre des mécanismes de la Convention de La Haye du 28 octobre 1980 dans les litiges transfrontaliers<sup>(21)</sup>. La Cour considère

(17) C.E.D.H., *Nuutinen c. Finlande*, arrêt du 27 juin 2000, CEDH, 2000-VIII, p. 49, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 337 ; C.E.D.H., *Hokkanen c. Finlande*, arrêt du 23 septembre 1994, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 299-A, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 97 ; C.E.D.H., *Van den Berg et Sarri c. Pays-Bas*, arrêt du 2 novembre 2010, *N.J.B. (Pays-Bas)*, 2011, p. 368 (non violation) ; C.E.D.H., *B. c. Belgique*, arrêt du 10 juillet 2012, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 210, note B. JACOBS, *Juristenkrant*, 2012, p. 16, *T. Strafr.*, 2012, p. 378.

(18) C.E.D.H., *Sabin c. Allemagne*, arrêt du 8 juillet 2003, précité ; C.E.D.H., *Küçük c. Turquie et Suisse*, arrêt du 17 mai 2011, *N.J.B. (Pays-Bas)*, 2011, p. 1783 (non violation).

(19) C.E.D.H., *Palau-Martinez c. France*, arrêt du 16 décembre 2003, *D.*, 2004, p. 1261, note F. BOULANGER, *D.*, 2004, p. 1058, obs. L. BURGOGUE-LARSEN, *Rev. trim. dr. civ.*, 2004, p. 78, obs. J. HAUSER ; C.E.D.H., *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, arrêt du 21 décembre 1999, CEDH, 1999-IX, p. 309, *J.C.P.*, 2000, I, 203, obs. F. SUDRE, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 696, *E.J.*, 2000, p. 106, note D. VAN GRUNDERBEECK, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 185, *NJCM-Bulletin*, 2000, p. 880, note C.J. FORDER, *J.J.P.*, 2002, p. 252, note D. VAN GRUNDERBEECK ; C.E.D.H., *Hoffman c. Autriche*, arrêt du 23 juin 1993, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 255-C, *J.D.J.*, 1993, n° 129, p. 25, *D.*, 1994, p. 326, note J. HAUSER, *Rev. trim. dr. europ.*, 1994, p. 405, note J. MORANGE. Applications : Bruxelles, 25 novembre 1999, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 771 (religion) ; Civ. Namur, 14 février 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1052 (religion) ; Civ. Anvers, 5 juillet 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 60 (homosexualité) ; Civ. Bruxelles, 22 juin 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 161 (homosexualité) ; J.P. Landen-Zoutleewu, 18 décembre 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 1472, *J.D.J.*, 2003, n° 228, p. 36 (somm.) (homosexualité) ; C.E.D.H., *Vojnity c. Hongrie*, arrêt du 12 février 2013, *N.J.B. (Pays-Bas)*, 2013, p. 684 (religion).

(20) ; C.E.D.H., *Zhou c. Italie*, arrêt du 21 janvier 2014, *N.J.B. (Pays-Bas)*, 2014, p. 856 ; C.E.D.H., *Penchevi c. Bulgarie*, arrêt du 10 février 2015, *Revue@dipr.be*, 2015, p. 8 (somm.), note L. DESCHUYTENEER ; C.E.D.H., *Zavrel c. République tchèque*, arrêt du 18 janvier 2007, *J.D.J.*, décembre 2007, p. 33 ; C.E.D.H., *Reigado Ramos c. Portugal*, arrêt du 22 novembre 2005, *Dr. fam.*, janvier 2006, n° 4 ; C.E.D.H., *Zawadka c. Pologne*, arrêt du 23 juin 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 956, note M. DEMARET ; C.E.D.H., *Sophia Gudrun Hansen c. Turquie*, arrêt du 23 septembre 2003, *Dr. Q. M.*, 2001, p. 15, note P. BROUWERS, *NjW*, 2003, p. 1154, note EvB ; C.E.D.H., *Scozari et Giunta c. Italie*, arrêt du 13 juillet 2000, CEDH, 2000-VIII, p. 401, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 359, *R.W.*, 2002-2003, p. 554, note N. VAN LEUVEN ; C.E.D.H., *Johansen c. Norvège*, arrêt du 7 août 1996, *J.D.J.*, 1997, p. 42 ; C.E.D.H., *Hokkanen c. Finlande*, arrêt du 23 septembre 1994, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 299-A ; C.E.D.H., *Margareta et Roger Andersson c. Suède*, arrêt du 25 février 1992, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 226-A ; C.E.D.H., *Eriksson c. Suède*, arrêt du 22 juin 1989, *Publ. C.E.D.H.*, Série A, n° 156. Le fait que les mesures prises par les autorités pour assurer le respect des décisions judiciaires ne soient pas suivies d'effets n'implique pas nécessairement la violation de l'art. 8 (C.E.D.H., *Mihailova c. Bulgarie*, arrêt du 12 janvier 2006 ; C.E.D.H., *Glaser c. Royaume-Uni*, arrêt du 19 septembre 2000). Le refus de prolongation d'un permis de séjour pendant la procédure concernant un droit aux relations personnelles peut en revanche constituer une ingérence injustifiée dans la vie familiale (C.E.D.H., *Ciliz c. Pays-Bas*, arrêt du 11 juillet 2000, *N.J.B. (Pays-Bas)*, 2000, p. 1752).

(21) C.E.D.H., *Maire c. Portugal*, arrêt du 26 juin 2003, CEDH, 2003-VII, p. 309, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 665, note E. LANGENAKEN ; C.E.D.H., *Iglesias c. Espagne*, arrêt du 29 avril 2003, CEDH, 2003-V, p. 247, *J.D.J.*, 2003, n° 228, p. 24, note D. DELVAX ; C.E.D.H., *Sylvester c. Autriche*, arrêt du 24 avril 2003, *J.C.P.*, 2003, I, 160 ; C.E.D.H., *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, arrêt du 25 janvier 2000, CEDH, 2000-I, p. 205, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 429, *Rev. dr. étr.*, 2000, p. 331, note

notamment que l'exécution forcée des décisions relatives aux enfants, bien que non souhaitable, ne doit pas être exclue lorsqu'un parent méconnaît une décision judiciaire<sup>(22)</sup>.

Le droit belge n'est guère critiquable (ni critiqué) au regard des principes synthétisés ci-dessus. Le dernier débat législatif ne s'est plus focalisé sur les titulaires, mais sur l'exercice de l'autorité parentale. La loi du 13 avril 1995 a rendu celle-ci conjointe, sauf exceptions dans l'intérêt de l'enfant, quel que soit le statut du couple parental et son état de fait, et la loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire en cas de séparation des parents parfait cette évolution sur le plan des relations personnelles. La progression de l'égalité parentale s'accompagne d'un interventionnisme accru de l'autorité, principalement judiciaire<sup>(23)</sup>, les conflits n'étant plus tranchés par le « puissant paternel ».

La prochaine évolution de la matière, encouragée par la multiplication des recompositions familiales<sup>(24)</sup>, devrait être son découplage avec la filiation et l'instauration d'une « parenté sociale » où seront centraux

J. INGBER ; C.E.D.H., *Van den Berg et Sarri c. Pays-Bas*, arrêt du 2 novembre 2010, *N.J.B. (Pays-Bas)*, 2011, p. 368 ; C.E.D.H., *Neulinger en Shuruk c. Suisse*, arrêt du 6 juillet 2010, *Juristenkrant*, 2010, p. 6, *J.D.J.*, 2010, n° 238, p. 39, *Rev. dr. étr.*, 2010, p. 578 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1173 (somm.), note S. SAROLEA, R.W., 2012-2013, p. 476 ; C.E.D.H., *Küçük c. Turquie et Suisse*, arrêt du 17 mai 2011, *N.J.B. (Pays-Bas)*, 2011, p. 1783 ; C.E.D.H., *Sneerson et Kampanella c. Italie*, arrêt du 12 juillet 2011, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2012, p. 172, note H. MUIR WATT ; C.E.D.H., *B. c. Belgique*, arrêt du 10 juillet 2012, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 210, note B. JACOBS, *Juristenkrant*, 2012, p. 16, *T. Strafr.*, 2012, p. 378 ; C.E.D.H., *X. c. Lettonie*, arrêt du 26 novembre 2013, *Juristenkrant*, 2014, p. 4, *N.J.B. (Pays-Bas)*, 2014, p. 405, *T. Strafr.*, 2014, p. 79 ; C.E.D.H., *M.A. c. Autriche*, arrêt du 15 janvier 2015, *Revue@dipr.be*, 2015, p. 9 (somm.), note L. DESCHUYTENEER. Pour plus de détails : C. AVASILENCE, « Obligations procédurales 'inhérentes' à l'article 8 CEDH lorsque les juridictions nationales mettent en œuvre la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants dans l'hypothèse d'une demande de retour d'un État membre de l'Union européenne vers un État tiers », *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2015, p. 422 ; S. DEMARS, « L'enlèvement international des enfants », in *L'enfant et les relations familiales internationales* (J.-L. RENCHON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 363 ; L. DESCHUYTENEER, « Recent case law of the European Court of Human rights on international parental child abduction. The application of Articles 6 and 8 of the European Convention on Human Rights », *Revue@dipr.be*, 2015, pp. 147 et s. ; H. FULCHIRON, « Chronique Vie privée et familiale », *o.c.*, p. 682 ; S. GOOSSENS, « L'évolution récente de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'enlèvement international d'enfants », in *Familles : union et désunion. Commentaire pratique* (J. FIERENS éd.), Waterloo, Kluwer, 2012, VII. II.2.1.-1 ; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginnelsen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, *o.c.*, pp. 563 et s., n°s 765 et s. ; P. VLAARDINGBROEK, « Internationale kinderontvoering en het EHRM », *N.I.P.R.*, 2014, p. 12. (22) C.E.D.H., *Sophia Gudrun Hansen c. Turquie*, arrêt du 23 septembre 2003, *Dr. Q. M.*, 2001, p. 15, note P. BROUWERS, *NjW*, 2003, p. 1154, note EvB ; C.E.D.H., *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, arrêt du 25 janvier 2000, *CEDH*, 2000-I, p. 205, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 429, *Rev. dr. étr.*, 2000, p. 331, note J. INGBER.

(23) D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginnelsen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, *o.c.*, pp. 489-490, n° 671. Dans le même sens : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 512, n° 862.

(24) S. CAP et J. SOSSON, « La place juridique du tiers au lien de filiation », in *Filiation et parentalité* (J.-L. RENCHON et J. SOSSON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 267 ; N. GALLUS (éd.), *Les recompositions familiales*, Limal, Anthemis, 2015 ; F. SWENNEN, « Rechten van niet-ouders met betrekking tot minderjarigen », in *Ouders en kinderen* (P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHULDEN éd.), Antvers, Intersentia, 2013, p. 257.

les liens de proximité affective ou les représentations de rôles parentaux dissociés de la filiation. Notre droit demeure, de l'aveu même de la Cour d'arbitrage, en défaut de satisfaire le besoin de réglementation de la situation des « parents éducatifs »<sup>(25)</sup> (*infra*, n° 753). Aucune proposition de réglementation n'a abouti, vu la complexité des situations de fait, indiquant probablement la limite du droit législatif en ce domaine<sup>(26)</sup>.

**747. Autorité parentale au sens strict et prérogatives sur l'état de l'enfant.** La doctrine induit des nombreuses prérogatives parentales en rapport avec l'état de la personne de l'enfant, l'existence d'une autorité parentale « au sens large »<sup>(27)</sup> dont le régime serait soustrait au droit commun de l'autorité parentale « au sens strict », la seule qui nous retiendra par la suite. Les dérogations au droit commun de l'autorité parentale portent principalement sur la solution apportée aux désaccords entre titulaires ou aux incapacités de fait, et sur la compétence judiciaire en cas de conflit ; elles sont généralement précisées dans les dispositions accordant la prérogative. On y range le consentement des parents au mariage (art. 148), à l'adoption (art. 348-3) et à la tutelle officieuse (art. 475*bis*), la demande en nullité du mariage de l'enfant mineur (art. 191), la délégation à un tiers du choix de l'adoptant (art. 348-9), le consentement à l'émancipation (art. 477), le droit de demander la mise sous statut de minorité prolongée (art. 487*ter*, al. 1<sup>er</sup>), l'assistance en vue du contrat de mariage (art. 1397), le consentement à la reconnaissance de son enfant mineur (art. 329*bis*, § 2, et 332*quinquies*, § 2), la requête en changement de nom ou de prénom (art. 2, al. 2, L. du 15 mai 1987) et la déclaration réclamant l'attribution de la nationalité belge (art. 8, § 1<sup>er</sup>, et 9, 2° C. nat.). L'émancipation ne met pas fin à cette autorité parentale au sens large<sup>(28)</sup>.

**748. Tutelle officieuse.** La tutelle officieuse, envisagée à l'origine par le Code civil comme phase préparatoire à l'adoption, a survécu aux multiples réformes de cette institution<sup>(29)</sup>. La dernière en date (L. du 24 avril

(25) Sur cette question : C.A., 8 octobre 2003, n° 134/2003, *E.J.*, 2003, p. 134, note P. SENAËVE, *NjW*, 2004, p. 80, note RdC, *R. W.*, 2003-2004, p. 1016, notes T. ROBERT et V. VERLINDEN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 185, note J.-L. RENCHON, *J.L.M.B.*, 2004, p. 120 (somm.) ; Y.-H. LELEU, « Parenté sociale et adoption homosexuelle », *o.c.*, p. 7, note 31.

(26) Pour une synthèse des propositions législatives : N. UYTENDAELE, « Modalités d'hébergement, rôle des parents et beaux-parents et exercice de l'autorité parentale – Le point de vue du juriste », in *Les recompositions familiales* (N. GALLUS éd.), Limal, Anthemis, 2015, pp. 99-101, n° 4.

(27) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, *o.c.*, pp. 967-968, n° 1008 ; Y.-H. LELEU, « Le nom et les prénoms de l'enfant. Attribution, choix et changement », *o.c.*, p. 273 ; J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 374, n° 17 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, nos 1039 et 1072 ; J. SOSSON, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », *o.c.*, p. 122, n° 11 ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 513-514, n° 864.

(28) P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n° 1164.

(29) Voy. : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, *o.c.*, p. 1092 ; G. HIERNAUX, « L'autorité parentale et le rôle des tiers », in *Les recompositions familiales*,

2003) remanie la phase préliminaire de l'adoption et rend cette institution plus discrète que jamais.

La tutelle officieuse a pour effet principal de créer entre un enfant et le tuteur officieux<sup>(30)</sup> (âgé de plus de 25 ans) un lien juridique qui confère au second les charges d'entretenir, d'éduquer le mineur et de le conduire à « gagner sa vie » (art. 475*bis*, al. 1<sup>er</sup>)<sup>(31)</sup>.

En contrepartie, le tuteur officieux se voit investi de certaines prérogatives de l'autorité parentale, comme l'éducation et les soins de l'enfant et l'administration de ses biens, cette dernière étant toutefois amputée du droit de jouissance légale<sup>(32)</sup>.

Les père et mère du pupille conservent le droit d'éducation et de contact avec l'enfant et le pouvoir de décision quant aux options fondamentales. Cette dernière caractéristique empêche la tutelle officieuse d'être mise à profit *de lege lata* dans la problématique de la parenté sociale. Elle peut en revanche servir à la reconnaissance d'une *kefala* islamique qui, au contraire de l'adoption, ne rompt pas les liens originaires<sup>(33)</sup>.

De nature contractuelle – fait exceptionnel en matière d'autorité parentale et, depuis peu, en matière d'adoption –, la tutelle officieuse est mise en place devant notaire ou devant le juge de paix de la résidence du mineur (art. 475*ter*, al. 1<sup>er</sup>) avant d'être entérinée par le tribunal de la famille (art. 475*ter*, al. 2, réd. L. 30 juillet 2013), qui contrôle le respect des conditions légales et la conformité de la convention à l'intérêt de l'enfant<sup>(34)</sup>.

La tutelle officieuse prend fin à la majorité du pupille (art. 475*quinquies*, al. 1<sup>er</sup>), par son adoption ou par le décès du tuteur ou du pupille (art. 475*quinquies*, al. 2 et 3). Le tribunal de la famille peut également y mettre fin anticipativement pour motifs graves (art. 475*sexies*)<sup>(35)</sup>, ce qui ne décharge pas automatiquement le tuteur officieux de ses obligations (art. 475*sexies*, al. 3, réd. L. 30 juillet 2013).

N. GALLUS (éd.), Limal, Anthemis, 2015, p. 83.

(30) En faveur de la faculté pour deux époux d'exercer la tutelle officieuse, non prévue par la loi : Gand, 10 décembre 1975, *R.W.*, 1977-1978, col. 1259, note J. PAUWELS.

(31) La défaillance de cette obligation est susceptible d'engager la responsabilité du tuteur officieux (art. 475*quinquies*, al. 1<sup>er</sup>).

(32) Le tuteur officieux ne peut pas non plus imputer sur les revenus de l'enfant les dépenses liées à son entretien (art. 475*quater*, al. 1<sup>er</sup>). Les père et mère sont également privés de ce droit (art. 475*quater*, al. 3).

(33) Bruxelles, 1<sup>er</sup> octobre 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1257 ; Bruxelles, 28 novembre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 90.

(34) Civ. Bruxelles (jeun.), 25 octobre 1995, *J.D.J.*, 1996, p. 37, note B. VAN KEIRSBILCK.

(35) Civ. Gand (jeun.), 8 mai 2008, *T. Fam.*, 2009, p. 31, note R. VASSEUR (rejet malgré un conflit de générations et des incidents).

## SECTION 2

### Prérogatives

**749-750. I. Droit d'éducation et de contact avec l'enfant.** Le droit d'éducation, à préférer à toute terminologie incluant « garde »<sup>(36)</sup>, confère aux parents des droits sur la personne de l'enfant qui limitent sa liberté d'aller et venir et sa vie privée. Il regroupe l'ancienne notion de « garde matérielle », à savoir le droit de proximité physique et de contacts avec l'enfant, et ce que l'on qualifiait improprement de « garde juridique », à savoir le droit-devoir de prendre soin de l'enfant et d'être affectivement proche de lui.

Le droit d'éducation a une double composante, matérielle et intellectuelle.

L'autorité parentale confère à son titulaire le privilège et la responsabilité d'éduquer l'enfant, de le conduire à l'autonomie en lui transmettant savoir et culture. Le droit d'éducation permet de diriger la vie de l'enfant au quotidien comme sur le long terme. On ne confondra pas éducation et enseignement, le second relevant de la mise en œuvre de la première<sup>(37)</sup>.

Le droit d'éducation comprend un droit de décision sur les options plus fondamentales, à exercer conjointement ou exclusivement, en principe sans considération de l'hébergement de l'enfant<sup>(38)</sup>. L'exercice exclusif de l'autorité parentale démembrer le droit d'éducation de la manière suivante : au parent attributaire le droit d'éducation proprement dit ; à l'autre un droit de surveillance et d'information assurant l'effectivité du contrôle judiciaire (art. 374, § 1<sup>er</sup>, al. 4 – *infra*, n° 765).

Les prérogatives éducationnelles peuvent s'inférer de l'énumération légale des points de désaccord justifiant la mise en place d'un exercice exclusif de l'autorité parentale (art. 374, § 1<sup>er</sup>, al. 2). Elles concernent le

(36) Les distinctions proposées et la terminologie correspondent à l'organisation de l'exercice de l'autorité parentale mise en place par la loi du 13 avril 1995. Elles font l'objet de discussions doctrinales. Pour d'autres classifications, globalement similaires : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., pp. 985 et s., n°s 1032 et s. ; J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », o.c., pp. 372 et s., n°s 17 et s. ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n°s 1043 et s. ; J. SOSSON, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », o.c., p. 148, n° 48.

(37) Sur les tensions entre l'obligation scolaire et le droit d'éducation, voire d'enseignement, des parents (art. 2, 1<sup>er</sup> protocole additionnel à la C.E.D.H.), voy. l'abondante jurisprudence européenne citée par D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., p. 515, n° 702.

(38) Pour une analyse originale de ces décisions au regard de leurs effets et des conséquences de leur prise unilatérale (voie de fait) : N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, o.c., pp. 282 et s.

choix du domicile<sup>(39)</sup> et du cadre de vie, les orientations philosophique, religieuse et idéologique de l'enfant<sup>(40)</sup>, le choix de sa langue, de son lieu et mode d'enseignement<sup>(41)</sup>, l'organisation de ses loisirs<sup>(42)</sup>, son affiliation à des groupes et organisations, ainsi que certains aspects de sa santé et de sa vie sexuelle<sup>(43)</sup>. Dans ces derniers domaines, la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient et, bien avant, celle dépénalisant l'avortement, ont accru l'autonomie du mineur quant à son corps (art. 12, L. du 22 août 2002 ; *supra*, nos 121 et 254)<sup>(44)</sup>.

Selon la Cour de cassation, le parent à qui le droit d'éducation est confié par décision judiciaire doit s'efforcer de convaincre l'enfant de se conformer à l'exercice du droit aux relations personnelles de l'autre parent, et à tout le moins adopter une attitude positive dans la mise en œuvre du démembrement de l'autorité parentale<sup>(45)</sup>. À défaut, ce parent pourrait faire l'objet de poursuites pénales pour non-représentation d'enfant (art. 432 C. pén.).

(39) F. DELOGNE, « La domiciliation de l'enfant en hébergement égalitaire : enjeux et projet de réforme », *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 605.

(40) Civ. Arlon (réf.), 23 novembre 2003, *Journ. proc.*, 2003, n° 470, p. 30, note J.-M. DERMAGNE ; Civ. Anvers (jeun.), 22 juin 2001, R.G.D.C., 2002, p. 169, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 239 (somm.) ; Civ. Verviers, 2 décembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1443 ; G. MAES, « Het grondrecht op geloofsvoeding van minderjarigen. Een evenwichtsoefening tussen de rechten van de ouders en de eigen betrokkenheid van de minderjarige », *T.J.K.*, 2006, p. 226.

(41) Liège, 26 août 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 128 ; Bruxelles, 8 novembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 540 (choix d'une crèche ; milieu multiculturel et multilingue) ; Civ. Bruxelles (réf.), 5 octobre 1999, *J.T.*, 2001, p. 92, *J.D.J.*, 2001, n° 203, p. 57. Voy. : P. SENAËVE, « De rechter geconfronteerd met betwistingen tussen de ouders inzake schoolkeuzes », in *Ad amicissimum amici scripsimus. Vriendenboek Raf Verstegen*, Bruges, die Keure, 2004, p. 254.

(42) Mons, 21 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 434 (activité sportive).

(43) Sur l'autonomie du mineur dans ces matières hautement personnelles : A. NOTTET, « Mineurs et droits personnels », *o.c.*, p. 15 ; J.-L. RENCHON, F. REUSENS et G. WILLEMS, « Le droit au respect de la vie privée dans les relations familiales », *o.c.*, pp. 152-163.

(44) Civ. Namur (réf.), 9 mai 2003, *J.T.*, 2003, p. 754, *J.D.J.*, 2003, n° 228, p. 36 (somm.) (demande par le père d'une consultation obligatoire d'un psychologue suite à la découverte de l'homosexualité de son fils ; rejet). Sur la contraception et l'avortement : *supra*, nos 120-121 ; N. COLETTE-BASECQZ, S. DEMARS et M.-N. VERHAEGEN, « L'enfant mineur d'âge dans le contexte de l'activité médicale », *Rev. dr. santé*, 1997-1998, p. 184 ; N. GALLUS, « La capacité des mineurs face aux soins de santé », *o.c.*, p. 3 ; G. GENICOT, *Le droit médical et biomédical*, *o.c.*, pp. 190 et s. ; Y.-H. LELEU et S. DELVAL, « Autorité parentale et actes médicaux », *o.c.*, n° 214, pp. 29-30, nos 19-24 ; M.-N. VEYS, « Abortus bij minderjarige en wilsonbekwame patiënten : de rol van de Wet Patiëntenrechten en de noodtoestand », *o.c.*, pp. 158-159, n° 20.

(45) Cass., 31 mai 2011, *Pas.*, 2011, p. 1567, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 862 (somm.) ; Cass., 15 septembre 2010, *Rev. dr. pén.*, 2011, p. 308 ; Cass., 20 octobre 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 861 ; Cass., 5 septembre 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1082, *Pas.*, 2007, p. 1445 ; Cass., 11 octobre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2023, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 242 ; Cass., 9 octobre 2002, *J.T.*, 2003, p. 201 (somm.) ; Anvers, 18 février 2008, *R.A.B.G.*, 2008, p. 741. Dans le même sens, sous l'empire de l'ancien article 369bis C. pén. : Cass., 2 décembre 1997, *Diu. Act.*, 1998, p. 102, note *Pas.*, 1997, I, p. 1334 ; Cass., 29 novembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 1084, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 638, note L. STEVENS. Voy. égal. : Anvers, 21 avril 2004, *NjW*, 2004, p. 1167, note G.V. (cette attitude était en outre une cause de divorce) ; Gand, 12 décembre 1995, *R.W.*, 1996-1997, p. 159, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 236 (somm.). Sur le phénomène d'aliénation parentale, voy. les réf. citées *infra*, n° 761, note 147.

Au quotidien<sup>(46)</sup> et sur le plan matériel, le droit-devoir d'éducation implique la gestion des contacts avec l'enfant ; il rend possible la surveillance de l'enfant, la fourniture de soins nécessaires, permet la prise de décisions parfois importantes et crée le cadre d'une relation d'attachement<sup>(47)</sup>. La surveillance de l'enfant peut légitimer un droit de regard sur sa correspondance, sur ses centres d'intérêt et ses lectures, sur ses fréquentations... et des sanctions<sup>(48)</sup>.

La faculté de « retenir » l'enfant près de soi, de vivre avec lui, qui implique en principe l'hébergement de l'enfant, a d'importantes répercussions fiscales et sociales. L'hébergement conditionne la qualité d'enfant à charge en matière d'impôt sur les revenus et la qualité de bénéficiaire en matière d'allocations familiales<sup>(49)</sup>.

(46) Pour un relevé complet des prérogatives sans distinction entre décisions de la vie quotidienne et décisions plus fondamentales : N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, o.c., pp. 242-243.

(47) J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », o.c., p. 374, n° 17. Préférant individualiser un « droit de soin » (*recht van zorg*) : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 1045.

(48) Sur la délicate question des « châtiments corporels » administrés par les parents : C.E.D.H., A. c. *Royaume-Uni*, arrêt du 23 septembre 1998, CEDH, 1998-VI, p. 2692, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 473 ; Question de M. Olivier MAINGAIN au vice-premier ministre de la Justice et des Réformes institutionnelles sur « l'interdiction des châtiments corporels à l'encontre des enfants dans le cadre familial », C.R.I.V., Ch. repr., sess. 2008-2009, 5 novembre 2008, n° 52-COM/358, p. 14 ; X., « De 'pedagogische' tik ? », T.J.K., 2009, pp. 10-44 ; C.J. FORDER, « Opvoeding in het Verenigd Koninkrijk kan niet door de beugel : wel wortel, geen stok », *NJCM-Bulletin*, 1999, p. 380 ; D. VAN GRUNDBECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., pp. 516-518, n° 704 ; J.-C. WILLEMS (éd.), *Children's rights and human development : a multidisciplinary reader*, Anvers, Intersentia, 2010, pp. 321-404. Le Comité européen des droits sociaux a récemment conclu à la violation, par la Belgique, de l'article 17, § 1<sup>er</sup> de la Charte sociale européenne, du fait que le droit belge ne contient pas d'interdiction suffisante et effective des châtiments corporels à l'égard des enfants (C.E.D.S., *Association pour la protection des enfants (APPROACH) Ltd. c. Belgique*, décision du 20 janvier 2015, réclamation n° 98/2013).

(49) Pour plus de détails sur ces questions : C. AERTS, « De fiscaalrechtelijke aspecten van co-ouderschap », in *Verblijfsco-ouderschap. Uitvoering en sanctionering van verblijfs- en omgangsregelingen. Adoptie door personen van hetzelfde geslacht* (P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHULDEN éd.), Anvers-Oxford, Intersentia, 2007, p. 39 et « Fiscaalrechtelijke aspecten van verblijfsco-ouderschap. Commentaar op de Wet van 27 december 2006 », *T. Fam.*, 2007, p. 82 ; J.-E. BEERNAERT, « L'abattement fiscal pour enfants à charge dans tous ses états », in *Le conflit familial*, Commission famille du Barreau de Mons (éd.), Limal, Anthemis, 2015, p. 77 ; J.-E. BEERNAERT, « L'indexation annuelle des barèmes fiscaux (période imposable 2015 – exercice d'imposition 2016) », *Act. dr. fam.*, 2015, p. 26 ; J.-E. BEERNAERT, « Hébergement alterné et abattement fiscal pour enfants à charge », *Div. Act.*, 2003, p. 97 ; S. DEGRAVE, « Les impacts de la situation familiale sur les allocations familiales et les prestations familiales garanties », *Rev. dr. U.L.B.*, 2005, p. 115 ; G. HIERNAUX, « Difficultés actuelles en matière d'autorité parentale et d'hébergement », in *Filiation, autorité parentale et modalités d'hébergement* (A.-Ch. VAN GYSEL éd.), Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 142 ; F. KÉFER et Ch. DUMONT, « La notion d'élever l'enfant dans la réglementation des prestations familiales », in *Liber amicorum Paul Delnoy* (Chr. BIQUET-MATHIEU e.a. éd.), Bruxelles, Larcier, 2005, p. 281 ; O. MICHIELS, « Les conséquences de la séparation de fait et la sécurité sociale : les prestations familiales », in *Séparation de fait. Commentaire pratique* (G. BOLIAU éd.), Malines, Kluwer, feuillets mobiles ; O. MICHIELS, « Quand la coparenté s'imisce dans la matière des allocations familiales... Pièges pour le père qui héberge à titre principal ses enfants mineurs ? », *Div. Act.*, 1998, p. 115 ; O. MICHIELS, « Allocations familiales : une nouvelle opportunité pour le père de se voir attribuer la qualité d'allocataire dans les hypothèses d'autorité parentale conjointe », *Div. Act.*, 1999, p. 82 ; M. VALSCHAERTS, « La séparation – Aspects fiscaux », in *Mariage et fiscalité*, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 145 ; V. VERVLIEET,

La terminologie relative à l'hébergement a été remaniée en 1995. On évitera d'utiliser les anciens concepts de « droit de visite » ou d'« administration de la personne de l'enfant » dans les situations d'exercice exclusif de l'autorité parentale. En synthèse :

- Si l'autorité parentale est conjointe et que les parents vivent ensemble, le droit d'éducation est exercé par eux deux tandis que l'hébergement de l'enfant n'appelle aucun aménagement. L'hébergement est une notion factuelle et peut être assuré par d'autres personnes que les parents.
- Si l'autorité parentale est conjointe mais que les parents sont séparés (art. 374, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>), l'hébergement doit être organisé. Au quotidien le droit d'éducation est exercé par le parent qui héberge l'enfant ; l'entretien de contacts personnels avec l'enfant s'effectue à ces moments, sauf circonstances particulières (ex. : éloignement des parents – contacts par téléphone, *skype*, mail, etc.).
- Si l'exercice de l'autorité parentale a été confié à l'un des deux parents (art. 374, § 1<sup>er</sup>, al. 2), le droit d'éducation est démembré. Le parent attributaire de l'exercice de l'autorité parentale exerce ce droit au contact de l'enfant ; l'autre parent recueille un « droit aux relations personnelles » (art. 374, § 1<sup>er</sup>, al. 4) – la version moderne du « droit de visite » – qui lui permet, pendant des périodes de contact plus restreintes, d'exercer les principales prérogatives d'éducation (le recevoir, l'héberger, lui prodiguer soins et affection, etc.)<sup>(50)</sup>.

**751-752. II. Administration du patrimoine du mineur. Représentation. Jouissance légale.** Les parents administrent le patrimoine de leur enfant mineur (art. 376). Comme toute prérogative de l'autorité parentale, l'administration est finalisée dans l'intérêt de celui-ci. Elle n'est pas réductible à la notion d'« acte d'administration »<sup>(51)</sup> et s'apparente à une gestion de patrimoine. Elle appelle une démarche active<sup>(52)</sup>, visant à maintenir

« Kinderbijslag en (verblijfs)co-ouderschap », in *Verblijfsco-ouderschap. Uitvoering en sanctieering van verblijfs- en omgangsregelingen. Adoptie door personen van hetzelfde geslacht* (P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHÉLDEN éd.), Anvers-Oxford, Intersentia, 2007, p. 73.

(50) J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *o.c.*, p. 377, n° 20. Le droit aux relations personnelles n'est pas réductible au droit d'hébergement ; il est plus large ou plus étroit – *infra*, n° 764.

(51) Comp. : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n° 1048, qui distingue, à tort selon nous, les actes (d'administration au sens traditionnel du terme) que les parents accompliraient (seuls) en leur nom, de ceux qu'ils accompliraient (seuls ou habilités) au nom du mineur. Selon nous, même les actes d'administration (au sens traditionnel) du patrimoine du mineur – ex. : renouveler un bail de courte durée – sont accomplis en son nom et pour son compte.

(52) Ex. : Bruxelles, 25 mai 2010, R.G.A.R., 2010, n° 14.674, note, T.J.K., 2011, p. 68 (représentation des enfants dans l'introduction d'une procédure en réparation du dommage qu'ils ont subi).

la consistance de ce patrimoine et le faire fructifier. Elle n'autorise pas les parents à s'approprier le patrimoine de leur enfant ni à mal le gérer (art. 379).

En vertu de l'article 378 du Code civil, remanié par les réformes de la tutelle, les règles relatives à l'autorité parentale – exercice conjoint, exercice aménagé – qui concernent la prise de décision quant à l'acte d'administration du patrimoine de l'enfant doivent être combinées avec celles relatives à la *tutelle* – aptitude à accomplir seuls l'acte, habilitation judiciaire – qui concernent la mise en œuvre de cette décision (*supra*, n° 262) et avec celles relatives à la *minorité* – aptitude de l'enfant à accomplir seul l'acte, assistance, représentation – qui modulent l'autonomie de l'enfant mineur (*supra*, n° 252).

Le juge de paix saisi d'une demande d'autorisation d'accomplir un acte (art. 410) peut aussi trancher un désaccord entre les parents à propos de l'acte, comme le ferait le tribunal de la famille saisi d'un recours en matière d'autorité parentale (*infra*, n° 773).

Les parents représentent<sup>(53)</sup> leur enfant dans l'exercice de ses droits patrimoniaux (art. 376, al. 1<sup>er</sup> et 3) et extrapatrimoniaux<sup>(54)</sup>.

Contrairement à un administrateur-tiers, par exemple le tuteur, les parents<sup>(55)</sup> peuvent *consommer* les revenus du capital (non professionnels) du mineur<sup>(56)</sup>. Ils sont titulaires d'un « droit de jouissance légale » (art. 384) et ne rendent compte, à la majorité de l'enfant, que de l'administration du capital (art. 379).

Ce droit ressemble à maints égards à l'usufruit mais n'est pas disponible et relève de l'ordre public. Contrairement à l'usufruitier, les parents ont le pouvoir d'aliéner, avec l'autorisation du juge, l'assiette du droit de jouissance.

Le droit de jouissance légale se justifie en raison des devoirs parentaux d'éducation et d'entretien (art. 203)<sup>(57)</sup> et de la nécessité d'éviter les

(53) Les parents qui accomplissent des actes juridiques en leur qualité de représentants légaux de leur enfant mineur ne s'engagent pas en leur nom personnel, de sorte qu'ils n'engagent pas leur responsabilité contractuelle (Civ. Gand, 18 février 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 265 (somm.), *J.J.P.*, 2011, p. 204, note F. REUSENS).

(54) L'art 376, al. 1<sup>er</sup>, n'est pas de nature à limiter le pouvoir de représentation aux actes de l'administration du patrimoine du mineur (ex. : art. 331sexies) (P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 1051).

(55) Lorsque le juge constate l'impossibilité durable pour les parents d'exercer l'autorité parentale, il décide si cette impossibilité entraîne ou non la perte du droit de jouissance légale (art 1236bis, § 3, al. 1<sup>er</sup>, C. jud.). Le parent qui est indigne vis-à-vis de l'un de ses enfants est privé de son droit à la jouissance légale des biens de cet enfant (art. 387, réd. L. du 10 décembre 2012).

(56) Gand, 29 juin 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 895 (somm.), *NjW*, 2007, p. 136, note G.V. (la rente accordée en vertu de la loi sur les accidents de travail aux enfants d'une victime d'un accident du travail mortel est un revenu, objet du droit de jouissance légale de la mère) ; J.P. Charleroi, 29 mai 2002, *J.J.P.*, 2002, p. 426, *Rev. not. belge*, 2002, p. 94.

(57) Sur l'affectation des ressources du mineur à son entretien : *infra*, n° 790.

redditions de compte entre parents et enfant(s). La comparaison avec le tuteur est, à cet égard, édifiante.

Certains biens sont en outre soustraits à la jouissance légale. Ils demeurent administrés par les parents mais leurs revenus doivent être capitalisés :

- les biens acquis par le mineur dans l'exercice d'un travail rémunéré (art. 387)<sup>(58)</sup> ;
- les biens donnés ou légués au mineur sous condition que ses parents n'en jouiront pas (art. 387) ;
- les biens recueillis dans une succession de laquelle les parents sont exclus pour indignité (art. 730, réd. L. du 10 décembre 2012).

Traditionnellement, on admettait que le droit de jouissance légale ne s'exerçait pas sur l'épargne bancaire de l'enfant, pour stimuler celle-ci. Depuis que les articles 379, alinéa 2, et 776 réservent le droit de jouissance légale sur des fonds bloqués en banque, cette exception ne se justifie plus<sup>(59)</sup>.

Aux charges de l'usufruit (art. 386, 1<sup>o</sup>)<sup>(60)</sup>, la loi ajoute une obligation d'entretien des enfants « selon leur fortune » (art. 386, 2<sup>o</sup>). Autrement dit, si la fortune des enfants génère des revenus tels que les parents pourraient leur offrir une éducation et une formation de niveau supérieur à ce qu'autorisent leurs propres ressources, ils devront s'abstenir de consommer ces revenus et les affecter à ces devoirs (*infra*, n<sup>o</sup> 790)<sup>(61)</sup>.

(58) Sur la capacité du mineur de percevoir lui-même ses salaires et l'autorisation d'en disposer : *supra*, n<sup>o</sup> 253.

(59) Gand, 8 janvier 2004, *NjW*, 2004, p. 740, note G.V ; J.P. Fontaine-l'Évêque, 15 décembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1744 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 305 ; J.P. Zottegem, 24 mai 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 205, *J.J.P.*, 2013, p. 413. Pour plus de détails : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht, o.c.*, n<sup>o</sup> 1056. *Contra* : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., pp. 515-516, n<sup>o</sup> 867. Sur la gestion des capitaux et avoirs bancaires du mineur : *supra*, n<sup>os</sup> 300-301.

(60) Ex. : jouir des biens en bon père de famille ; dresser un inventaire des meubles et un état des immeubles (art. 600). Par dérogation, la loi dispense de donner caution (art. 601).

(61) L'art. 386, 3<sup>o</sup>, prescrit également le paiement des arrérages et intérêts des capitaux. Contrairement à l'usufruitier (art. 612), le titulaire du droit de jouissance légale est tenu des intérêts déjà échus, mais non encore liquidés, au moment de l'ouverture de l'usufruit, le capital du mineur pouvant ainsi rester intact. Les termes « intérêts et capitaux » doivent être interprétés très largement : ils comprennent tous les paiements périodiquement dus et devant être imputés sur le capital (P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht, o.c.*, n<sup>o</sup> 1063). Enfin, l'art. 386, 4<sup>o</sup>, met à charge du titulaire du droit de jouissance légale « les frais funéraires et de dernière maladie ». La loi ne précise pas qui est le défunt dont on assume ces frais, mais il est clair qu'il s'agit de celui dont l'enfant a hérité, ou celui dont le décès a entraîné l'ouverture du droit de jouissance légale (H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes, o.c.*, p. 1016, n<sup>o</sup> 1074).

## SECTION 3

### Titularité

**753. Notion. Parenté sociale.** La *titularité* de l'autorité parentale est le fait d'en détenir les prérogatives, pas de les exercer. Les parents de l'enfant sont titulaires de l'autorité parentale dès que la filiation est établie, et aucune autre personne ne peut l'être<sup>(62)</sup>. Le statut du couple – mariage, cohabitation légale, cohabitation de fait – est sans incidence.

Si l'enfant n'a qu'un seul parent, un seul parent en vie, un seul parent en état d'exercer l'autorité parentale ou un seul parent capable d'exprimer sa volonté, celui-ci est seul titulaire des prérogatives d'autorité parentale<sup>(63)</sup> ; la tutelle ne s'ouvre qu'en cas de décès ou d'incapacité des deux parents (art. 389 ; *supra*, n° 268).

L'autorité parentale est donc encore un effet juridique de la filiation – légale ou adoptive<sup>(64)</sup> – et non un dérivé de l'éducation ou de l'affection. La nécessité de prévoir, à côté de l'autorité parentale, une « parenté sociale » au profit du parent affectif ou éducatif (le beau-parent sociologique) est brûlante d'intérêt pour les familles recomposées et pour les couples de même sexe<sup>(65)</sup>.

Dans un arrêt du 8 octobre 2003<sup>(66)</sup>, la Cour d'arbitrage a critiqué la différence de traitement entre, d'une part, les enfants qui n'ont qu'une seule filiation établie mais vivent de manière durable au sein d'une famille composée de leur parent et d'un tiers qui les éduquent – en l'espèce la compagne de la mère – et, d'autre part, les enfants qui ont un double

(62) Civ. Charleroi (jeun.), 17 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1594 (grands-parents) ; G. HIERNAUX, « Difficultés actuelles en matière d'autorité parentale et d'hébergement », *o.c.*, p. 188, n° 56. Il n'est pas requis que le parent soit lui-même majeur (*supra*, n° 255) ; ce principe s'applique tant pour les actes relatifs à la personne que pour ceux relatifs aux biens des enfants du mineur.

(63) Même si le décès du parent intervient après un divorce et une période d'éducation de l'enfant par le parent décédé et son nouveau partenaire, ainsi devenu parent éducatif, ce qui ne va pas sans poser question et susciter un besoin de réglementation.

(64) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, *o.c.*, p. 982, n°s 1025 et 1026.

(65) Voy. not. : N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 411 et s. ; A. HUYGENS, « Persoonlijk gezag over minderjarige kinderen : quo vadis ? », *R.G.D.C.*, 2006, p. 567 ; Y.-H. LELEU, « Parenté sociale et adoption homosexuelle », *o.c.*, pp. 13-14 ; J.-L. RENCHON, « Parenté sociale et adoption homosexuelle. Quel choix politique ? », *o.c.*, p. 125 ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, pp. 423-430 ; F. SWENNEN et R. BARBAIX, « De verantwoordelijkheid voor 'koekoekskinderen' », in *Verantwoordelijkheid en recht* (M. ADAMS e.a. éd.), Malines, Kluwer, 2008, p. 45 ; A. VANDEKERCKHOVE, « Zorgouderschap ? Meerdere ouderschapsstatuten voor één kind ? », *T.J.K.*, 2006, p. 256.

(66) C.A., 8 octobre 2003, n° 134/2003, *E.J.*, 2003, p. 134, note P. SENAÈVE, *NjW*, 2004, p. 80, note RdC, *R.W.*, 2003-2004, p. 1016, notes T. ROBERT et V. VERLINDEN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 185, note (critique) J.-L. RENCHON ; voy. aussi l'ordonnance ayant posé la question préjudicielle : J.P. Anvers, 3 octobre 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 1188, note T. ROBERT, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 233 (somm.).

lien de filiation. Elle abandonna cependant la solution du problème au législateur, qui n'a d'autre choix, selon nous, que d'instaurer une parenté sociale, l'adoption endofamiliale nous paraissant disproportionnée par rapport à cet objectif<sup>(67)</sup>. La tâche s'avère ardue, à notre avis impossible par voie de normes générales et abstraites, en raison de la diversité des situations familiales<sup>(68)</sup>.

**754. Déchéance de l'autorité parentale.** La loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse prévoit plusieurs sanctions contre les parents en cas de dysfonctionnement de l'autorité parentale<sup>(69)</sup> : la tutelle aux prestations familiales<sup>(70)</sup> et la déchéance totale ou partielle de l'autorité parentale<sup>(71)</sup>. Seule la déchéance affecte la titularité de l'autorité de parents en vie et en état de l'exercer.

Sont concernés par cette mesure (art. 32, L. du 8 avril 1965) :

- le parent qui, par mauvais traitements, abus d'autorité, inconduite notoire ou négligence grave, mettrait en péril la santé<sup>(72)</sup>, la sécurité ou la moralité de son enfant<sup>(73)</sup> ;
- le parent qui serait condamné à une peine criminelle ou correctionnelle<sup>(74)</sup> de ce fait ;

(67) Y.-H. LELEU, note sous C.A., 3 mai 2000, n° 53/2000, *J.T.*, 2000, p. 539, n° 8.

(68) Pour une synthèse des propositions législatives : N. UYTENDAELE, « Modalités d'hébergement, rôle des parents et beaux-parents et exercice de l'autorité parentale – Le point de vue du juriste », *o.c.*, pp. 99-101, n° 4.

(69) Pour plus de détails : C. BOUDOT, *Des violences intrafamiliales perpétrées sur les enfants ... à la déchéance de l'autorité parentale*, Bruxelles, Larcier, 2010 ; B. DE SMET, *Jeugdbeschermingsrecht in hoofdlijnen*, 2<sup>e</sup> éd., *o.c.* ; J. PUT, *Handboek jeugdbeschermingsrecht*, Bruges, die Keure, 2006 ; M. PREUMONT, « La loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse », in *Mémento du droit de la jeunesse 2015*, Waterloo, Kluwer, 2014, pp. 175 et s. ; F. REUSENS, « 100 ans de la loi du 15 mai 1912 sur la protection de l'enfance : les mesures à l'égard des parents », *J.T.*, 2012, p. 390 ; F. TULKENS et Th. MOREAU, *Droit de la jeunesse. Aide, assistance, protection*, Bruxelles, Larcier, 2000.

(70) Elle remplace la personne qui élève effectivement l'enfant (le plus souvent un des parents) par un autre allocataire des allocations familiales, en vue d'assurer leur utilisation conformément à leur finalité. Voy. : F. REUSENS, « 100 ans de la loi du 15 mai 1912 sur la protection de l'enfance : les mesures à l'égard des parents », *o.c.*, p. 390 ; F. TULKENS et Th. MOREAU, *Droit de la jeunesse. Aide, assistance, protection*, *o.c.*, pp. 600 et s. ;

(71) Cass. fr., 27 mai 2010, *D.*, 24 juin 2010, p. 1485 (somm.) (date d'appréciation de la déchéance). F. TULKENS et Th. MOREAU, *Droit de la jeunesse. Aide, assistance, protection*, *o.c.*, pp. 604-610 ; P. SENAEVE, *Compendium van het jeugdbeschermingsrecht*, Louvain, Acco, 1998, pp. 53-54, n°s 73-76 ; J. SMETS, « Jeugdbeschermingsrecht », *o.c.*, pp. 231-294, n°s 586-756.

(72) En France : Pau, 15 décembre 1997, *J.C.P.*, 1998, IV, 3226 (meurtre de la mère par le père).

(73) Par négligence grave, il y a lieu d'entendre le comportement qui a sur l'enfant des effets néfastes non voulus directement ou indirectement et, par mauvais traitements, non seulement les souffrances physiques mais aussi morales qui perturbent les enfants (Cass., 8 octobre 2014, R.G. n° P. 14.1311.F., inédit).

(74) Cass., 4 septembre 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 555 (condamnations pénales encourues du chef d'abandon de ses enfants et mise en péril pendant dix ans de la santé et de la sécurité de ceux-ci). Comp., en France : Lyon, 22 mai 2001, *J.C.P.*, 2002, II, 10177, 2077, note Th. GARÉ (atteinte sexuelle par le père sur sa nièce, mineure de 15 ans ; pas de déchéance en l'absence de preuve de dangerosité pour ses enfants).

- le parent qui épouse (*sic*) une personne déchue de l'autorité parentale.

La déchéance est prononcée par le tribunal de la jeunesse sur réquisition du ministère public (art. 32, al. 3). Si elle est totale, elle entraîne la perte de toutes les prérogatives de l'autorité parentale<sup>(75)</sup>, du droit aux aliments, et du droit successoral (art. 33)<sup>(76)</sup>. Le tribunal de la jeunesse désigne la personne qui exercera ces prérogatives, sous son contrôle (protecteur) (art. 34).

La déchéance n'emporte privation du droit de consentir à l'adoption que si le jugement le stipule (art. 33)<sup>(77)</sup>. Bien qu'elle fasse l'objet d'une inscription au casier judiciaire (art. 63), la déchéance de l'autorité parentale demeure finalisée dans l'intérêt de l'enfant. Voulue principalement protectrice et non sanctionnatrice<sup>(78)</sup>, elle appelle néanmoins une interprétation stricte de ses conditions.

À l'instar des mesures de placement<sup>(79)</sup>, la déchéance de l'autorité parentale crée une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale et impose à l'autorité un soin particulier dans sa mise en œuvre<sup>(80)</sup>.

## SECTION 4

### Exercice

**755. Notion.** La question de l'exercice de l'autorité parentale se pose dès que plusieurs titulaires sont susceptibles de l'exercer. Il s'agit d'organiser leurs rapports et de résoudre les conflits. Le législateur a découpé autorité parentale et statut juridique du couple et prôné son exercice conjoint en manière telle que les critères pertinents sont devenus la *communauté de vie* des parents et leur *accord sur les options fondamentales* de l'éducation et de la gestion des biens de l'enfant.

(75) Devenu tiers vis-à-vis de l'enfant, le parent déchu de l'autorité parentale peut solliciter un droit aux relations personnelles (art. 375bis) : Civ. Liège (réf.), 8 décembre 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 701 ; *contra* : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., p. 637, n° 2134. Pour plus de détails : J. GERLO et G. VERSCHULDEN, *Handboek voor familierecht*, o.c., pp. 229-230, n° 680 ; F. REUSENS, « 100 ans de la loi du 15 mai 1912 sur la protection de l'enfance : les mesures à l'égard des parents », o.c., pp. 394 et 395.

(76) P. DELNOY, "L'indignité successorale", *Rev. dr. ULg.*, 2014.

(77) Cass., 20 mai 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 279 ; F. REUSENS, « 100 ans de la loi du 15 mai 1912 sur la protection de l'enfance : les mesures à l'égard des parents », o.c., p. 395.

(78) F. TULKENS et Th. MOREAU, *Droit de la jeunesse. Aide, assistance, protection*, o.c., p. 604.

(79) J. SOSSON, « Les aspects juridiques du droit belge en matière de formes alternatives d'accueil », in *Adoption et formes alternatives d'accueil*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1990, p. 153 ; Gand, 11 janvier 2010, *NjW*, 2011, n° 234, p. 24, note J. PUT, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 778 (somm.).

(80) C.E.D.H., *Haase c. Allemagne*, arrêt du 8 avril 2004, *T.J.K.*, 2004, p. 170, note M. V., *J.T.D.E.*, 2004, p. 158 (somm.) ; C.E.D.H., *M.D. c. Malte*, arrêt du 17 juillet 2012, *J.D.J.*, 2012, n° 319, p. 43 (violation des articles 6 et 8 C.E.D.H.).

## § I. Exercice conjoint

**756. Parents cohabitants. Principe.** Lorsque les parents cohabitent, l'autorité parentale est exercée conjointement. Ils doivent consentir à tous les actes relevant de l'autorité parentale, sans que l'un d'eux ne puisse agir d'initiative et empiéter sur les prérogatives de l'autre. Des recours *a priori* et *a posteriori* sont ouverts au parent évincé (art. 373, al. 1<sup>er</sup>, et 376, al. 1<sup>er</sup>).

C'est de cette manière que le législateur de 1995 a voulu responsabiliser les deux parents et leur assurer un rôle éducatif égal, notamment pour renvoyer à l'enfant l'image du principe d'altérité et du nécessaire respect de leur autorité partagée, le tout quel que soit le statut juridique ou l'état du couple auquel doit survivre le binôme parental<sup>(81)</sup>. Ce système rompt avec l'autorité parentale *concurrente* et, avant celle-ci, avec la *puissance paternelle*, dans un meilleur respect des droits fondamentaux de l'enfant et du principe d'égalité<sup>(82)</sup>.

L'exercice conjoint débute dès l'établissement de la filiation et subsiste tant qu'un juge ne s'est pas prononcé autrement à l'occasion d'une séparation, d'un divorce (art. 302), d'une demande relative à l'autorité parentale (art. 387*bis*) ou tant qu'une convention contraire n'a pas été conclue par les père et mère.

Si les parents cohabitent, l'*hébergement de l'enfant*, composante du droit d'éducation, n'appelle pas d'aménagement particulier, sauf s'il est préférable que l'enfant soit hébergé par un tiers<sup>(83)</sup>, par exemple un grand-parent, ou réside seul. Ces circonstances particulières ne paralysent pas l'exercice conjoint de l'autorité parentale et compliquent parfois sérieusement la prise de décisions par le tiers hébergeant<sup>(84)</sup>.

**757. Présomption d'accord parental à l'égard des tiers de bonne foi.** L'exercice conjoint de l'autorité parentale a des répercussions sur les

(81) En ce sens : J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *o.c.*, p. 384, n° 23 et « Le risque de rupture d'un lien parent-enfant », in *Filiation et parentalité* (J.-L. RENCHON et J. SOSSON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 234-235.

(82) Selon certains auteurs, l'exercice conjoint de l'autorité parentale ne serait pas imposé par les normes internationales, mais encouragé : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginnselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, *o.c.*, pp. 532 et s., n°s 725 et s. ; comp. : J.-L. RENCHON, *l.c.*

(83) S. CAP et J. SOSSON, « La place juridique du tiers au lien de filiation », *o.c.*, pp. 291-295 ; N. UYTENDAELE, « Modalités d'hébergement, rôle des parents et beaux-parents et exercice de l'autorité parentale – Le point de vue du juriste », *o.c.*, p. 101, n° 5.

(84) Bruxelles (jeun.), 2 mars 2009, *T.J.K.*, 2009, p. 339, note R. VASSEUR ; Civ. Liège (jeun.), 14 avril 2008, *J.D.J.*, 2008, n° 280, p. 35 ; Civ. Gand (jeun.), 10 avril 2008, *T.J.K.*, 2009, p. 345, note R. VASSEUR ; J.P. Westerlo, 26 février 2007, *R.W.*, 2007-2008, p. 660 (extraits), *NjW*, 2007, p. 420, note G.V., *J.J.P.*, 2007, p. 338, note N. DANDROY. Voy. : N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, *o.c.*, pp. 325-328 ; B. POELEMANS, « De nieuwe regeling van het ouderlijk gezag », *o.c.*, p. 79, n° 116 ; R. VASSEUR, « Over het (gebrek aan) grootouderlijk vorderingsrecht inzake ouderlijk gezag », note précitée.

rappports entre les parents et les tiers. Si l'exigence d'accord conjoint devait se traduire par une obligation systématique de double consentement, la vie juridique de l'enfant et de ses parents serait perturbée. Il est en effet indispensable que des actes de l'autorité parentale puissent être accomplis par un seul parent, par exemple dans les domaines scolaire, de la santé ou des loisirs. Telle était d'ailleurs la principale raison du régime ancien d'autorité parentale *concurrente*.

La loi prévoit donc qu'à l'égard des tiers de bonne foi, chacun des père et mère est réputé agir avec l'accord de l'autre quand il accomplit un acte seul (art. 373, al. 2, et 376, al. 2)<sup>(85)</sup>. On a pu écrire en France, d'où est originaire cette présomption (art. 372-2) : « chaque parent est deux, les deux parents sont en chacun, lorsque l'un agit seul »<sup>(86)</sup>.

La présomption<sup>(87)</sup> d'accord parental s'applique à tout acte de l'autorité parentale, y compris l'administration des biens<sup>(88)</sup> et la représentation de l'enfant<sup>(89)</sup>. Elle n'est, selon nous<sup>(90)</sup>, pas limitée comme en France aux actes « usuels » de l'autorité parentale<sup>(91)</sup>, sauf à considérer que la gravité de l'acte puisse être un critère d'appréciation de la bonne

(85) Voy. : Th. MOREAU, « La loi du 13 avril 1995 relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale », *Div. Act.*, 1995, p. 98, n° 3 ; J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *o.c.*, p. 394, n° 34 ; P. SENAËVE, « De wet van 13 april 1995 aangaande de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag en het omgangsrecht », *E.J.*, 1995, p. 35, n° 10 ; J. SOSSON, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », *o.c.*, p. 120, n° 9.

(86) G. CORNU, *Droit civil. La famille*, *o.c.*, p. 137, n° 83.

(87) Pour M<sup>me</sup> SOSSON, la présomption est à la fois une *règle de preuve* (dispense de produire la preuve de l'accord de l'autre) et une *règle d'exonération de responsabilité* (absence de reproche au tiers de bonne foi) (J. SOSSON, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », *o.c.*, pp. 119-120, n° 8). Pour VIEUJEAN, il s'agit d'une *règle de fond*, dès lors que le législateur ne tire pas une conséquence d'un fait connu à un fait inconnu, la bonne foi du tiers ne rendant pas vraisemblable l'accord des parents (E. VIEUJEAN, « L'autorité parentale », *Chron. dr. not.*, 1995, vol. XXII, p. 194, n° 13).

(88) Les formalités judiciaires qui entourent certains actes de l'administration du patrimoine de l'enfant associent ou exigent à tout le moins l'*information* des deux parents. Rappelons qu'en cas d'*opposition d'intérêts* entre les père et mère, le juge de paix peut autoriser l'un des parents à accomplir seul l'acte pour lequel l'autorisation est demandée (art. 378, § 1<sup>er</sup>, al. 5 ; *supra*, n° 265).

(89) Mons, 28 juin 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 94 ; Civ. Bruxelles, 26 juin 2000, *J.T.*, 2000, p. 722 ; J.P. Soignies-Le Roeulx, 14 mars 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 410 ; Civ. Gand, 18 février 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 265 (somm.), *J.J.P.*, 2011, p. 204, note F. REUSENS (recours de l'établissement de soins contre les deux parents). Dans le même sens : Th. MOREAU, « La loi du 13 avril 1995 relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale », *o.c.*, p. 99, n° 8 ; J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *o.c.*, p. 396, n° 36 ; J. SOSSON, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », *o.c.*, p. 124, n° 14 ; *contra* : P. SENAËVE, « De wet van 13 april 1995 aangaande de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag en het omgangsrecht », *o.c.*, p. 35, n° 9 et *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n°s 983 et 1228 ; rappr. : C.E., 18 septembre 2006, *A.P.M.*, 2006, p. 165 (somm.), *J.D.J.*, 2008, n° 275, p. 38 (somm.) ; C.E., 29 mars 2010, *T.B.P.*, 2011, p. 46 ; C.E., 18 juin 2010, *Rev. dr. étr.*, 2010, p. 148, note ; C.E., 16 septembre 2010, *A.P.T.*, 2010, p. 483 (somm.) ; C.E., 23 décembre 2011, *C.D.P.K.*, 2013, p. 210 (est irrecevable, la requête qui n'est introduite que par un seul des parents d'un enfant mineur lorsque l'autorité parentale est exercée conjointement).

(90) Dans le même sens : N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, *o.c.*, p. 247. Pour une critique : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 517, n° 870.

(91) Voy. not. : G. CORNU, *Droit civil. La famille*, *o.c.*, p. 138, n° 83.

foi du tiers<sup>(92)</sup>. Elle ne s'applique pas lorsque la loi prévoit expressément le double accord, principalement dans la matière de l'autorité parentale dite « au sens large » (*supra*, n° 747)<sup>(93)</sup>.

En précisant que la présomption d'accord parental ne vaut qu'à l'égard des *tiers*, la loi maintient conjointe la prise de décision par les parents. S'il y a désaccord sur l'acte accompli par l'un d'eux, un recours judiciaire *a posteriori* existe, dont l'incidence sur l'acte et, partant, sur la situation du tiers, ne dépend pas seulement de la bonne foi de celui-ci, mais aussi de l'intérêt de l'enfant au maintien de l'acte (*infra*, n° 775).

En réservant le bénéfice de la présomption aux tiers de *bonne foi*, la loi oblige le parent qui exerce un recours à prouver la mauvaise foi du tiers. Celle-ci s'entend au sens subjectif – le parent prouve qu'il avait informé<sup>(94)</sup> le tiers, de son désaccord – ou au sens objectif – le tiers était censé connaître le désaccord, soit en raison de sa proximité avec la famille<sup>(95)</sup>, soit en vertu d'un devoir d'investigation aggravé par l'importance de l'acte.

**758. Parents séparés : maintien de l'exercice conjoint et de la présomption d'accord. Hébergement de l'enfant.** Le législateur de 1995 a voulu éviter que la rupture affective n'ébranle le couple parental<sup>(96)</sup>. La séparation des parents et l'hébergement alternatif de l'enfant rendent certes plus difficile la communication et la prise de décision, mais n'ajoutent qu'une difficulté pratique à l'exercice conjoint de l'autorité parentale lorsque l'entente est préservée sur les options fondamentales de l'éducation des enfants. Le seul fait de la séparation n'est donc pas un motif suffisant pour déroger à la règle. Il se peut d'ailleurs qu'il n'y ait jamais eu de cohabitation entre les parents.

La présomption d'accord à l'égard des tiers de bonne foi sera certainement d'une grande utilité, tout comme les recours *a priori* ou

(92) En ce sens : Th. MOREAU, « La loi du 13 avril 1995 relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale », *o.c.*, p. 100, n° 9.

(93) J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *o.c.*, p. 395, n° 35 ; J. SOSSON, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », *o.c.*, p. 122, n° 11. *Contra* : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n° 1084, qui estime que la décision relative à un prélèvement d'organe *in vivo* était la seule exception légale en droit interne.

(94) En pratique : N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, *o.c.*, p. 247.

(95) Th. MOREAU, « La loi du 13 avril 1995 relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale », *o.c.*, p. 100, n° 9 ; J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *o.c.*, p. 399, n° 38 ; J. SOSSON, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », *o.c.*, p. 120, n° 9.

(96) Cass., 28 juin 2012, *T. Fam.*, 2013, p. 124, note B. VAN HEK, *Pas.*, 2012, p. 1506, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 108, *R.W.*, 2013-2014, p. 174, note, *T.J.K.*, 2012, note R. VASSEUR ; J.-L. RENCHON, « La fonction parentale au temps du divorce », *Ann. Dr. Louvain*, 1994, p. 275, n° 27 ; B. VINCK, « Ouderlijk gezag – Algemeen – Gezag over persoon minderjarige », *T.P.R.*, 2012, p. 2058.

*a posteriori*. La connaissance qu'aurait le tiers de la séparation des parents peut aider à apprécier sa bonne foi au sens objectif du terme.

La seule prérogative parentale réellement affectée par la séparation est l'hébergement de l'enfant. Le droit d'éducation demeure intact : celui qui héberge moins fréquemment l'enfant n'est pas pour autant réduit à un droit aux relations personnelles comme en cas d'exercice exclusif de l'autorité parentale. Les deux parents continuent d'exercer conjointement le droit d'éducation, tandis que chacun héberge alternativement l'enfant.

Les nécessités de la pratique commandent toutefois de tempérer quelque peu ces principes : les décisions éducatives de la vie quotidienne, que l'on range sous le volet purement matériel du droit-devoir d'éducation (ex. : soins médicaux quotidiens, suivi du travail scolaire, *etc.*), peuvent être prises par chaque parent pendant sa période d'hébergement sans concertation préalable, pour autant qu'elles n'empiètent pas sur le droit d'hébergement de l'autre parent (ex. : planification des activités extrascolaires)<sup>(97)</sup>. Par contre, les décisions éducatives qui transcendent le déroulement de sa vie quotidienne, moins fréquentes que les premières, doivent être prises de commun accord<sup>(98)</sup>.

**759. Hébergement alternatif. Formules courantes.** Plusieurs formules d'hébergement alternatif – à distinguer d'égalitaire – existent et leur variété se justifie, selon nous, par l'impossibilité pour le législateur d'arrêter un intérêt prédéfini pour tous les enfants, celui de chacun devant être apprécié *in concreto*<sup>(99)</sup>.

On peut donc, selon les cas d'espèce, rencontrer les modèles suivants :

- hébergement égalitaire (voy. ci-après) ;

(97) Civ. Bruxelles, 6 mai 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 205 ; Bruxelles, 5 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 819, note.

(98) En ce sens : J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *o.c.*, pp. 389-390, n° 30. L'incarcération d'un parent n'est pas en soi de nature à rendre impossible la concertation (lettre, téléphone, visites à la prison), en sorte que l'autorité parentale peut rester conjointe. En ce sens : Mons, 25 mai 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1233.

(99) Dans le même sens : N. GALLUS, « Hébergement alterné : modalité possible ou règle générale contraignante ? », *Diu. Act.*, 2004, p. 113 ; M. RENDERS, « Gezag in de wet ja, verblijf in de wet nee », *Juristenkrant*, 2005, n° 105, p. 2 ; *contra* : *Les États Généraux des Familles... en quelques mots*, Bruxelles, Luc Pire, 2004, p. 55.

- hébergement principal par un des parents<sup>(100)</sup> (ex. : un week-end sur deux<sup>(101)</sup> et la moitié des vacances scolaires par l'autre, « 5/9 »<sup>(102)</sup>) ;

(100) Liège, 18 juin 2013, *Act. dr. fam.*, 2015, p. 18 (indisponibilité du père) ; Bruxelles (réf.), 3 juin 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 106, note F. OMRANI (déménagement à l'étranger) ; Liège, 8 mai 2010, *J.D.J.*, 2010, n° 299, p. 43 ; Bruxelles, 29 novembre 2010, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 148, note F. OMRANI (déménagement à l'étranger) ; Liège, 11 mai 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 199, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 896 (fratrie nombreuse et de très jeune âge) ; Bruxelles, 13 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 419, note F.R. (assuétude du père) ; Bruxelles, 23 mars 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 775 (reprise de contacts progressive à organiser entre père et fille) ; Liège, 24 juin 2003, *J.T.*, 2004, p. 49, *Div. Act.*, 2004, p. 2 (contacts du père avec le milieu de la prostitution) ; Bruxelles, 13 décembre 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 128 (manque de disponibilité du père) ; Bruxelles, 28 juin 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 188 (déménagement de la mère à l'étranger) ; Anvers, 3 avril 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 794, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 238 (somm.) et p. 652 (somm.) ; Mons, 13 janvier 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 59 (éloignement géographique) ; Mons, 18 novembre 1997, *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 99 ; Bruxelles, 14 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 371, *Journ. proc.*, 1997, n° 338, p. 28, obs. R. DE BÉCO (allégations d'homosexualité et de pédophilie contre le père) ; Civ. Bruxelles (réf.), 20 juin 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 106 (déménagement à l'étranger) ; Civ. Bruxelles (réf.), 26 juillet 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 106 (déménagement à l'étranger) ; Civ. Nivelles (jeun.), 31 juillet 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 106 (déménagement à l'étranger) ; Civ. Bruxelles (jeun.), 24 septembre 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 106 (déménagement à l'étranger) ; Civ. Bruxelles (réf.), 3 octobre 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 106 (déménagement à l'étranger) ; Civ. Bruxelles (jeun.), 18 avril 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 156 (déménagement à l'étranger) ; Civ. Bruxelles (réf.), 26 juillet 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 160 (déménagement à l'étranger) ; Civ. Bruxelles (réf.), 21 février 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 106 (déménagement à l'étranger) ; Civ. Bruxelles, 29 mars 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 151 (déménagement à l'étranger) ; Civ. Charleroi (jeun.), 5 novembre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 423 (entente exécutable entre les parents) ; Civ. Bruxelles (réf.), 30 juillet 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 177 (instabilité de la mère) ; Civ. Nivelles (jeun.), 23 décembre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 883 (éloignement géographique à l'initiative de la mère) ; Civ. Liège, 27 octobre 2005, *Div. Act.*, 2006, p. 119 (éloignement géographique) ; Civ. Bruxelles (réf.), 15 juillet 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 1116 (éloignement géographique) ; Civ. Liège (réf.), 10 juin 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 253 (enfant en bas âge) ; Civ. Charleroi (jeun.), 5 avril 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 222 ; Civ. Liège, 30 janvier 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1181 (toxicomanie et mauvaises fréquentations de la mère) ; Civ. Charleroi, 26 décembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 211 (enfant en bas âge) ; Civ. Nivelles (réf.), 16 décembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 624 (sevrage toxicomanique ; pas de modification de l'hébergement principal accordé à la mère) ; Civ. Nivelles, 10 décembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 205 (difficultés d'adaptation des enfants) ; Civ. Bruxelles, 4 novembre 2003, *Div. Act.*, 2006, p. 36 (obligation de la mère de supporter les frais de déplacement car elle a choisi de déménager à Madrid) ; Civ. Bruxelles (jeun.), 16 août 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 205 (éloignement géographique) ; Civ. Neufchâteau (réf.), 16 décembre 1997, *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 82, note J. SOSSON (séparation de la fratrie) ; Civ. Nivelles (réf.), 29 août 1997, *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 71 (père vivant à l'étranger) ; Civ. Nivelles (réf.), 13 février 1997, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 644 (difficultés psychopathologiques du père) ; Civ. Bruxelles (réf.), 11 février 1997, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 305 (éloignement géographique) ; Civ. Nivelles (jeun.), 12 mars 1996, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 451 (éloignement géographique) ; J.P. Landen-Zoutleeuw, 18 décembre 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 1472, *J.D.J.*, 2003, n° 228, p. 36 (somm.) ; J.P. Grâce-Hollogne, 30 avril 2002, *J.L.M.B.*, 2004, p. 221 (somm.). Sur l'hébergement transfrontière : G. HIERNAUX, « Difficultés actuelles en matière d'autorité parentale et d'hébergement », *o.c.*, pp. 184 et s. ; F. OMRANI, « L'expatriation dans la famille désunie : quel est le sort de l'enfant ? Chronique de jurisprudence (2007 – 2013) », *Act. dr. fam.*, 2014, p. 106.

(101) Régime préférable à l'attribution des « premier, troisième et cinquième ou deuxième et quatrième week-ends de chaque mois » (Bruxelles, 7 novembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 560).

(102) Bruxelles, 13 mars 2012, *Le Pli juridique*, 2012, p. 34, note F. REUSENS ; Civ. Bruxelles (jeun.), 16 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 439 ; Bruxelles (jeun.), 14 août 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 862 ; Bruxelles, 18 mai 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1195 ; Civ. Bruxelles (jeun.), 25 novembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 214 ; Pour plus de détails : G. HIERNAUX, « Difficultés actuelles en matière d'autorité parentale et d'hébergement », *o.c.*, pp. 181 et s. ; N. MASSAGER, *Droit*

- hébergement permanent par un des parents<sup>(103)</sup> ;
- hébergement permanent dans un lieu de résidence avec séjour alternatif des parents<sup>(104)</sup> ;
- hébergement « à la carte », exceptionnellement pour des enfants adolescents<sup>(105)</sup> ;
- hébergement par un tiers (grand-parent<sup>(106)</sup>, membre de la famille ou famille d'accueil<sup>(107)</sup>, avec des difficultés quant à la prise de décision en cas d'opposition des parents<sup>(108)</sup>.

Nous renvoyons le lecteur à la jurisprudence, dont les décisions citées ici ne sont qu'exemplatives, et à la littérature abondante et riche

*familial de l'enfance, o.c.*, pp. 342-343 ; F. REUSENS, « Vous avez-dit 9/5 ? Le compromis à la belge en matière d'hébergement d'enfant », *Le Pli juridique*, 2012, p. 35.

(103) Mons, 25 mai 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1233 (père détenu, autorité parentale conjointe maintenue – comp. art. 392) ; J.P. Ixelles, 3 novembre 2005, *Div. Act.*, 2006, p. 113, note M. WARNANT.

(104) Civ. Nivelles (réf.), 29 juin 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 261 ; Civ. Dinant (réf.), 25 juin 2004, R.G. n° 04/46/C, inédit ; Civ. Nivelles (réf.), 21 mai 2004 et 4 juin 2004, *H. c. P.*, R.R. n° 04/171/C, inédit ; Civ. Nivelles (jeun.), 24 mars 2004, R.R. n° 390, inédit ; Civ. Nivelles (réf.), 6 février 2004, R.R. n° 03/432/C, inédit, cités par N. DANDOY et F. REUSENS, « L'hébergement alterné à l'épreuve de la pratique judiciaire », *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 95, notes 225, 227 et 228 ; Civ. Bruxelles (réf.), 8 mai 2003, *Div. Act.*, 2004, p. 154 ; J.P. Westerlo, 29 août 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 887 (somm.), *J.J.P.*, 2006, p. 463 ; J.P. Bastogne, 3 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 979, obs. J.-M. DERMAGNE.

(105) Liège, 18 juin 2013, *Act. dr. fam.*, 2015, p. 18 (enfant de 10 ans ; rejet) ; Bruxelles, 12 mai 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 525 ; Civ. Liège (réf.), 26 mai 2005, *Div. Act.*, 2006, p. 121, note N. GALLUS. Sur les problématiques liées aux adolescents : N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance, o.c.*, pp. 468 et s.

(106) Anvers, 1<sup>er</sup> mars 2010, *T. Fam.*, 2010, p. 195, note R. HEPS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 779 (somm.), *T.J.K.*, 2011, p. 67 (grand-parents naturels après adoption plénière) ; Liège (réf.), 26 juin 2002, *J.T.*, 2003, p. 50, obs. H. SIMON, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 380 ; Civ. Bruxelles (jeun.), 26 mai 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 1079, note G. ; Civ. Dinant (jeun.), 30 juin 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 932 ; Civ. Liège (jeun.), 14 avril 2008, *J.D.J.*, 2008, n° 280, p. 35 ; Civ. Liège (réf.), 18 avril 2006, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 118 (dispute entre les grands-parents paternels et la tante maternelle) ; Civ. Namur (réf.), 8 mars 2002, *R.R.D.*, 2002, p. 208 ; Civ. Ypres (jeun.), 30 mars 2001, *E.J.*, 2004, p. 69, note ; Civ. Verviers (jeun.), 10 décembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1224 ; J.P. Westerlo, 26 février 2007, *J.D.J.*, janvier 2008, p. 40 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 253 (somm.), *NjW*, 2007, p. 420, note G.V., *J.J.P.*, 2007, p. 338, note N. DANDOY, *R.W.*, 2007-2008, p. 660 ; J.P. Grâce-Hollogne, 30 avril 2002, *J.L.M.B.*, 2004, p. 221 (somm.). Avant la réforme de 1995 : Cass., 11 mai 1984, *J.T.*, 1984, p. 614, obs., A.K. (droit de visite) ; Cass., 4 mars 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 73, *R.W.*, 1976-1977, col. 287, note H. NUYTINCK, *Rev. not. belge*, 1987, p. 177 ; Gand, 13 avril 1992, *R.W.*, 1992-1993, p. 229, note G. CAPPELAERE, E. VERHELLEN et F. SPIESSCHAERT (droit de visite) ; Bruxelles (jeun.), 10 décembre 1985, *R.G.D.C.*, 1987, p. 41 (droit de visite) ; Liège (jeun.), 12 juin 1979, *J.L.*, 1978-1979, p. 299 (droit de garde) ; Civ. Charleroi (jeun.), 5 juillet 1995, *J.D.J.*, 1996, p. 86 (« garde en fait »). Sur cette problématique : G. HIERNAUX, « Difficultés actuelles en matière d'autorité parentale et d'hébergement », *o.c.*, pp. 188 et s.

(107) Civ. Nivelles (jeun.), 19 novembre 1996, *J.D.J.*, 1997, p. 230, note V. MACQ (institution d'aide à la jeunesse).

(108) A. DE WOLF et F. APS, « Rechtsbescherming bij materiële bewaring van een kind door een derde », *E.J.*, 2004, p. 54 ; N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance, o.c.*, pp. 326-327.

de controverses sur les avantages et inconvénients de chacune de ces formules sur le bien-être et l'épanouissement de l'enfant<sup>(109)</sup>.

Notre position demeure de préférer aux normes et théories, même scientifiques, l'appréciation judiciaire casuistique centrée sur l'intérêt *in concreto* de tel enfant au cœur de tel débat familial, et subissant une intervention étatique dans l'organisation de sa vie<sup>(110)</sup>. On pourrait rétorquer que la loi du 18 juillet 2006 contredit cette approche par l'élection de l'hébergement égalitaire en modèle. Nous n'en déduisons pas une préférence dogmatique du législateur pour ce modèle compte tenu des larges possibilités de dérogation<sup>(111)</sup>. L'objectif de cette loi était principalement de remédier à l'imprévisibilité des solutions judiciaires<sup>(112)</sup>.

**760. Règlement conventionnel de l'hébergement.** Partant de l'idée qu'une solution consentie a plus de chances d'être respectée et que les parents sont souvent les mieux placés pour apprécier l'intérêt de leur enfant, même en cas de séparation, la loi privilégie le consensus.

Si un arrangement amiable, hors prétoire, ne peut être obtenu et que le tribunal doit arbitrer le litige<sup>(113)</sup> relatif à l'hébergement, l'article 374, § 2, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil dispose qu'en cas d'accord des parents<sup>(114)</sup> relatif à l'hébergement, le tribunal ne peut refuser d'homologuer cet

(109) Pour une analyse récente et fine : N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance, o.c.*, pp. 335-354. Voy. aussi : N. DOPCHIE, « Considérations sur l'adéquation psychologique de l'octroi d'un droit de garde alternée en cas de séparation ou de divorce », *Rev. trim. dr. fam.*, 1981, p. 363 ; N. DOPCHIE, « Le droit de garde de l'enfant au père ou à la mère ? Point de vue médico-psychologique », *Rev. trim. dr. fam.*, 1979, p. 398 ; D. GOUBAU, « La garde partagée : vogue passagère ou tendance lourde ? », in *Mélanges Jean Pineau* (B. MOORE éd.), Montréal, Themis, 2004, p. 107 ; F. LABBÉ et C. MARINO, « Hébergement alterné de l'enfant : considérations », *Div. Act.*, 2004, p. 117 ; G. POUSSIN, « Pour une évaluation des effets réels de la résidence alternée en cas de divorce des parents », *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 9.

(110) Y.-H. LELEU, « Parenté sociale et adoption homosexuelle », *o.c.*, p. 13. Dans le même sens : N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance, o.c.*, p. 385 ; « Position des juges de référé du tribunal de première instance de Bruxelles », in « Enfants et parents séparés : une loi va-t-elle imposer l'hébergement alterné ? », *J.T.*, 2005, p. 86.

(111) Préférant la sécurité et la stabilité au suivi « d'un modèle dont le caractère égalitaire n'est que théorique » : Bruxelles, 27 juin 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 230.

(112) En ce sens : D. PIRE, « La nouvelle loi sur l'hébergement égalitaire », in *Droit des familles* (D. PIRE éd.), CUP, vol. 92, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 194, n° 8. Sur cette imprévisibilité : N. MASSAGER, « Autorité parentale et hébergement », in *Droit des personnes et des familles – Chronique de jurisprudence 1999-2004*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 508, n° 466.

(113) L'art. 374, § 2, al. 1<sup>er</sup>, C. civ. faisant expressément référence à l'existence d'un litige entre les parents, est controversée la question de savoir si les parents *qui ne sont pas en litige* peuvent faire homologuer leur accord par le tribunal de la famille. En ce sens (doctrine antérieure à l'instauration du tribunal de la famille) : N. DANDOY et F. REUSENS, « L'hébergement égalitaire (Lorsque la promotion de la coparenté sur le plan de l'hébergement aboutit à une réforme faussement modeste de la procédure en matière d'autorité parentale) », *J.T.*, 2007, p. 178 ; D. PIRE, « La nouvelle loi sur l'hébergement égalitaire », *o.c.*, p. 191, n° 4 ; P. SENAËVE et H. VANBOCKRIJCK, « De wet van 18 juli 2006 op het verblijfsco-ouderschap, de blivende saisine van de jeugdrechtbank en de tenuitvoerlegging van uitspraken aangaande verblijf en omgang », *o.c.*, p. 121, n° 15-16.

(114) Rapp. : Civ. Bruxelles (réf.), 21 novembre 2007, *Act. dr. fam.*, 2008, p. 9.

accord que s'il est manifestement<sup>(115)</sup> contraire à l'intérêt de l'enfant<sup>(116)</sup>. La précision rédactionnelle d'un tel accord est un gage de bonne exécution et de pacification, surtout après un divorce ou une séparation conflictuels. C'est sans doute une des raisons pour laquelle la loi du 30 septembre 2013 instaurant un tribunal de la famille a accru la possibilité de recourir à divers mécanismes de pacification (*supra*, n<sup>os</sup> 355-356).

**760-1. Règlement judiciaire de l'hébergement de l'enfant. Priorité à l'hébergement égalitaire.** Si les parents ne sont pas d'accord quant à l'hébergement voire à l'exercice de l'autorité parentale et au droit aux relations personnelles, le le tribunal de la famille est saisi (art. 1253ter/3, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, C. jud.)<sup>(117)</sup>.

Le tribunal puise dans l'article 387bis du Code civil la compétence d'ordonner ou modifier, dans l'intérêt de l'enfant, toute disposition relative à l'autorité parentale, même sur demande du procureur du Roi (art. 387bis et art. 1253ter/5, al. 2, 1<sup>o</sup>, C. jud.).

Dans ce cadre civil et judiciaire, si le juge n'estime pas opportun de déroger au principe de l'autorité conjointe, l'hébergement égalitaire n'est qu'une piste à examiner prioritairement, et encore seulement si l'un des parents au moins le demande (art. 374, § 2, al. 2)<sup>(118)</sup>. L'hébergement égalitaire n'est dès lors pas un modèle imposé, tout au plus une modalité dont le législateur présume la conformité à l'intérêt de l'enfant<sup>(119)</sup>.

Le juge ne pourra donc jamais l'imposer d'office, même si cela correspond au souhait de l'enfant (du moins si son âge et/ou sa détermination n'invitent pas à s'y résigner)<sup>(120)</sup> ou si cette solution est préconisée

(115) Le contrôle marginal de l'intérêt de l'enfant pourrait ne pas être constitutionnel, comme celui de l'article 329bis du Code civil (F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 518, n<sup>o</sup> 873)  
 (116) Liège, 29 mai 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 127 (réouverture des débats pour entendre l'enfant) ; J.P. Courtrai, 3 octobre 2006, *R.W.*, 2007-2008, p. 497. Voy. aussi : Anvers, 16 octobre 2007, *NjW*, 2008, p. 309, note G.V. : appel contre l'homologation irrecevable à moins que le juge se soit écarté, lors de l'homologation, de ce que les parents avaient convenu.

(117) L'appel formé à l'encontre de décisions rendues par le juge de paix, le tribunal de la jeunesse et le président du tribunal de première instance dans des matières attribuées au tribunal de la famille depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2014 doit être introduit devant la Cour d'appel (Bruxelles, 8 décembre 2014, *Act. dr. fam.*, 2015, p. 94 (appel d'une ordonnance relative à l'hébergement et aux parts contributives) ; Trib. fam. Bruxelles, 20 janvier 2015, *Rev. not. belge*, 2015, p. 170, *Act. dr. fam.*, 2015, p. 106, note J. SAUVAGE ; G. de LEVAL, « Le droit transitoire et la juridiction d'appel dans la loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse », *Rev. not. belge*, 2014, p. 844 ; J.-P. MASSON, « La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse », *J.T.*, 2014, p. 194 et note 201) ; *contra* : D. PIRE, « La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse », o.c., p. 199.

(118) Bruxelles, 5 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 819, note.

(119) Voy. la jurisprudence non publiée citée par H. VANBOCKRIJCK, « Twee jaar toepassing van de wet van 18 juli 2006 inzake het verblijfsco-ouderschap en de uitvoering en sanctionering van verblijfs- en omgangsregelingen », in *Knelpunten echtscheiding, afstamming en verblijfsregelingen* (P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHULDEN éd.), Anvers-Oxford, Intersentia, 2009, pp. 194-195, n<sup>os</sup> 255-256.

(120) Mons, 18 décembre 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 847 ; Gand, 22 mai 2012, *NjW*, 2013, p. 952 ; Bruxelles, 12 mai 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 525 ; Civ. Liège (réf.), 26 mai 2005, *Div.*

par un expert<sup>(121)</sup>. Selon certains auteurs, il ne pourrait pas non plus, comme cela se pratiquait antérieurement, accorder ce type d'hébergement si les deux parents réclament un hébergement principal<sup>(122)</sup>. En théorie, la charge de la preuve de la contrariété de l'hébergement à l'intérêt de l'enfant repose sur le parent qui s'y oppose<sup>(123)</sup>.

Si malgré la demande d'un parent, le juge estime que cette forme d'hébergement n'est pas la plus appropriée, il peut fixer un hébergement non égalitaire (art. 374, § 2, al. 3)<sup>(124)</sup>, selon l'une des formules précédemment exposées, en ce compris l'hébergement par un tiers.

Si le juge choisit de s'écarter de la proposition du législateur, il doit motiver spécialement sa décision<sup>(125)</sup> au vu des circonstances de la cause, de l'intérêt des enfants et, importante innovation, de l'intérêt des parents<sup>(126)</sup> (art. 374, § 2, al. 4). L'obligation de « motivation spéciale »<sup>(127)</sup> est au demeurant de mise pour toute décision relative à l'hébergement.

*Act.*, 2006, p. 121, note N. GALLUS ; J.-L. RENCHON, « Le risque de rupture d'un lien parent-enfant », *o.c.*, pp. 240-241 et pp. 258-260.

(121) Bruxelles, 22 mai 2007, *NjW*, 2008, p. 498, note G.V.

(122) G. HIERNAUX, « Difficultés actuelles en matière d'autorité parentale et d'hébergement », *o.c.*, p. 158 ; I. MARTENS, « Het verblijfsco-ouderschap als prioritair te onderzoeken verblijfsregeling », pp. 22-23, n<sup>os</sup> 47 et s. *Contra* : N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, *o.c.*, p. 362 ; N. UYTENDAELE, « Modalités d'hébergement, rôle des parents et beaux-parents et exercice de l'autorité parentale – Le point de vue du juriste », *o.c.*, p. 105, n<sup>o</sup> 6.

(123) N. UYTENDAELE, « Modalités d'hébergement, rôle des parents et beaux-parents et exercice de l'autorité parentale – Le point de vue du juriste », *o.c.*, pp. 106-107, n<sup>o</sup> 8.

(124) Selon certains, les al. 2 et s. de l'art. 374, § 2 impliquent un renversement de la charge de la preuve par rapport à la pratique antérieure, en ce sens que ce n'est plus au parent qui sollicite un hébergement égalitaire à apporter la preuve de l'adéquation de cette formule à la situation de l'enfant, mais bien au parent qui s'oppose à un tel hébergement à démontrer qu'il n'est pas adapté au cas d'espèce. En ce sens : N. DANDOY et F. REUSENS, « L'hébergement égalitaire (Lorsque la promotion de la coparenté sur le plan de l'hébergement aboutit à une réforme faussement modeste de la procédure en matière d'autorité parentale) », *o.c.*, p. 179 ; *contra* : H. VANBOCKRIJCK, « Twee jaar toepassing van de wet van 18 juli 2006 inzake het verblijfsco-ouderschap en de uitvoering en sanctionering van verblijfs- en omgangsregelingen », *o.c.*, p. 195, n<sup>o</sup> 257, qui prône une charge de la preuve partagée, incombant aux deux parents. Voy. également la jurisprudence non publiée, citée par cet auteur aux notes 20-23.

(125) Cass., 4 janvier 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 182, note Q. FISCHER, *J.T.*, 2014, p. 525, *Pas.*, 2013, p. 18, *R.A.B.G.*, 2013, p. 930, note S. BROUWERS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 103 (somm.), *R.W.*, 2013-2014, p. 1027 (somm.), *T. Fam.*, 2014, p. 50, note T. VERCRUYSE. *Adde* : Q. FISCHER, « Le respect du principe dispositif et des droits de la défense par le juge qui fixe les modalités d'hébergement d'un enfant chez chacun de ses parents », *Act. dr. fam.*, 2014, p. 182.

(126) Voy. à ce sujet : P. SENAËVE et H. VANBOCKRIJCK, « De wet van 18 juli 2006 op het verblijfsco-ouderschap, de blijvende saisine van de jeugdrechtbank en de tenuitvoerlegging van uitspraken aangaande verblijf en omgang », *o.c.*, p. 128 ; C. VAN ROY, « Verblijfsregeling van kinderen ingeval ouders hun (al dan niet echtelijke) samenwoningsrelatie verbreken. Artikel 374, § 2, vierde lid BW en het belang van de ouders – Van theorie naar praktijk », *T. Fam.*, 2015, p. 72. Application : Bruxelles, 22 mai 2007, *NjW*, 2008, p. 498, note G.V. ; J.P. Courtrai, 3 octobre 2006, *R.W.*, 2007-2008, p. 497 (priorité à l'intérêt des enfants).

(127) Cette motivation s'ajoute à l'obligation générale de motivation, que le juge déroge ou pas au modèle de l'hébergement égalitaire (P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n<sup>o</sup> 1124 ; H. VANBOCKRIJCK, « Twee jaar toepassing van de wet van 18 juli 2006 inzake het verblijfsco-ouderschap en de uitvoering en sanctionering van verblijfs- en omgangsregelingen », *o.c.*, p. 195, n<sup>o</sup> 256 et la jurisprudence non publiée citée à la note 18 ; Civ. Bruxelles, 27 février 2013, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 108).

Le législateur n'a pas énoncé de contre-indications. Le *désaccord* d'un des parents sur le principe d'un hébergement égalitaire et la *mésentente* entre les parents ne constituent pas en soi, mais seulement s'ils sont préjudiciables à l'enfant<sup>(128)</sup>, un obstacle à la mise en place d'un hébergement qui symbolise au mieux le respect des prérogatives de chacun d'eux.

Les travaux préparatoires, la jurisprudence et la doctrine<sup>(129)</sup> enseignent comme autres critères de motivation :

- l'éloignement géographique des parents<sup>(130)</sup> ;
- l'inadéquation de leur(s) logement(s) ;
- l'ancrage social de l'enfant à un endroit principal<sup>(131)</sup> ;
- le maintien de l'unité de la fratrie<sup>(132)</sup> ;
- la continuité par rapport à une formule d'hébergement antérieure<sup>(133)</sup> ;

(128) Liège, 8 mai 2010, *J.D.J.*, 2010, n° 299, p. 43 ; Liège, 7 mai 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 142 (somm.) ; Mons, 24 janvier 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 554 ; Bruxelles, 28 novembre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 781 ; Civ. Bruxelles, 6 mai 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 205 ; Civ. Charleroi (jeun.), 5 novembre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 423. Dans le même sens : G. HIERNAUX, « Difficultés actuelles en matière d'autorité parentale et d'hébergement », *o.c.*, p. 166 ; N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, *o.c.*, p. 365.

(129) Pour une présentation de ces critères sous forme de lignes de conduite à tenir dans la recherche de l'intérêt de l'enfant *in concreto* : N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, *o.c.*, pp. 382 et s. Voy. aussi : Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-1673/001, p. 12 ; C. DENOYELLE, « Beoordelingscriteria voor een verblijfsregeling – Een persoonlijke kijk vanuit de praktijk », in *Verblijfsregeling* (C.B.R. éd.), Anvers, Intersentia, 2008, p. 53 ; D. PIRE, « La nouvelle loi sur l'hébergement égalitaire », *o.c.*, pp. 199-200, n° 14 ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, pp. 518-520, n° 873 ; H. VANBOCKRIJCK, « Twee jaar toepassing van de wet van 18 juli 2006 inzake het verblijfsco-ouderschap en de uitvoering en sanctionering van verblijfs- en omgangsregelingen », *o.c.*, pp. 196-207.

(130) Mons, 5 septembre 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 201 ; Bruxelles, 13 mars 2012, *Le Pli juridique*, 2012, p. 34, note F. REUSENS. Sur cette problématique : G. HIERNAUX, « Difficultés actuelles en matière d'autorité parentale et d'hébergement », *o.c.*, pp. 168 et s. ; N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, *o.c.*, pp. 559 et s. Sur le déménagement de l'un des parents à l'étranger : Civ. Bruxelles (réf.), 20 juin 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 106 ; Civ. Bruxelles (réf.), 26 juillet 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 106 ; Civ. Nivelles (jeun.), 31 juillet 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 106 ; Civ. Bruxelles (jeun.), 24 septembre 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 106 ; Civ. Bruxelles (réf.), 3 octobre 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 106 ; Civ. Bruxelles (jeun.), 18 avril 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 156 ; Civ. Bruxelles (réf.), 26 juillet 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 160 ; F. OMRANI, « L'expatriation dans la famille désunie : quel est le sort de l'enfant ? Chronique de jurisprudence (2007 – 2013) », *o.c.*, p. 106. Comp. : Civ. Bruxelles (jeun.), 29 juin 2010, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 219 (le déménagement volontaire d'une mère pendant 1 an à l'étranger ne peut constituer un critère de contre-indication à l'hébergement alterné égalitaire, dans la mesure où elle crée elle-même le motif soutenant l'impossibilité de l'hébergement égalitaire).

(131) Civ. Bruxelles (réf.), 30 juillet 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 177 ; Bruxelles, 29 novembre 2010, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 148, note F. OMRANI ; Civ. Bruxelles (jeun.), 16 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 439.

(132) Liège, 11 mai 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 199, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 896 ; Civ. Charleroi, 19 mai 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 239 ; N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, *o.c.*, pp. 391-392 ; R. HEPS, « Het recht van broers en zussen om niet van elkaar te worden gescheiden : een reeds bestaand recht ? », *T.J.K.*, 2011, p. 24 ; G. HIERNAUX, « Difficultés actuelles en matière d'autorité parentale et d'hébergement », *o.c.*, pp. 179 et s.

(133) Liège, 8 mai 2010, *J.D.J.*, 2010, n° 299, p. 43 ; Bruxelles, 27 juin 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 23.

- l’indisponibilité relative sérieuse d’un des parents, à motiver si elle est liée aux activités professionnelles, par respect du droit de chacun à développer sa carrière<sup>(134)</sup> ;
- l’implication inégale dans l’éducation de l’enfant ou le désintérêt manifeste d’un parent pour l’enfant<sup>(135)</sup> ;
- l’incapacité d’un parent à respecter les droits de l’autre ou des décisions ou accords antérieurs<sup>(136)</sup> ;
- l’avis contraire de l’enfant<sup>(137)</sup> ;
- l’absence d’entourage familial des parents (nouveau partenaire, grands-parents)<sup>(138)</sup> ;
- l’instabilité de l’un des parents<sup>(139)</sup> ;
- et, question controversée, le jeune âge de l’enfant<sup>(140)</sup>.

Le juge peut assortir sa décision de modalités (présence de grands-parents, exclusion de contacts avec le partenaire, interdiction de déplacement à l’étranger, *etc.*).

En toute hypothèse, le juge précise le lieu où l’enfant est inscrit à titre principal dans les registres de la population (*supra*, n° 98)<sup>(141)</sup>.

Une décision judiciaire ou un acte notarié, au contraire d’un accord verbal ou sous seing privé, constitue un *titre exécutoire*. Toutefois, l’opportunité de l’exécution forcée de certaines prérogatives de l’autorité

(134) Liège, 18 juin 2013, *Act. dr. fam.*, 2015, p. 18 (père travaillant selon des rythmes de pause) ; Mons, 12 juin 2007, *J.L.M.B.*, 2009, p. 116 (disponibilité moindre du père jugée non pertinente) ; Civ. Bruxelles, 6 mai 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 205 (rejet) ; Civ. Bruxelles (jeun.), 25 novembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 214 (hébergement inégalitaire justifié par les horaires du père travaillant dans l’HORECA). Voy. égal. : Gand, 27 octobre 2006, *NjW*, 2007, p. 606, note G.V. (réévaluation de la situation dans 2 ans pour aboutir éventuellement à l’bergement égalitaire souhaité par le père).

(135) Sur cette problématique : G. HIERNAUX, « Difficultés actuelles en matière d’autorité parentale et d’bergement », *o.c.*, pp. 174 et s.

(136) Dit « principe californien » : N. MASSAGER, *Droit familial de l’enfance, o.c.*, pp. 394-398. Voy. aussi : J.-L. RENCHON, « Le risque de rupture d’un lien parent-enfant », *o.c.*, pp. 249-251. Ex. : Liège (jeun.), 8 novembre 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 693.

(137) Civ. Nivelles (jeun.), 28 novembre 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 881 ; *contra* : Civ. Bruxelles, 6 mai 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 205 (enfant âgé de 6 ans). Sur cette problématique : G. HIERNAUX, « Difficultés actuelles en matière d’autorité parentale et d’bergement », *o.c.*, pp. 177 et s.

(138) Bruxelles, 5 février 2008, *R.W.*, 2009-2010, p. 243, *J.D.J.*, 2009, n° 288, p. 40 (somm.), *T.J.K.*, 2010, p. 79 (somm.) (bergement principal chez le père faisant valoir la disponibilité de ses propres parents).

(139) Bruxelles, 13 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 419, note F.R. (assuétude du père à la pornographie) ; Civ. Bruxelles (réf.), 30 juillet 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 177.

(140) Liège, 11 mai 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 199, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 896 ; Bruxelles, 13 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 419, note F.R. ; Anvers, 29 mai 2007, *NjW*, 2008, p. 777, note G.V., *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 946 (somm.) (10 mois ; refus) ; Civ. Liège, 1<sup>er</sup> juin 2006, *Div. Act.*, 2006, p. 117 (2 et 4 ans ; hébergement égalitaire) ; Civ. Nivelles (jeun.), 20 janvier 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 729 (hébergement égalitaire à partir de 2,5 ans). Sur cette problématique : G. HIERNAUX, « Difficultés actuelles en matière d’autorité parentale et d’bergement », *o.c.*, pp. 171 et s. ; N. MASSAGER, *Droit familial de l’enfance, o.c.*, pp. 463 et s.

(141) Voy. not. : F. DELOGNE, « La domiciliation de l’enfant en hébergement égalitaire : enjeux et projet de réforme », *o.c.*, p. 605.

parentale, principalement celles en rapport avec la personne de l'enfant, est controversée (*infra*, n° 777).

**761. Audition de l'enfant.** Le juge veillera à respecter les droits de la défense<sup>(142)</sup>, les principes dispositif et du contradictoire<sup>(143)</sup>, et évitera toute motivation discriminatoire (*supra*, n° 746). L'enfant, acteur clé du procès doit pouvoir donner son avis (art. 12 Conv. relative aux droits de l'enfant)<sup>(144)</sup>.

À cet effet, le juge pourrait procéder à son audition (art. 1004/1 C. jud.)<sup>(145)</sup>, une étape cruciale du processus de décision<sup>(146)</sup>, et délicate

(142) V. D'HUART et P. HENRY, « Audition des mineurs et droits de la défense », *J.D.J.*, 1997, p. 195 ; Chr. MATRAY, « L'enfant et le juge », in *Enfant, sujet de droits : rêve ou réalité ?*, Liège, éd. Jeune Barreau, 1995, p. 141 ; Th. MOREAU, « Le rôle de l'avocat du mineur. Les textes et la pratique », *J.D.J.*, 1999, n° 182, p. 11.

(143) Voy. : Q. FISCHER, note sous Civ. Bruxelles, 26 avril 2001, *Div. Act.*, 2002, pp. 71-72, n° 4 et pp. 73-74, n° 11.

(144) Liège, 30 juin 2000, *J.D.J.*, 2001, n° 205, p. 42, note F. DRUANT ; Liège, 28 avril 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1085 ; Civ. Charleroi, 7 avril 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 569. Sur ces normes internationales : O. MATOCQ et Th. DUPRÉ, « La parole de l'enfant en justice après la convention de New York », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 309 ; S. MOSSELMANS, « Een evolutie op het terrein van het ouderlijk gezag, het omgangsrecht, het hoorrecht van minderjarigen en het recht op informatie van ouders en hun minderjarige kinderen : het E.V.R.M., 'The recommendation on parental responsibilities' en het I.V.R.K. als leidraad », *T.P.R.*, 1997, p. 543 ; J.-L. RENCHON, « La mise en œuvre de l'art. 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant en droit belge », in *L'enfant et les conventions internationales* (J. RUBELLIN-DEVICHI et R. FRANK éd.), Lyon, Presses Universitaires, 1996, p. 213 ; W. VANDENHOLE, « Twintig jaar kinderrechtenverdrag (1989-2009) : een Belgische stand van zaken », *o.c.*, pp. 395-399, n°s 19-24 ; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familerecht. Een mensenrechtelijke benadering, o.c.*, pp. 806 et s.

(145) Réformé par la loi du 30 juillet 2013 ; L. CAPPON et F. VANDER LAENEN, « Gehoord worden is nog geen inspraak : perspectieven van minderjarigen en ouders op de beslissingen genomen door de jeugdrechter », *T.J.K.*, 2015, p. 3 ; D. PIRE, « Tribunal de la famille et de la jeunesse : loi réparatrice », *o.c.*, pp. 80-81 ; J.-L. RENCHON, « Le risque de rupture d'un lien parent-enfant », *o.c.*, p. 255 ; L. RESSORT, « L'audition du mineur dans les procédures civiles liées à son hébergement : des avancées ? », *J.D.J.*, 2014, n° 337, pp. 15 et s. ; P. SENAËVE, « Het hoorrecht van minderjarigen sinds de wet op de familie- en jeugdrechtbank », *T. Fam.*, 2014, p. 176. Sous l'empire de l'ancienne loi : Voy. : J.-P. DE MAN, « 'Wat zoudt ge ervan vinden als ik zou beslissen dat gij?' Het hoorrecht van kinderen vanuit psychologisch perspectief », *J.J.P.*, 1995, p. 299 ; P. DONNY, « L'audition de l'enfant, pratiques et dérives », *Rev. dr. U.L.B.*, 1996, p. 169 ; A. GIESELINK et B. DE SMET, « Hoorrecht van minderjarigen in burgerlijke zaken », in *De procesbekwaamheid van minderjarigen* (C.B.R. éd.), Anvers, Intersentia, 2006, p. 163 ; M. GROGNARD, « L'audition de l'enfant depuis l'application des art. 931 nouveau du Code judiciaire et 56bis de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse », *Div. Act.*, 2002, p. 149 ; Th. MOREAU, « Une approche juridique de la place de la parole du mineur dans la vie familiale et sociale », *J.D.J.*, 2006, n° 257, p. 23 ; 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. SENAËVE et W. PINTENS éd.), Anvers, Maklu, 1997, p. 53 ; F. DRUANT et K. JOLITON, « L'audition de l'enfant dans les procédures civiles : situation actuelle et perspectives ? », *J.D.J.*, 2002, n° 220, p. 29 ; J.-L. RENCHON, « L'audition de l'enfant dans les procédures civiles relatives au droit de garde et au droit de visite », *Rev. trim. dr. fam.*, 1988, p. 494 ; J.-L. RENCHON, « Réflexions à propos de quelques confusions relatives à l'audition de l'enfant en justice », *Rev. dr. U.L.B.*, 1996, p. 109 ; W. VANDENHOLE, « Wordt de stem van het kind gehoord ? Initiatierrecht en positie van de minderjarige in de procedure van de verblijfsregeling in het licht van het international recht van de rechten van het kind en van de mens », in *Verblijfsregeling* (C.B.R. éd.), Anvers, Intersentia, 2008, p. 111.

(146) Bruxelles, 23 janvier 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1772, note C. VERGAUWEN (suppression de l'hébergement principal du père) ; Mons, 18 décembre 2001, *J.L.M.B.*, 2003, p. 847 ; Civ. Bruxelles,

en raison des risques de manipulation de l'enfant ou d'aliénation parentale<sup>(147)</sup>. Plus fondamentalement, l'audition de l'enfant pose la question de la prise en considération de ses souhaits, s'ils sont contraires à ceux d'un parent, voire à l'exécution d'une décision judiciaire ou d'un accord antérieur<sup>(148)</sup>.

Tout mineur<sup>(149)</sup> a le droit d'être entendu dans les matières qui le concernent relatives à l'exercice de l'autorité parentale, à l'hébergement et au droit aux relations personnelles. Il peut refuser d'être entendu (art. 1004/1, § 1<sup>er</sup>, C. jud.)<sup>(150)</sup>. Les conditions et la procédure diffèrent en fonction de l'âge de l'enfant :

- Le mineur de *moins de 12 ans* est entendu à sa demande ou à celle des parties, du ministère public ou du juge. Le juge peut refuser (sans recours) l'audition sauf si elle est demandée par le mineur ou par le ministère public (art. 1004/1, § 2, C. jud.)<sup>(151)</sup>.
- Le mineur de *12 ans et plus* est informé par le tribunal de son droit à être entendu, reçoit des informations écrites et un formulaire de réponse à ce sujet (art. 1004/1, § 3, C. jud.). Ces documents sont adressés à chacun des parents en sa résidence ou à la résidence (différente) de l'enfant. Les documents avertissent le mineur que le rapport de l'entretien sera consultable par ses parents<sup>(152)</sup>, qu'il

27 mai 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 559 ; Civ. Bruxelles (réf.), 31 octobre 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 406, note N. GALLUS ; Civ. Bruxelles (réf.), 16 octobre 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 405, note N. GALLUS ; Civ. Bruxelles (jeun.), 24 novembre 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 362 ; Civ. Namur, 11 février 1997, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 309.

(147) Bruxelles (jeun.), 8 avril 2005, inédit, cité par J.-L. RENCHON, « Le risque de rupture d'un lien parent-enfant », *o.c.*, p. 251. Mons, 21 décembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 550 ; Civ. Liège (réf.), 26 novembre 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 449 ; Civ. Bruxelles (réf.), 13 avril 1995, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 420 ; Civ. Liège (réf.), 27 janvier 1995, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 552, *J.D.J.*, 1997, p. 170. Voy. : J.-Y. HAYEZ et Ph. KINOO, « Aliénation parentale : un concept à haut risque », *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 965 ; J.-Y. HAYEZ, « Que décider en cas d'aliénation parentale ? », *J.D.J.*, 2004, n° 239, p. 6 ; I. ROSKAM et E. ALTENLOH, « Le syndrome d'aliénation parentale : vers une approche conceptuelle », *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 985 ; H. VAN GIJSEGHEM, « L'aliénation parentale : les principales controverses », *J.D.J.*, 2004, n° 237, p. 18. *Adde* : G.H. BEAUTHIER, « L'audition des mineurs hochets ou otages ? », *J.D.J.*, 1994, p. 4 ; J.-L. RENCHON, « Réflexions à propos de quelques confusions relatives à l'audition de l'enfant en justice », *o.c.*, pp. 144-145, n° 28 ; J.-F. SERVAIS, « Respecter la parole de l'enfant, c'est d'abord savoir la recueillir », *J.D.J.*, 1997, p. 147. (148) Ex. : Gand, 22 mai 2012, *NjW*, 2013, p. 952. Sur l'auto-détermination de l'enfant : J.-L. RENCHON, « Le risque de rupture d'un lien parent-enfant », *o.c.*, pp. 240-241.

(149) La possibilité d'audition des enfants majeurs n'est pas prévue par la loi (D. PIRE, « La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse », *o.c.*, p. 191).

(150) Ce principe ne souffre qu'une seule exception : lorsque le mineur a déjà été entendu au cours de la procédure ou dans une instance précédente, même devant un autre tribunal, le juge peut ne pas accéder à la demande d'audition si aucun élément nouveau ne la justifie (art. 1004/1, § 4, C. jud.).

(151) L'absence d'âge de discernement n'est plus une cause de refus de l'audition, mais le juge demeure tenu d'indiquer dans son rapport si, à son estime, l'enfant n'a pas le discernement voulu (art. 1004/1, § 6, C. jud.).

(152) Le nouvel article 1004/1 n'interdit plus aux parties de lever copie de ce rapport, contrairement à l'ancien droit (voy., D. PIRE, « La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse », *o.c.*, p. 194).

pourra être utilisé dans la procédure en cours et que le juge n'est pas tenu de se conformer aux demandes éventuellement formulées par le mineur (art. 1004/2, C. jud.).

Le juge entend le mineur en dehors de la présence de quiconque, sauf décision contraire motivée (art. 1004/1, § 5, C. jud.). On a critiqué ce huis clos en ce qu'il exclurait même le greffier<sup>(153)</sup> ou pourrait ouvrir trop de latitude d'interprétation au juge<sup>(154)</sup>. Le rapport est joint au dossier de la procédure (art. 1004/1, § 5, al. 2, C. jud.). Le juge « tient compte » des opinions recueillies du mineur, en fonction de son âge et son degré de maturité (art. 1004/1, § 6, al. 2, C. jud.).

Le mineur entendu ne devient pas partie à la procédure (art. 1004/1, § 6, C. jud.)<sup>(155)</sup>, bien que l'audition l'y implique car elle porte inévitablement sur des faits « dans le procès »<sup>(156)</sup>.

**761-1. Mesures d'investigations. Expertise.** Lorsqu'une demande relative à un mineur lui est soumise, le tribunal de la famille fait procéder à toutes investigations utiles pour, aux termes de la loi et sans limitation<sup>(157)</sup>, connaître la personnalité de l'enfant, le milieu où il est élevé, pour déterminer son intérêt et les moyens appropriés à son éducation ou à son traitement, le tout ayant pour repère l'intérêt de l'enfant (art. 1253ter/6 C. jud.)<sup>(158)</sup>.

(153) Rapport fait à la Commission de la justice de la Chambre, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-0682/015 ; D. PIRE, « La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse », *o.c.*, p. 193.

(154) *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-0682/012, p. 6 ; D. PIRE, « La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse », *o.c.*, p. 193. La loi prévoit cependant que le juge informe le mineur du contenu du rapport et vérifie si le rapport exprime correctement les opinions de celui-ci (art. 1004/1, § 5, al. 2, C. jud.) (D. PIRE, « Tribunal de la famille et de la jeunesse : loi réparatrice », *o.c.*, pp. 180-181).

(155) Le rapport n'est pas signé par le mineur (art. 1004/1, § 5, al. 2 et 3, C. jud.). Voy., déjà sous le droit ancien : Liège, 29 novembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 406 ; Liège, 11 mai 2004, *J.T.*, 2004, p. 745 ; Anvers, 24 mars 2004, *NjW*, 2004, p. 1100, note G.V. ; Liège, 17 décembre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1577 ; Civ. Dendermonde (jeun.), 23 janvier 1997, *T.G.R.*, 1997, p. 60.

(156) Civ. Verviers (jeun.), 18 mars 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1523 (somm.).

(157) Voy. not. : N. GALLUS, « La spécificité de l'expertise médico-psychologique dans les relations parentales », *Rev. dr. U.L.B.*, 1996, p. 175 ; Ph. KINOO, « L'expertise médico-psychologique en droit familial », *Rev. dr. U.L.B.*, 1996, p. 187 ; N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, *o.c.*, pp. 447 et s. ; S. REISSE et M. BELLEFROID, « Het maatschappelijk onderzoek : opheldering ten behoeve van de familierechtbank », *T. Fam.*, 2014, p. 215 ; J.-L. RENCHON, « Le risque de rupture d'un lien parent-enfant », *o.c.*, pp. 254-255 ; B. VAN DIEREN, M. DE HEMPTINE et J.-L. RENCHON, « Le risque de rupture du lien parent-enfant et l'expertise axée sur la collaboration parentale », *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 261 ; D. VAN HERSTRAETEN, « De l'intérêt de l'enfant en justice », in *Les recompositions familiales* (N. GALLUS éd.), Limal, Anthemis, 2015, pp. 53-59.

(158) Voy., sous l'empire de l'ancien article 387bis, al. 3 : Liège, 19 juin 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 142 (somm.) ; Bruxelles (jeun.), 21 mai 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 857 (expertise pédo-psychiatrique) ; Bruxelles, 3 mars 2005, *NjW*, 2005, p. 1169, note G.V. (expert psychiatre ; parent pouvant être atteint de troubles psychiques). Pour plus de détails : N. MASSAGER, *droit familial de l'enfance*, *o.c.*, pp. 446 et s.

Il peut faire procéder à une *étude sociale* par un service compétent<sup>(159)</sup>, et soumettre l'enfant à un *examen médico-psychologique* lorsque le dossier qui lui est soumis ne lui paraît pas suffisant (art. 1253ter/6, al. 3, C. jud.). Dans ce cas, il ne peut, sauf extrême urgence, rendre sa décision ou modifier une décision qu'en connaissance de l'avis du service social, sauf si l'avis n'est pas remis dans le délai qu'il a fixé ou dans les 75 jours (art. 1253ter/6, al. 4, C. jud.). Les parties en auront connaissance avant l'audience (art. 1253ter/6, al. 5, C. jud.).

Enfin, le juge a toute latitude pour demander au ministère public d'obtenir des *informations* sur les questions qu'il pose limitativement. À nouveau les parties en sont averties par le tribunal (art. 872 C. jud., réd. L. 30 juillet 2013).

## § 2. Exercice exclusif

**762. Condition : désaccords fondamentaux. Conséquences.** Parfois la règle de l'exercice conjoint de l'autorité parentale ne résiste pas aux dissensions qui accompagnent la séparation. Si les parents séparés<sup>(160)</sup> divergent quant aux options fondamentales de l'éducation des enfants, le risque de décision unilatérale empiétant sur les prérogatives de l'autre parent (voie de fait) s'accroît et les périodes successives d'hébergement sont source d'anxiété ou de conflits, pour l'enfant comme pour les parents. Une réorientation de l'exercice de l'autorité parentale vers plus d'exclusivité au profit d'un des parents s'impose. Cela n'est pas contraire au droit au respect de la vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>(161)</sup>. Cependant, le risque réel de dévalorisation du parent non titulaire par le parent « triomphant » dans une telle demande<sup>(162)</sup>, voire par la seule perte de ses prérogatives, implique retenue et recours marginal à cette solution, ce que confirme la jurisprudence récente<sup>(163)</sup>. La motivation du jugement est à cet égard cruciale et doit être ample et circonstanciée.

(159) Ex : Bruxelles, 5 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 819, note.

(160) Pour les parents unis, l'exercice exclusif de l'autorité parentale n'est pas concevable ; le juge peut tout au plus tempérer l'exercice conjoint en autorisant un parent à accomplir seul un acte discuté ou prendre lui-même une décision dans l'intérêt de l'enfant (F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 517, n° 871). Si les parents se réconcilient et vivent à nouveau ensemble, une décision d'exercice exclusif est caduque (S. AUDOORE, « Overzicht van rechtspraak (2003-2011). De uitoefening van het ouderlijk gezag », *T. Fam.*, 2013, p. 61, n° 23).

(161) D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, o.c., p. 552, n° 749 et les réf. cit.

(162) Mons, 12 décembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 115.

(163) S. AUDOORE, « Overzicht van rechtspraak (2003-2011). De uitoefening van het ouderlijk gezag », o.c., p. 58, n°s 10-11.

La réorientation la plus complète est l'attribution de l'exercice exclusif de *toutes* les prérogatives de l'autorité parentale à l'un des parents, système qui caractérisait l'ancien régime d'autorité parentale en cas de séparation.

Les conditions de mise en place d'un exercice exclusif sont, aux termes de la loi, rencontrées dans trois hypothèses, vérifiées de manière très restrictive par les juges (art. 374, § 1<sup>er</sup>, al. 2)<sup>(164)</sup> :

- absence réelle d'accord<sup>(165)</sup> sur l'organisation de l'hébergement de l'enfant, sur les décisions importantes concernant sa santé, son éducation, sa formation, ses loisirs et sur son orientation religieuse ou philosophique, cette énumération n'étant pas limitative ;
- accord des parents sur ces points contraire à l'intérêt de l'enfant<sup>(166)</sup> ;
- exceptionnellement, en cas de quasi-impossibilité matérielle d'accord sur ces divers points (ex. résidences dans des pays étrangers<sup>(167)</sup>, emprisonnement<sup>(168)</sup>, déficiences psychiques ou addictions), à distinguer de l'indisponibilité d'un des parents, critère d'hébergement principal chez l'autre.

Le juge dispose d'un très large pouvoir d'appréciation et doit exiger du parent demandeur la preuve que le partage du pouvoir décisionnel est délétère pour l'enfant<sup>(169)</sup>, sur la base d'une expérience vécue et de faits avérés<sup>(170)</sup>, étrangers au vécu par les parents de leur ancienne relation affective. Si les deux parents demandent l'exercice exclusif, le juge pourrait encore décider de maintenir l'exercice conjoint<sup>(171)</sup>. Il n'est donc nullement tenu de déférer à la demande ni de lui donner l'ampleur souhaitée, et peut préférer des solutions nuancées (*infra*, n° 766).

La jurisprudence révèle que les juges recourent à la solution extrême de l'exercice exclusif généralisé dans les cas les plus graves où le maintien de l'exercice conjoint de l'autorité parentale serait manifestement

(164) G. HIERNAUX, « Difficultés actuelles en matière d'autorité parentale et d'hébergement », *o.c.*, pp. 134 à 137.

(165) Gand, 13 février 2003, *T.J.K.*, 2003, p. 176. La jurisprudence est principalement citée *infra*, n° 770, au titre des mesures judiciaires d'aménagement de l'autorité parentale.

(166) P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Louvain, Acco, 2011, n° 996.

(167) Bruxelles, 22 avril 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 200.

(168) Pour le maintien conjoint de l'exercice : Mons, 25 mai 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1233.

(169) S. AUDOORE, « Overzicht van rechtspraak (2003-2011). De uitoefening van het ouderlijk gezag », *o.c.*, p. 56, n° 7.

(170) N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, *o.c.*, p. 262.

(171) Anvers, 29 mai 2007, *NjW*, 2008, p. 777, note G. VERSCHULDEN.

préjudiciable à l'enfant<sup>(172)</sup>, ou exceptionnellement à titre de sanction<sup>(173)</sup> ou de remède à un total désintéret de la part d'un parent<sup>(174)</sup>. Bien souvent, il est préférable, dans l'intérêt de l'enfant, de maintenir l'exercice conjoint malgré les désaccords<sup>(175)</sup>, afin de ne pas nier à ses yeux l'importance respective de ses deux parents<sup>(176)</sup>.

Lorsque le juge décide d'attribuer toutes les prérogatives de l'autorité parentale à l'un des parents, ce dernier prend seul toutes les décisions relatives à la personne de l'enfant, à ses biens, jouit seul des revenus de ceux-ci<sup>(177)</sup> et le représente seul<sup>(178)</sup> (art. 374, § 1<sup>er</sup>, al. 2, 376, al. 3, et 384 *in fine*).

Les tiers agissent valablement avec le parent exerçant seul l'autorité parentale, ne peuvent lui refuser le droit d'agir même s'ils connaissent le désaccord de l'autre parent, et ne peuvent traiter valablement avec ce dernier<sup>(179)</sup>. L'autre parent conserve ses prérogatives d'autorité parentale

(172) Bruxelles, 30 juin 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1164, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 215, note M. FALLON ; Gand, 13 février 2003, *J.T.*, 2004, p. 216, obs. K. MARTENS, R.W., 2003-2004, p. 1732, note P. DE POOTER et F. JUDO, *J.D.J.*, 2004, n° 237, p. 43, *T.J.K.*, 2003, p. 176, *NjW*, 2003, p. 635, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 286 (somm.) (pratiques sectaires) ; Bruxelles, 21 octobre 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 647 ; Civ. Bruxelles (réf.), 17 novembre 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 222 (déplacement illégal d'enfant) ; Civ. Namur, 14 février 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1052 ; Civ. Bruxelles (réf.), 22 novembre 1995, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 438 ; Civ. Liège (réf.), 23 juin 1995, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 422. Comp. : Civ. Liège, 6 juin 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1236, note (exercice exclusif à la mère qui bafoue systématiquement l'exercice conjoint... pour éviter des conflits ultérieurs et permettre à la mère d'assumer seule ses décisions) ; G. HIERNAUX, « L'autorité parentale », *J.T.*, 2012, p. 399 ; G. HIERNAUX, « Difficultés actuelles en matière d'autorité parentale et d'hébergement », *o.c.*, p. 132.

(173) Bruxelles, 30 juin 2005, précité ; Civ. Nivelles (jeun.), 5 janvier 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 512. En aucun cas une telle décision ne peut sanctionner un défaut d'entretien financier de l'enfant (S. AUDOORE, « Overzicht van rechtspraak (2003-2011). De uitoefening van het ouderlijk gezag », *o.c.*, p. 61, n° 26).

(174) Gand, 25 février 2001, *T.J.K.*, 2001, p. 77. Pour une analyse approfondie de ce critère, en ce compris le défaut procédural à l'audience décisive : S. AUDOORE, « Overzicht van rechtspraak (2003-2011). De uitoefening van het ouderlijk gezag », *o.c.*, pp. 61-63, n°s 27-31.

(175) Anvers, 6 mars 2002, *NjW*, 2002, p. 97, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 649 (somm.) ; Mons, 12 décembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 115 ; Civ. Bruxelles, 14 avril 2005, *Journ. proc.*, 2005, n° 504, p. 24 ; Civ. Liège, 26 avril 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1187 ; Civ. Bruxelles (réf.), 13 novembre 1997, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 311 ; Civ. Bruxelles, 13 juin 1997, *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 617, note J.-L. RENCHON ; Civ. Nivelles (jeun.), 19 novembre 1996, *J.D.J.*, 1997, p. 230, note V. MACQ ; Civ. Bruxelles, 22 février 1996, *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 617, note J.-L. RENCHON ; Civ. Charleroi, 23 novembre 1995, *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 92.

(176) En ce sens : J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *o.c.*, pp. 413-414, n° 53.

(177) En cas d'abus, l'autre parent peut, sur la base de son droit de surveillance, contester le principe même de l'exercice exclusif de l'administration des biens par l'autre parent et obtenir une nuance de l'exercice exclusif (*infra*, n° 767). Voy. : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n° 1135 ; *contra* : J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *o.c.*, p. 427, n° 68.

(178) P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n° 1348 ; *contra*, à tort : Civ. Bruges, 21 octobre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 314 (somm.), *T.G.R.*, 2006, p. 128.

(179) Application : J.P. Tournai, 16 février 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 856 (un établissement de soins ne peut pas réclamer au parent non attributaire le paiement de soins prodigués à son enfant). Tout au plus, les tiers pourront-ils s'enquérir auprès de l'autre parent de la nature des pouvoirs de celui

« au sens large » et les exerce conformément à leur régime particulier (*supra*, n° 747).

**763. Hébergement de l'enfant.** Le juge détermine les modalités de l'hébergement de l'enfant et le lieu où il est inscrit à titre principal dans les registres de la population (art. 374, § 1<sup>er</sup>, al. 5). Cette disposition présente beaucoup moins d'intérêt qu'en cas de maintien de l'exercice conjoint, car le droit d'éducation de l'enfant, qui comprend son hébergement, accompagne en principe l'attribution exclusive de toutes les prérogatives de l'autorité parentale. Il ne reste à l'autre parent qu'un droit aux relations personnelles (voir ci-dessous).

En théorie, l'organisation d'un hébergement égalitaire est possible dans le cadre d'un exercice exclusif de l'autorité parentale<sup>(180)</sup>. Il ne s'agira cependant pas d'un « hébergement » égalitaire, mais d'une modalisation (exceptionnelle) du droit aux relations personnelles du parent non attributaire de l'exercice exclusif de l'autorité parentale<sup>(181)</sup>.

**764-765. Droits du parent n'exerçant pas l'autorité parentale. Relations personnelles. Surveillance. Information.** L'exercice exclusif de l'autorité parentale démembrer le droit-devoir d'éducation : le parent qui n'exerce pas l'autorité parentale n'est titulaire que d'un « droit aux relations personnelles » – l'ancien « droit de visite » –, dont le juge fixe les modalités (art. 374, § 1<sup>er</sup>, al. 4)<sup>(182)</sup>.

Le droit aux relations personnelles n'est pas réductible à l'hébergement de l'enfant sous le même toit et s'exerce sous diverses formes. La plus courante est l'*hébergement secondaire* par le titulaire du droit aux relations personnelles<sup>(183)</sup>. Ce dernier entretient ses *contacts* avec l'enfant pendant ses périodes d'hébergement et peut être autorisé à en avoir pendant les périodes d'hébergement principal de l'enfant par le titulaire de l'exercice de l'autorité parentale<sup>(184)</sup>, cela par une présence physique ou par

qui prétend agir seul. Voy. : J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *o.c.*, pp. 430-431, n° 70-71.

(180) J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *o.c.*, p. 418, n° 57.

(181) En outre, dans ce cas, l'art. 374, § 2, al. 2, ne trouve pas matière à s'appliquer (*supra*, n° 760-1), de sorte que le juge n'est pas tenu d'examiner prioritairement la possibilité de fixer un tel « hébergement » (Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-1673/001, p. 12 ; D. PIRE, « La nouvelle loi sur l'hébergement égalitaire », *o.c.*, p. 197).

(182) Bruxelles (vac.), 3 juillet 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1523. Le juge n'est tenu de préciser les modalités du droit aux relations personnelles que si le parent à qui ce droit est octroyé le demande (Cass., 3 octobre 2014, *J.D.J.*, 2015, n° 345, p. 45 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 330 (somm.), *R.W.*, 2014-2015, p. 1467 (somm.)).

(183) Voy. not. : Bruxelles, 5 décembre 2007, *Act. dr. fam.*, 2008, p. 13, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1360 ; Bruxelles, 6 décembre 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 197 ; Civ. Nivelles (réf.), 29 janvier 1999, *Div. Act.*, 1999, p. 89, note A.-Ch. VAN GYSEL ; J.P. Landen-Zoutleeuw, 18 décembre 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 1472, *J.D.J.*, 2003, n° 228, p. 36 (somm.).

(184) J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *o.c.*, p. 420, n° 58.

d'autres moyens de communication (rencontres ou déjeuners<sup>(185)</sup>, visite au domicile du parent exerçant l'autorité parentale<sup>(186)</sup>, téléphone<sup>(187)</sup>, GSM de l'enfant<sup>(188)</sup>, *e-mails*<sup>(189)</sup>, *chat*, *skype*, etc.). Ces solutions sont souvent dictées par les faits – éloignement des parents<sup>(190)</sup>, tensions avec les enfants<sup>(191)</sup> – et visent à ne pas dévaloriser le parent privé de l'exercice de l'autorité parentale.

Dans les situations les plus tendues, si le juge craint qu'un droit aux relations personnelles sous forme d'un hébergement ne soit pas conforme à l'intérêt de l'enfant, il peut suspendre ce droit pour une certaine période<sup>(192)</sup> ou ordonner qu'il soit exercé dans le cadre d'un « Espace-rencontres »<sup>(193)</sup> en vue d'aboutir à la normalisation des rapports<sup>(194)</sup>. Les juges et les conseils des parents seront particulièrement attentifs au risque de rupture du lien parental et motivés dans l'exploitation des moyens de le reconstruire, le cas échéant<sup>(195)</sup>.

(185) Gand, 13 février 2003, *J.T.*, 2004, p. 216, obs. K. MARTENS, *R.W.*, 2003-2004, p. 1732, note P. DE POOTER, *J.D.J.*, 2004, n° 237, p. 43, *T.J.K.*, 2003, p. 176 ; Civ. Nivelles (jeun.), 28 juin 1983, *Rev. trim. dr. fam.*, 1986, p. 113.

(186) En France : Pau, 22 juin 1999, *J.C.P.*, 1999, IV, 3114 (détention d'un chien dangereux par le père d'un enfant de quatre ans).

(187) Civ. Bruxelles (réf.), 2 février 1995, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 411.

(188) Civ. Bruxelles (réf.), 22 avril 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 355.

(189) Civ. Bruxelles (jeun.), 1<sup>er</sup> septembre 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 358.

(190) Voy. : A. DE WOLF, « 'Lange-afstand'-ouders in de rechtspraak over gezags- en contactrecht », *E.J.*, 2002, p. 18 ; N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance, o.c.*, pp. 559 et s.

(191) Civ. Liège (réf.), 6 juin 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1236, note (père disposé à accueillir les enfants).

(192) Gand, 2 octobre 2000, *T.J.K.*, 2001, p. 114, note G. DECOCK.

(193) Bruxelles, 29 janvier 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 399. *Adde* : Décret du Parlement wallon du 7 mars 2013 qui organise, par arrondissement judiciaire, les antennes d'Espaces-rencontre ; Arrêté du Gouvernement wallon du 11 juillet 2013 qui impose la création, par antenne, d'au moins une pièce aménagée spécialement en vue des rencontres entre parents et enfants.

(194) Mons, 16 avril 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1204 (grands-parents – art. 375bis) ; Bruxelles (jeun.), 9 septembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 537 (père biologique) ; Mons, 1<sup>er</sup> mars 2005, *Div. Act.*, 2006, p. 47 ; Mons, 19 janvier 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 522 (après enlèvement) ; Bruxelles, 27 mai 2004, *NjW*, 2004, p. 918, note G.V. ; Mons, 5 mars 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1155 ; Mons, 20 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1216 ; Civ. Bruxelles, 23 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1076 (père biologique) ; Civ. Bruxelles, 14 avril 2005, *Journ. proc.*, 2005, n° 504, p. 24 ; Civ. Liège, 26 avril 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1187 ; Civ. Liège, 7 février 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1171 ; Civ. Mons (jeun.), 25 octobre 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 340 ; Civ. Bruxelles (jeun.), 24 novembre 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 362 ; Civ. Bruxelles (réf.), 4 février 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 347 ; Civ. Nivelles (réf.), 9 mai 1995, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 560 ; Civ. Nivelles (jeun.), 28 février 1995, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 556 ; J.P. Molenbeek-Saint-Jean, 14 novembre 1995, *E.J.*, 1998, p. 77, note A. DE WOLF ; comp. : Civ. Bruxelles (jeun.), 24 novembre 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 362. Voy. : F. LIGOT, « Un service 'espace-rencontre' en perspective par arrondissement judiciaire », *Div. Act.*, 2000, p. 106 ; N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance, o.c.*, pp. 330-335 ; J.-L. RENCHON, « Quelques réflexions à propos de la 'guidance' dans les conflits relatifs à la garde ou au droit de visite d'un enfant de parents séparés », *Rev. trim. dr. fam.*, 1988, p. 435 ; F. REUSENS, « Les espaces-rencontres : services de soutien à la parentalité », *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1218 ; I. SAYN, « L'expérience des lieux d'accueil pour l'exercice du droit de visite », in *Sociologie judiciaire du divorce* (J. HAUSER éd.), Paris, Economica, 1998, p. 85.

(195) M. GOFFIN, « La rupture et la reconstitution du lien parental : aspects psychologiques », in *Filiation et parentalité* (J.-L. RENCHON et J. SOSSON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 205 et s. ;

Le droit aux relations personnelles ne sera refusé que pour des motifs très graves (art. 374, § 1<sup>er</sup>, al. 4)<sup>(196)</sup>, par exemple la violence du parent<sup>(197)</sup>, le fait d'être ensemble étant, pour le parent et l'enfant, une composante de la vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>(198)</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme contrôle les motifs des restrictions, qui doivent être mises en place dans une procédure rapide, ces motifs devant être centrés sur l'intérêt de l'enfant et non discriminatoires<sup>(199)</sup>. On rappellera qu'elle impose aux États membres l'obligation (positive) de faciliter l'exercice du droit aux relations personnelles (*supra*, n° 746). Au plan individuel, cette obligation s'impose au dépositaire de l'exercice exclusif de l'autorité parentale, quels que soient ses sentiments personnels vis-à-vis de l'autre parent<sup>(200)</sup>.

Le parent qui n'exerce pas l'autorité parentale demeure impliqué dans les domaines personnels et patrimoniaux de celle-ci grâce à un « droit de surveillance », qui comprend un « droit d'information » et un « droit de recours » auprès du juge compétent (art. 374, § 1<sup>er</sup>, al. 4 *in fine* ; art. 376, al. 4 *in fine*). Ce droit peut également être aménagé par le juge, notamment restreint si son exercice est déraisonnable ou perturbe l'éducation de l'enfant<sup>(201)</sup>.

J.-L. RENCHON, « Le risque de rupture d'un lien parent-enfant », *o.c.*, pp. 223 et s.

(196) Gand, 3 mars 2008, *NjW*, 2009, p. 82, note G.V. (rejet) ; Mons, 15 septembre 1998, *J.D.J.*, 1999, n° 181, p. 41, note C. MANGIN ; J.-L. RENCHON, « La fonction parentale au temps du divorce », *o.c.*, p. 421, n° 59 ; J. SOSSON, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », *o.c.*, p. 151, n° 52.

(197) N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, *o.c.*, p. 481. Et sur la délicate problématique des allégations d'abus sexuels invoqués à titre de motif très grave : *ibid.*, p. 490. En droit européen : G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2005-2008) », *o.c.*, nos 81 et s.

(198) C.E.D.H., *Zhou c. Italie*, arrêt du 21 janvier 2014, *N.J.B. (Pays-Bas)*, 2014, p. 856 ; C.E.D.H., *Penchevi c. Bulgarie*, arrêt du 10 février 2015, *Revue@dipr.be*, 2015, p. 8 (somm.), note L. DESCHUYTENEER ; S. MOSSELMANS, « Een evolutie op het terrein van het ouderlijk gezag, het omgangsrecht, het hoorrecht van minderjarigen en het recht op informatie van ouders en hun minderjarige kinderen : het E.V.R.M., 'The recommendation on parental responsibilities' en het I.V.R.K. als leidraad », *o.c.*, p. 581 ; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, *o.c.*, p. 520, n° 708 et p. 555, n° 756 et les réf. cit. ; G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2005-2008) », *o.c.*, nos 72 et s. et G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011) », *o.c.*, pp. 86 et s.

(199) C.E.D.H., *P.V. c. Espagne*, arrêt du 30 novembre 2010, *J.D.E.*, 2011, p. 20 (somm.), *J.D.J.*, 2010, n° 300, p. 59 (somm.), note *J.D.J.*, 2011, n° 302, p. 41 (restriction du droit de visite d'un père transsexuel en raison de son instabilité émotionnelle – absence de discrimination) ; C.E.D.H., *Vojnity c. Hongrie*, arrêt du 12 février 2013, *N.J.B. (Pays-Bas)*, 2013, p. 684. D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, *o.c.*, pp. 556-559, nos 757-760 et les réf. cit.

(200) Cette obligation est appréciée par la Cour de cassation sous l'angle du devoir d'éducation et sanctionnée par le délit de non-représentation d'enfants (art. 432 C. pén. ; *supra*, nos 749-750 et *infra*, n° 779).

(201) Civ. Charleroi (jeun.), 16 décembre 1998, *J.D.J.*, 2000, n° 198, p. 32 (rejet d'une demande d'information au motif qu'elle ne serait pas formulée dans l'intérêt de l'enfant).

Toute information utile dans le domaine scolaire, médical ou culturel et en matière d'administration des biens de l'enfant, doit être transmise par le parent qui exerce l'autorité parentale, ainsi que par les tiers associés aux décisions prises ou envisagées dans ces domaines (ex. : école, médecin, locataires, créanciers, *etc.*).

L'autre parent pourra diriger un recours *a priori* ou *a posteriori* contre un projet de décision ou une décision déjà adoptée, mais seulement pour contrariété à l'intérêt de l'enfant<sup>(202)</sup>, cette notion présupposant que son rôle éducatif ne soit pas totalement nié<sup>(203)</sup>.

### § 3. Exercices conjoint et exclusif combinés

**766. Exercice conjoint tempéré.** La combinaison de l'exercice conjoint et de l'exercice exclusif est autorisée par la loi (art. 374, § 1<sup>er</sup>, al. 3)<sup>(204)</sup>, dans l'intérêt de l'enfant, lorsque les dissensions parentales ne sont pas de nature à imposer la solution la plus radicale et qu'il est encore possible de maintenir un exercice conjoint dans les secteurs où le désaccord est moindre.

Même si la loi ne le prévoit pas expressément, la solution la plus fidèle au principe consiste à maintenir conjoint l'exercice de l'autorité parentale, sauf dans certains domaines de l'éducation de l'enfant ou de l'administration de ses biens où tel parent décidera seul<sup>(205)</sup>. En quelque sorte, le juge organise de manière générale une situation comme il aurait pu la régler pour un acte particulier s'il avait été saisi d'un recours<sup>(206)</sup>.

**767. Exercice exclusif tempéré.** Plus fréquemment, le juge applique une solution symétrique à la précédente et décide que l'autorité parentale est exercée à titre exclusif par l'un des parents, mais que certaines décisions seront prises conjointement (art. 374, § 1<sup>er</sup>, al. 3), généralement celles

(202) Anvers, 12 septembre 2003, *NjW*, 2004, p. 1405, note RdC, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 783 (somm.).

(203) J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *o.c.*, p. 424, n° 63.

(204) La loi limite cette possibilité au domaine de l'éducation et ne la prévoit pas pour l'administration des biens de l'enfant. Il convient néanmoins de l'y étendre, d'autant que les procédures d'habilitation requièrent le plus souvent la collaboration des deux parents (Bruxelles, 3 avril 2007, *T. Fam.*, 2007, p. 96, note T. WUYTS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 253 (somm.); J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *o.c.*, pp. 428-429, n°s 68-69; J. SOSSON, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », *o.c.*, p. 153, n° 54; *contra* : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n° 1100).

(205) Bruxelles, 3 avril 2007, précité (placement de la mère sous administration provisoire; administration légale des biens du mineur exercée exclusivement par le père). *Adde* : G. HIERNAUX, « Difficultés actuelles en matière d'autorité parentale et d'hébergement », *o.c.*, pp. 133-134.

(206) J. SOSSON, « L'administration légale par les père et mère », in *Tutelle et administration légale. Questions d'application des lois du 29 avril 2001 et du 13 février 2003* (J. SOSSON éd.), Bruxelles, Larcier, 2005, p. 21, n° 10. Rapp. : art. 373, al. 4, pour les parents vivant ensemble (J. GERLO et G. VERSCHULDEN, *Handboek voor familierecht*, *o.c.*, p. 230, n° 683).

d'une importance particulière (ex. : choix de la résidence, orientation scolaire, linguistique, philosophique, soins de santé, gestion financière, gestion immobilière, *etc.*)<sup>(207)</sup>.

Cette solution doit être préférée à l'exercice exclusif généralisé car elle accroît l'implication du parent n'exerçant pas l'autorité parentale à titre principal.

Selon nous, la présomption d'accord vis-à-vis des tiers de bonne foi s'applique en pareille hypothèse aux actes soumis à l'exercice conjoint<sup>(208)</sup>.

## SECTION 5

### Contrôle judiciaire

**768. Division.** L'autorité parentale étant un faisceau de droits-fonctions, son exercice est contrôlé par le juge. Le rôle de l'autorité croît en cette matière à mesure que s'étendent les droits (fondamentaux) des enfants. Après avoir examiné les recours offerts aux parents pour aménager l'exercice de l'autorité parentale ou contre un acte particulier de celle-ci, nous évoquerons les problématiques de l'exécution des décisions judiciaires et de la protection pénale en matière d'autorité parentale.

#### § I. Aménagement de l'exercice de l'autorité parentale

**769. Compétence. Saisine permanente.** Le tribunal de la famille est seul compétent pour ordonner ou modifier, dans l'intérêt de l'enfant, toute disposition relative à l'autorité parentale, conformément aux articles 1253ter/4 à 1253ter/6 du Code judiciaire (art. 387bis C. civ.)<sup>(209)</sup>. En forme de règle de compétence, cet article porte la base légale du pouvoir du juge d'aménager l'exercice de l'autorité parentale établi par une convention antérieure entre les parents ou par une précédente décision judiciaire, ou pas encore

(207) Bruxelles, 5 décembre 2007, *Act. dr. fam.*, 2008, p. 13, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1360 (exercice conjoint limité aux questions de scolarité, religion, soins de santé) ; Gand, 13 février 2003, *J.T.*, 2004, p. 216, obs. K. MARTENS, R. W., 2003-2004, p. 1732, note P. DE POOTER, *J.D.J.*, 2004, n° 237, p. 43, *T.J.K.*, 2003, p. 176 (refus de mettre en place un tel système) ; Liège, 17 octobre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 946, *J.T.*, 2001, p. 473 (scolarité) ; Civ. Bruxelles (réf.), 7 juin 1996, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 400 (scolarité, parascolarité, religion, soins de santé) ; comp. : Civ. Bruxelles (réf.), 11 octobre 1995, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 434 (scolarité, religion, langue).

(208) Dans le même sens : J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *o.c.*, p. 432, n° 72 ; *contra* : J. GERLO et G. VERSCHULDEN, *Handboek voor familierecht*, *o.c.*, p. 230, n° 682 ; J. SOSSON, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », *o.c.*, p. 153, n° 54.

(209) Ce principe était déjà formulé par la jurisprudence antérieure à la réforme de 1995 (Cass., 13 septembre 1985, *Rev. trim. dr. fam.*, 1986, p. 226, note J.-L. RENCHON ; Cass., 9 février 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 671).

organisé<sup>(210)</sup>. Autre chose est, pour ce même tribunal, d'assurer le respect d'une décision rendue et inexécutée (art. 387ter ; *infra*, n° 777).

La saisine du tribunal de la famille<sup>(211)</sup> pour les causes touchant à l'autorité parentale, au droit d'hébergement et au droit aux relations personnelles avec un enfant mineur, est *permanente* (art. 1253ter/7 C. jud.) : la cause reste au rôle sans limitation dans le temps (art. 1253ter/7). La loi du 30 septembre 2013 range ces causes parmi celles réputées urgentes<sup>(212)</sup> bénéficiant d'office de la saisine permanente (art. 1253ter/4, § 2, 2° et 3°, C. jud. ; *supra*, n° 362-363). Cela permet aux parties, en cas d'élément nouveau au sens de la loi<sup>(213)</sup>, de ramener<sup>(214)</sup> la cause devant le tribunal par dépôt de conclusions ou demande écrite au greffe<sup>(215)</sup>. Cette innovation est encourageante : les parties épargnent les frais de l'introduction d'une nouvelle procédure et l'accès au juge est plus facile et rapide<sup>(216)</sup>, une nécessité en matière d'autorité parentale (*supra*, n° 746 ; *infra*, n° 777). Le recours abusif (fréquent) au mécanisme de la saisine

(210) Cela explique pourquoi le parent qui demande une modification de l'aménagement de l'exercice de l'autorité parentale tel que fixé par les *conventions préalables à divorce par consentement mutuel* ne doit pas faire état de « circonstances nouvelles et indépendantes de sa volonté modifiant sensiblement la situation » au sens de l'art. 1288, al. 2, C. jud., mais simplement de circonstances nouvelles, l'intérêt de l'enfant étant « dans ce cas » le seul critère de décision, selon la Cour de cassation (Cass., 28 juin 2012, *T. Fam.*, 2013, p. 124, note B. VAN HEK, *Pas.*, 2012, p. 1506, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 108, R. W., 2013-2014, p. 174, note, *T.J.K.*, 2012, note R. VASSEUR ; Bruxelles, 26 novembre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 849 ; J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *o.c.*, p. 406, n° 45 ; J. SOSSON, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », *o.c.*, p. 161, n° 63 ; *contra* : Civ. Gand (jeun.), 11 juillet 2007, *T.J.K.*, 2007, p. 327, note R. VASSEUR. Il n'en va pas de même si la modification sollicitée porte sur l'entretien de l'enfant (*supra*, n° 585 ; *contra* : B. VAN HEK, note précitée).

(211) En vertu du mécanisme de saisine permanente, les juridictions valablement saisies avant l'entrée en vigueur de la loi du 30 juillet 2013 demeurent compétentes après le 1<sup>er</sup> septembre 2014 mais elles sont tenues de respecter les règles de procédure introduites par la loi novelle à dater de son entrée en vigueur (art. 3 C. jud.) (M. PETIT, « Une famille – Un dossier – Un droit ? », *Rec. gén. enr. not.*, 2014, p. 376 ; A. BECKERS, P. SENAËVE, « Familie- en jeugdrechtbank. Het overgangsrecht van de wet van 30 juli 2013 », *T. Fam.*, 2014, p. 152).

(212) Bruxelles, 8 décembre 2014, *Act. dr. fam.*, 2015, p. 94.

(213) Art. 1253ter/7, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, C. jud. : « 1° de manière générale, un élément inconnu lors de la première demande ; 2° en matière alimentaire, des circonstances nouvelles propres aux parties ou aux enfants et susceptibles de modifier sensiblement leur situation ; 3° en matière d'hébergement, de droit aux relations personnelles et d'exercice de l'autorité parentale, des circonstances nouvelles qui sont susceptibles de modifier la situation des parties ou celle de l'enfant. Toutefois, dans ce dernier cas, le tribunal ne pourra faire droit à cette nouvelle demande que si l'intérêt de l'enfant le justifie ». Pour une critique : D. PIRE, « La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse », *o.c.*, p. 190.

(214) Trib. fam. Bruxelles, 18 décembre 2014, *Act. dr. fam.*, 2015, p. 99 (irrecevabilité des demandes visées à l'article 1253ter/5 formées pour la première fois par voie de conclusions) ; Civ. Huy (jeun.), 26 mars 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 220.

(215) Les éléments nouveaux doivent être indiqués dans les conclusions ou la demande écrite, à peine de nullité (art. 1253ter/7, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup> *in fine* et art. 861, C. jud.) (D. PIRE, « La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse », *o.c.*, p. 190).

(216) Rapp. : art. 51, § 2, L. du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait (pour plus de détails : D. PIRE, « La nouvelle loi sur l'hébergement égalitaire », *o.c.*, pp. 206-207, n° 28).

permanente est sanctionné (rarement) par une amende ou des dommages et intérêts (art. 1253ter/7, § 2, C. jud.).

Devant le tribunal, les parties sont tenues, dans toutes les causes concernant des enfants mineurs, de comparaître en personne à l'audience d'introduction et à l'audience où sont discutées les questions concernant les enfants ainsi qu'aux audiences de plaidoiries, sous réserve de dispense par le juge<sup>(217)</sup> (art. 1253ter/2, al. 2 et 3, C. jud.) ou d'accord intervenu entre les parties (*supra*, n° 361)<sup>(218)</sup>. Pour augmenter les chances d'un règlement amiable, la loi permet également au juge d'ordonner des comparutions personnelles, sur demande des parties, du ministère public ou d'office (art. 1253ter/3, § 1<sup>er</sup>, al. 2, C. jud.)<sup>(219)</sup>.

**770. Objet des demandes.** La jurisprudence est très riche d'applications de l'article 387bis du Code civil, toutes fondées sur l'intérêt de l'enfant.

Le juge peut modifier l'exercice de l'autorité parentale suivant les modèles proposés ci-dessus et rendre exclusif un exercice jusqu'alors conjoint en raison de désaccords nouveaux ou de contraintes matérielles (ex. : conversion religieuse<sup>(220)</sup>, déménagement à l'étranger<sup>(221)</sup>, rupture de toute relation avec l'enfant<sup>(222)</sup>, non-respect par l'un des parents de l'exercice conjoint<sup>(223)</sup>, ou des horaires d'alternance d'hébergement<sup>(224)</sup>, etc.).

(217) J. MASSON, « La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse », *o.c.*, pp. 186-187. Sur les sanctions : art. 1253ter/2, al. 4 C. jud. (Voy., D. PIRE, « La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse », *o.c.*, p. 187).

(218) En cas d'accord des parties rédigé par un avocat, un notaire ou un médiateur agréé sur toutes les demandes formulées dans l'acte introductif d'instance, la comparution personnelle n'est pas requise et le tribunal homologue leur accord, pour autant que celui-ci ne soit pas manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant. Le juge peut néanmoins encore ordonner la comparution personnelle des parties (art. 1253ter/2, al. 5, C. jud.).

(219) A.-M. BOUDART et C. VANDER STOCK, « La loi portant création du tribunal de la famille et de la jeunesse et les modes alternatifs. Réflexions sur quelques questions choisies », *o.c.*, p. 173.

(220) Gand, 30 juin 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 895 (somm.), R.A.B.G., 2006, p. 504 ; Gand, 13 février 2003, *J.T.*, 2004, p. 216, obs. K. MARTENS, R.W., 2003-2004, p. 1732, note P. DE POOTER et F. JUDO, *J.D.J.*, 2004, n° 237, p. 43, *T.J.K.*, 2003, p. 176, *NjW*, 2003, p. 635, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 286 (somm.) (pratiques sectaires) ; Bruxelles, 25 novembre 1999, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 771 ; J.P. Zomergem, 25 octobre 2005, R.W., 2007-2008, p. 42 (témoins de Jehovah) ; Civ. Bruges (jeun.), 26 janvier 2012, *T.J.K.*, 2012, p. 250, note R. VASSEUR. Sur l'ensemble de la question : P. DE POOTER et F. JUDO, note précitée ; N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, *o.c.*, pp. 545 et s.

(221) Civ. Bruxelles (réf.), 24 février 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 351 (refus de modifier l'exercice exclusif) ; Civ. Liège (réf.), 23 juin 1995, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 422 (exercice exclusif confié au père). Voy. : A. DE WOLF, « 'Lange-afstand'-ouders in de rechtspraak over gezags- en contactrecht », *o.c.*, p. 18 ; N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, *o.c.*, pp. 559 et s.

(222) Civ. Bruxelles, 14 avril 2005, *Journ. proc.*, 2005, n° 504, p. 24 (refus de modifier l'exercice conjoint bien que le père s'en réfère à justice quant à l'octroi à la mère d'un exercice exclusif et demande la suspension de son droit d'hébergement) ; Civ. Bruxelles (réf.), 22 novembre 1995, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 438.

(223) Bruxelles, 30 juin 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1164, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 215, note M. FALLON ; Mons, 1<sup>er</sup> mars 2005, *Div. Act.*, 2006, p. 47 ; Mons, 19 janvier 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 522.

(224) Anvers, 17 mars 2005, R.W., 2007-2008, p. 837.

Le juge peut, inversement, rétablir l'exercice conjoint<sup>(225)</sup>.

L'impossibilité pour un parent de manifester sa volonté défère automatiquement l'exercice de l'autorité parentale à l'autre (art. 375, al. 1<sup>er</sup>)<sup>(226)</sup>.

Le juge peut agir sur les différentes prérogatives de l'autorité parentale<sup>(227)</sup>, dans l'intérêt de l'enfant et non à titre de sanction du comportement d'un parent<sup>(228)</sup> : modifier l'hébergement de l'enfant<sup>(229)</sup>, préciser ses modalités<sup>(230)</sup> ou l'assortir de conditions<sup>(231)</sup>, suspendre<sup>(232)</sup> ou supprimer (pour des motifs très graves) le droit aux relations personnelles (*supra*, n° 764-765), le rétablir en raison de la disparition de la cause de son interdiction<sup>(233)</sup>, *etc.*

Il peut également ordonner des mesures d'exécution forcée si une décision n'est pas respectée (art. 387*ter* ; *infra*, n° 777).

(225) Mons, 28 juin 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 94 (refus de faire droit à la demande suite à l'audition des enfants).

(226) Civ. Liège, 22 février 2010, *J.D.J.*, 2010, n° 297, p. 41 (somm.). Comp. : Bruxelles, 27 mai 2004, *NjW*, 2004, p. 918, note G.V. (contacts avec l'enfant sous surveillance). L'impossibilité durable d'exercer l'autorité parentale dans le chef des deux parents ouvre la tutelle. À moins qu'elle ne résulte d'une décision explicite prise conformément à l'article 492/1, d'une absence présumée ou d'une absence déclarée, cette impossibilité est constatée par le tribunal de la famille conformément à l'article 1236*bis* du Code judiciaire (art. 389, réd. L. du 12 mai 2014).

(227) À l'exception du droit de jouissance légale (P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n°s 1134 et 1136).

(228) F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., pp. 531-533, n° 897.

(229) Bruxelles, 13 mars 2012, *Le Pli juridique*, 2012, p. 34, note F. REUSENS (fatigue des enfants en raison de lourds trajets causés par l'éloignement géographique) ; Liège, 8 mai 2010, *J.D.J.*, 2010, n° 299, p. 43 (conflit ouvert entre les parents ; refus de modifier l'hébergement) ; Bruxelles, 29 novembre 2010, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 148 (déménagement de la mère ; refus de modifier l'hébergement principal chez la mère) ; Gand, 30 juin 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 895 (somm.), *R.A.B.G.*, 2006, p. 504 (adhésion de la mère à un mouvement religieux ; refus de modification) ; Bruxelles, 28 juin 2005, *NjW*, 2006, p. 612, note G.V., *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 895 (somm.) ; Mons, 1<sup>er</sup> mars 2005, *Div. Act.*, 2006, p. 47 ; Mons, 19 janvier 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 522 ; Liège, 24 juin 2003, *J.T.*, 2004, p. 49, *Div. Act.*, 2004, p. 2 (risques de contacts entre les enfants et le milieu de la prostitution dans lequel évolue la compagne transexuelle du père) ; Bruxelles, 6 décembre 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 197 (déménagement ; refus de modifier l'hébergement égalitaire) ; Bruxelles, 28 juin 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 188 (déménagement ; modification de l'hébergement égalitaire) ; Civ. Bruxelles, 29 mars 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 151 (déménagement projeté de la mère ; refus de modifier l'hébergement) ; Civ. Bruxelles (jeun.), 18 avril 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 156 (déménagement de la mère ; refus de modifier l'hébergement) ; Civ. Bruxelles (réf.), 26 juillet 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 160 (déménagement de la mère ; maintien de l'hébergement à titre provisoire dans l'attente d'une expertise) ; Civ. Bruxelles (jeun.), 29 juin 2010, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 219 (déménagement de la mère ; refus de modifier l'hébergement égalitaire) ; Civ. Nivelles (réf.), 8 septembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 704 (changement unilatéral de domicile des enfants décidé par la mère) ; Civ. Bruxelles (réf.), 19 décembre 1997, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 339 (contestation de la paternité du père ; refus de modifier l'hébergement) ; F. OMRANI, « L'expatriation dans la famille désunie : quel est le sort de l'enfant ? Chronique de jurisprudence (2007 – 2013) », o.c., pp. 106 et s.

(230) Anvers, 17 mars 2005, *R.W.*, 2007-2008, p. 837 (précision des horaires de week-end).

(231) Liège, 18 décembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 118 (limiter la participation des enfants aux réunions des témoins de Jéhovah à la seule réunion dominicale durant les week-ends de contact) ; dans le même sens : Liège, 17 octobre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 946, *J.T.*, 2001, p. 473.

(232) Gand, 2 octobre 2000, *T.J.K.*, 2001, p. 114, note G. DECOCK.

(233) Anvers, 11 avril 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 694.

**771. Titulaires du droit d'action. Grands-parents. Tiers.** La loi donne qualité pour agir aux parents, ensemble ou individuellement, ainsi qu'au ministère public.

Les grands-parents sont souvent bien placés pour observer la manière dont est exercée l'autorité parentale, parfois mieux que le ministère public et ses délégués. Ils sont d'ailleurs titulaires « de principe » d'un droit aux relations personnelles avec leurs petits-enfants (art. 375*bis* ; *infra*, n° 781).

Après quelques hésitations antérieures à la réforme de 1995<sup>(234)</sup>, la jurisprudence leur permet d'initier l'action fondée sur l'article 387*bis* du Code civil<sup>(235)</sup>.

Formellement, une telle demande ne peut porter que sur le contrôle de conformité à l'intérêt de l'enfant de l'exercice des prérogatives parentales<sup>(236)</sup>. Mais comme on l'a vu (*supra*, n° 759), la jurisprudence accepte, lorsque l'intérêt de l'enfant l'exige, de confier aux grands-parents un droit d'hébergement de l'enfant<sup>(237)</sup>, droit qui implique qu'ils puissent prendre des décisions de la vie quotidienne de l'enfant<sup>(238)</sup>. Ce démembrement de l'autorité parentale organisé par le juge est apprécié aujourd'hui plus que naguère sous l'angle du respect des droits fondamentaux de l'enfant et

(234) Mons, 21 novembre 1988, *J.T.*, 1989, p. 182 ; Liège, 19 février 1988, *Rev. trim. dr. fam.*, 1989, p. 296.

(235) Liège, 26 juin 2002, *J.T.*, 2003, p. 50, obs. H. SIMON, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 380 ; Civ. Liège (jeun.), 14 avril 2008, *J.D.J.*, 2008, n° 280, p. 35 ; Civ. Namur (réf.), 8 mars 2002, *R.R.D.*, 2002, p. 208 ; *contra* : Bruxelles, 2 mars 2009, *T.J.K.*, 2009, p. 339, note R. VASSEUR ; Civ. Dinant (réf.), 18 août 2008, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 97, *T.J.K.*, 2009, p. 354 ; H. SIMON, note précitée. Rapp. en matière d'aide à la jeunesse : C.A., 10 mars 2004, n° 38/2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 540, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 370. Sur l'ensemble de la question : S. CAP et J. SOSSON, « La place juridique du tiers au lien de filiation », *o.c.*, p. 292, n° 23 ; K. HERBOTS, « Art. 387*bis* B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n°s 1 et 18 ; N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, *o.c.*, p. 327 ; G. HIERNAUX, « Difficultés actuelles en matière d'autorité parentale et d'hébergement », *o.c.*, p. 189 ; J.-L. RENCHON, « La recevabilité des actions en justice introduites par les grands-parents dans le contexte du règlement de l'exercice de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant », *Rev. trim. dr. fam.*, 1989, p. 251 ; T. WUYTS, *Ouderlijk gezag. Een coherente gezagsregeling voor minderjarigen*, Anvers, Intersentia, 2013, pp. 323-330.

(236) P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n° 1155. On ne saurait dès lors trouver dans l'art. 387*bis* une base légale pour l'organisation judiciaire d'une « parenté sociale » au profit du parent éducatif (Y.-H. LELEU, « Parenté sociale et adoption homosexuelle », *o.c.*, p. 7, note 31 ; *contra* : J.-L. RENCHON, note sous C.A., 8 octobre 2003, n° 134/2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 193, n° 8).

(237) J. SOSSON, « L'attribution de la garde matérielle d'un enfant mineur à ses grands-parents », *R.G.D.C.*, 1987, p. 31. Dans le même sens, au profit de parents d'accueil, voy. : Cass., 19 décembre 1975, *R.C.J.B.*, 1977, p. 193, note F. RIGAUX ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n° 1166.

(238) D. VAN GRUNDEBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, *o.c.*, p. 527, n° 717. Plus sévères à ce sujet : A. DE WOLF et F. APS, « Rechtsbescherming bij materiële bewaring van een kind door een derde », *o.c.*, p. 63, n° 30. Selon nous, la décision judiciaire autorise le grand-parent attributaire à s'opposer à une démarche d'un des parents visant à se faire « remettre » l'enfant ; le parent devra solliciter une décision judiciaire modificative sur la base de l'art. 387*bis* (A. DE WOLF et F. APS, « Rechtsbescherming bij materiële bewaring van een kind door een derde », *o.c.*, p. 57, n° 7).

de la protection de la vie familiale, celle des parents comme celle du tiers qui héberge l'enfant (art. 8 C.E.D.H.)<sup>(239)</sup>.

## § 2. Recours contre un acte de l'autorité parentale

**772. Compétence.** Rares sont les recours judiciaires visant des actes particuliers en matière d'autorité parentale, et plus rares encore les révisions de décisions prises par les parents, surtout en matière personnelle. La plupart des conflits se résolvent à l'amiable ou – c'est plus fâcheux – par la résignation du parent placé devant la voie de fait.

L'abandon de l'ancien principe de l'exercice concurrent de l'autorité parentale au profit de l'exercice conjoint revalorise le recours « *a priori* » contre un projet de décision non encore exécuté. Le recours « *a posteriori* » conserve son utilité contre les initiatives isolées contrevenant à la règle du commun accord, plus fréquentes en cas de séparation des parents.

Ces deux types de recours visent à contester la *validité* de l'acte au regard du principe de l'exercice *conjoint* de l'autorité parentale (art. 373, al. 3). En situation d'exercice *exclusif*, ils sont également concevables, à la disposition du titulaire du droit de surveillance et d'information, mais visent à contester l'opportunité de l'acte au regard de l'intérêt de l'enfant (art. 374, § 1<sup>er</sup>, al. 4, et 376, al. 4).

Le tribunal de la famille est compétent pour trancher le différend parental (art. 373, al. 3, réd. L. 30 juillet 2013), à l'exception du cas où le conflit parental apparaît devant le juge de paix saisi d'une demande d'autorisation d'accomplir un acte d'administration patrimoniale (art. 378 *jo.* art. 410 ; *supra*, n° 265).

**773. Recours *a priori*. Exercice conjoint.** Saisi par un parent exerçant conjointement l'autorité parentale en prévision d'une décision qui ne recueille pas son accord, le juge statue en fonction de l'intérêt de l'enfant<sup>(240)</sup> dans un souci de continuité de l'éducation<sup>(241)</sup>. En pratique et pour assurer l'efficacité de sa décision, il procède à une pondération

(239) En ce sens : A. DE WOLF et F. APS, « Rechtsbescherming bij materiële bewaring van een kind door een derde », *o.c.*, pp. 60 et s., n°s 19 et s. Pour une analyse approfondie des aménagements et sanctions de l'autorité parentale au regard des droits fondamentaux des protagonistes : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, *o.c.*, pp. 572 et s. ; G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2005-2008) », *o.c.*, n°s 68 et s.

(240) Mons, 21 octobre 2003, *R.G.D.C.*, 2004, p. 276 ; Mons, 24 décembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 658 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 850 ; Bruxelles, 25 août 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 204 ; Th. MOREAU, « La loi du 13 avril 1995 relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale », *o.c.*, p. 100, n° 12. Sur le critère ancien de la « pratique familiale antérieure » : J. SOSSON, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », *o.c.*, p. 128, n° 19.

(241) Rapp. : D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, *o.c.*, p. 577, n° 799.

de tous les intérêts en présence et, le cas échéant, auditionne l'enfant (art. 1004/1 C. jud.). Le juge a le choix entre trois types de décisions :

- autoriser un parent, pas nécessairement le demandeur, à accomplir seul un ou plusieurs actes déterminés faisant l'objet de la demande ou corrélés à celle-ci<sup>(242)</sup> (art. 373, al. 4)<sup>(243)</sup> ;
- refuser que le demandeur accomplisse seul l'acte contesté<sup>(244)</sup> ;
- à titre exceptionnel et si l'intérêt de l'enfant l'exige, trancher l'affaire au fond et imposer aux parents la décision de son choix, dans le respect du principe dispositif<sup>(245)</sup>.

**774. (suite) Exercice exclusif.** Quand l'autorité parentale est exercée par un seul parent, les recours *a priori* sont moins fréquents. Le parent n'exerçant pas l'autorité parentale, titulaire d'un droit de surveillance et d'information, peut contester seulement l'*opportunité* d'un projet de décision dans l'intérêt de l'enfant (art. 374, § 1<sup>er</sup>, al. 4 *in fine*). Il peut demander

(242) Sur le respect du principe dispositif : J. SOSSON, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », *o.c.*, p. 131, n° 24.

(243) Sur les problématiques autour du *choix de l'école* et du *régime philosophique* : G. HIERNAUX, « Difficultés actuelles en matière d'autorité parentale et d'hébergement », *o.c.*, pp. 144 et s. ; N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, *o.c.*, pp. 287 et s. et pp. 295 et s. ; P. SENAËVE, « De rechter geconfronteerd met betwistingen tussen de ouders inzake schoolkeuzes », *o.c.*, p. 254 ; R. VASSEUR, « Onenigheid tussen gescheiden ouders met betrekking tot de levensbeschouwelijke opvoeding van hun kinderen : potentiële criteria ter nadere invulling van het belang van het kind », *T.J.K.*, 2012, p. 254 ; Bruxelles, 13 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 419, note F.R. (autorisation de la mère à procéder à l'inscription des enfants dans l'école de son choix) ; Bruxelles (jeun.), 24 mai 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 405 (consultation d'un troisième médecin spécialiste avant d'autoriser la circoncision de l'enfant) ; Bruxelles, 25 août 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 204 (rejet de la demande de changement d'école) ; Bruxelles (jeun.), 6 décembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 409 (rejet de la demande de circoncision de l'enfant, sous réserve de nécessité médicale ou d'urgence décidée par un membre de la clinique Erasme) ; Mons, 23 avril 2002, *J.L.M.B.*, 2004, p. 205 (rejet de l'opposition du père au baptême et à la communion de l'enfant) ; Civ. Louvain (réf.), 16 septembre 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 779 (somm.), *NfW.*, 2011, p. 236, note K. HERBOTS (rejet de la demande de changement d'école) ; Civ. Bruxelles (jeun.), 14 septembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 210 (rejet de la demande de modification du régime linguistique scolaire) ; Civ. Namur, 14 février 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1052 (rejet de la demande d'interdiction de la cérémonie de baptême organisée par la mère) ; Civ. Bruxelles (réf.), 5 juillet 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 499 (rejet de la demande de changement de régime linguistique ; accueil de la demande de faire suivre à l'enfant un cours de religion ou de morale). La nuance est ténue entre une telle décision si elle porte sur une catégorie indéterminée d'actes et la mise en place d'un « exercice conjoint tempéré » (*supra*, n° 766 ; pour une assimilation : J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *o.c.*, p. 408, n° 49 ; J. SOSSON, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », *o.c.*, p. 130, n° 20 et p. 138, n° 34).

(244) Mons, 9 septembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 672 (interdiction faite à la mère de déménager et scolariser les enfants en France) ; Civ. Namur, 20 juin 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 134 (interdiction faite au père d'emmener ses enfants plusieurs semaines à l'étranger) ; Civ. Tournai, 5 avril 2002, *J.L.M.B.*, 2004, p. 205 (interdiction faite à la mère de célébrer le baptême et la communion de sa fille aux dates qu'elle a convenues seule, sauf accord du père).

(245) P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n° 1088. Cette solution est critiquée, à tort selon nous, au motif que seuls les titulaires de l'autorité parentale peuvent formellement prendre la décision (J. SOSSON, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », *o.c.*, p. 131 ; rapp. : Civ. Bruxelles (jeun.), 29 juillet 1999, *J.T.*, 2000, p. 721 – refus d'ordonner l'inscription de l'enfant dans une des deux écoles proposées, de régime linguistique différent).

soit l'interdiction de décider dans le sens projeté, soit, plus exceptionnellement, l'autorisation d'accomplir lui-même l'acte envisagé. Une telle demande, si elle est accueillie et si l'acte revêt une certaine importance pour l'enfant, jette un trouble sur l'aménagement de l'exercice de l'autorité parentale et peut devenir l'occasion de restaurer l'exercice conjoint ou d'instaurer un « exercice exclusif tempéré ».

**775. Recours a posteriori. Exercice conjoint. Situation des tiers.** Saisi par un parent opposé à une mesure prise sans son accord par l'autre parent exerçant conjointement l'autorité parentale (voie de fait)<sup>(246)</sup>, le juge apprécie la validité de l'acte et prononce en principe sa nullité si le désaccord est patent<sup>(247)</sup>. La situation à régler est cependant plus complexe qu'en cas de recours *a priori*, d'une part parce qu'il est n'est pas toujours possible ou conforme à l'intérêt de l'enfant d'annuler la décision (ex. : choix du domicile<sup>(248)</sup>, scolarité<sup>(249)</sup>, orientation philosophique et religieuse<sup>(250)</sup>, traitement médical, intervention chirurgicale, activité sportive<sup>(251)</sup>) et, d'autre part, parce que les tiers de bonne foi bénéficient de la présomption d'accord parental (*supra*, n° 757).

La conciliation des intérêts respectifs du parent ayant accompli seul l'acte, du parent en désaccord, du tiers et surtout de l'enfant, laisse au juge un large pouvoir de déroger à la solution radicale de la nullité.

En principe, l'acte accompli par le parent seul est annulable<sup>(252)</sup> sur la seule base du désaccord<sup>(253)</sup>, mais le juge pourra en décider le maintien s'il est conforme à l'intérêt de l'enfant<sup>(254)</sup>. À cela s'ajoute l'intérêt des

(246) Pour une réflexion critique : N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, o.c., p. 294.

(247) Cela, même si la loi ne le prévoit pas expressément. En ce sens : Civ. Nivelles (réf.), 25 septembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 706 ; P. SENAËVE, « De wet van 13 april 1995 aangaande de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag en het omgangsrecht », o.c., p. 36, n° 12 ; J. SOSSON, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », o.c., p. 132, n° 21.

(248) Civ. Bruxelles (réf.), 19 décembre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 425 ; Civ. Nivelles (réf.), 8 septembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 704.

(249) Bruxelles, 10 novembre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 876 (maintien des enfants dans leur école à l'encontre d'une inscription unilatérale par la mère dans une autre). Voy. : P. SENAËVE, « De rechter geconfronteerd met betwistingen tussen de ouders inzake schoolkeuzes », o.c., p. 254.

(250) Civ. Arlon (réf.), 23 novembre 2003, *Journ. proc.*, 2003, n° 470, p. 30, note J.-M. DERMAGNE.

(251) Bruxelles, 9 février 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 415 (modification unilatérale par le père du club de football).

(252) Civ. Nivelles (réf.), 25 septembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 706 ; Civ. Nivelles (réf.), 8 septembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 704 ; Civ. Mons (réf.), 15 septembre 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 698 ; Civ. Bruxelles (réf.), 24 septembre 1997, *Div. Act.*, 1998, p. 5, note F. LIGOT ; Civ. Bruxelles (réf.), 12 septembre 1997, *J.T.*, 1998, p. 734, *Div. Act.*, 1998, p. 4, *J.D.J.*, 1998, n° 175, p. 43, note A. JONCKHEERE ; Civ. Nivelles (réf.), 29 août 1997, *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 71 ; Civ. Nivelles (jeun.), 19 novembre 1996, *J.D.J.*, 1997, p. 230, note V. MACQ.

(253) J.-L. RENÇON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », o.c., p. 409, n° 49 ; J. SOSSON, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », o.c., p. 132, n° 22.

(254) Mons, 21 octobre 2003, *R.G.D.C.*, 2004, p. 276 (refus de réintégrer l'enfant dans un établissement scolaire du réseau officiel un mois et demi après son inscription par la mère dans un établissement du réseau libre) ; Mons, 24 décembre 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 850 (maintien de l'enfant dans l'établissement scolaire) ; Civ. Arlon (réf.), 23 novembre 2003, *Journ. proc.*, 2003, n° 470, p. 30.

tiers qui commanderait de nuancer la solution selon leur bonne ou mauvaise foi et la nature personnelle ou patrimoniale de l'acte<sup>(255)</sup>. La grille suivante peut être proposée, à titre indicatif :

- Le parent prouve son *désaccord* et la *mauvaise foi* du tiers. L'acte est annulable et la responsabilité du tiers est engagée vis-à-vis du parent en désaccord, mais :
  - si l'acte est relatif à la *personne* de l'enfant<sup>(256)</sup>, le juge pourra décider dans son intérêt de le maintenir malgré la mauvaise foi du tiers, sans préjudice de dommages-intérêts au profit du parent en désaccord<sup>(257)</sup> ;
  - si l'acte est relatif aux *biens* de l'enfant, il sera plus aisément annulable, toujours sans préjudice de dommages-intérêts<sup>(258)</sup>.
- Le parent prouve son *désaccord* mais ne peut contester la *bonne foi* du tiers. L'acte est valable à l'égard du tiers, inopposable entre parents (dommages-intérêts en cas de préjudice avéré), mais :
  - si l'acte est relatif à la *personne* de l'enfant, l'intérêt de celui-ci est prépondérant et autorise l'annulation de l'acte, cette fois sous réserve de dommages-intérêts au profit du tiers de bonne foi<sup>(259)</sup> ;
  - si l'acte est relatif aux *biens* de l'enfant, l'intérêt du tiers prime et l'acte sera maintenu, conforme ou non à l'intérêt de l'enfant<sup>(260)</sup>.

**776. (suite) Exercice exclusif.** Quand l'autorité parentale est exercée par un seul parent, les recours *a posteriori* conservent leur utilité, mais ne concernent plus que l'opportunité de l'acte, sa conformité à l'intérêt de l'enfant (art. 374, § 1<sup>er</sup>, al. 4, et 376, al. 4). Fort de ses droits de surveillance et d'information, l'autre parent peut demander au juge d'apprécier l'acte accompli au regard de l'intérêt de l'enfant et, le cas échéant, de

note J.-M. DERMAGNE (maintien de l'inscription de l'enfant au cours de religion) ; Civ. Bruxelles (réf.), 5 juillet 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 499 (refus de retirer l'enfant de la section linguistique grecque alors que ce choix avait été posé par les parents conjointement durant la vie commune) ; Civ. Bruxelles (réf.), 5 octobre 1999, *J.T.*, 2001, p. 92, *J.D.J.*, 2001, n° 203, p. 57 (maintien de l'enfant dans l'établissement scolaire).

(255) La typologie qui suit s'inspire de l'analyse de M<sup>me</sup> SOSSON (« L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », *o.c.*, pp. 132 et s.).

(256) Ex. : inscrire seul l'enfant dans une école qui lui convient, le directeur connaissant le désaccord de l'autre parent.

(257) J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *o.c.*, p. 400, n° 39.

(258) Ex. : un bail de moins de 9 ans conclu par un seul parent sur un bien de l'enfant avec un locataire au courant du désaccord.

(259) Ex. : inscription unilatérale de l'enfant à un club de loisirs coûteux, sans connaissance du désaccord par le tiers.

(260) Ex. : un bail de moins de 9 ans conclu par un seul parent sur un bien de l'enfant avec un locataire de bonne foi.

l'annuler<sup>(261)</sup>. Le parent qui exerce l'autorité parentale peut contester la validité d'un acte accompli par l'autre parent<sup>(262)</sup>.

### § 3. Exécution des décisions judiciaires

**777. Procédure. Mesures de contrainte. Modification du règlement.** Avant la réforme par la loi du 18 juillet 2006, on estimait que si l'un des parents malmenait l'aménagement judiciaire ou conventionnel de l'exercice de l'autorité parentale, l'autre parent était en droit de demander l'exécution forcée de la décision judiciaire<sup>(263)</sup> ou d'une convention<sup>(264)</sup>, sans préjudice des poursuites pénales pour non-représentation d'enfant (*infra*, n° 779) et/ou d'une demande d'indemnisation pour dommage moral<sup>(265)</sup>. Il en allait de même s'il incitait l'enfant à ne pas se conformer au régime d'autorité parentale établi (*supra*, n° 764-765).

L'article 387ter du Code civil (réd. L. du 18 juillet 2006) offre de nouvelles possibilités d'exécution forcée en cas de violation d'une décision judiciaire ou d'une convention préalable à divorce par consentement mutuel (art. 387ter, § 2), à l'exception, regrettable, de la violation d'un accord amiable, même notarié<sup>(266)</sup> ou, selon certains juges, de la violation du droit au contact d'autres personnes que les parents<sup>(267)</sup>. Il enjoignait au juge de statuer « toutes affaires cessantes » (art. 387ter, § 1<sup>er</sup>, al. 2)<sup>(268)</sup> et conférait force exécutoire provisoire de plein droit à la décision (art. 387ter, § 1<sup>er</sup>, al. 6).

L'article 387ter a été remanié par la loi du 30 juillet 2013 instaurant le tribunal de la famille, où se concentre le litige familial en principe entre les mains d'un juge ou au moins d'un même tribunal, jusqu'à la majorité de l'enfant. Est *compétent* le tribunal *déjà saisi*, devant qui la

(261) Civ. Neufchâteau (jeun.), 17 mai 1999, *Journ. proc.*, 1999, n° 374, p. 31 (application à l'enfant d'un traitement allopathique en plus du traitement homéopathique).

(262) Civ. Anvers (jeun.), 1<sup>er</sup> mars 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 27 (motifs) ; Civ. Bruxelles, 15 octobre 1998, *J.D.J.*, 1999, n° 188, p. 35 ; comp. : Civ. Gand, 27 mai 2003, *NjW*, 2003, p. 1161, note KB, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 786 (somm.).

(263) Comp. : Civ. Gand, 27 mai 2003, *NjW*, 2003, p. 1161, note KB, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 786 (somm.).

(264) J. Sossion, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », *o.c.*, p. 148, n° 47.

(265) Civ. Namur (jeun.), 8 février 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1604 (rejet).

(266) Partageant ce regret : N. DANDOY et F. REUSENS, « L'hébergement égalitaire (Lorsque la promotion de la coparenté sur le plan de l'hébergement aboutit à une réforme faussement modeste de la procédure en matière d'autorité parentale) », *o.c.*, p. 185. *Adde* : M. MARECHAL, « L'article 387ter du Code civil ou le renforcement de la complexité procédurale en matière familiale, *Act. dr. fam.*, 2008, p. 69.

(267) Civ. Charleroi (jeun.), 17 mai 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1237, note F. REUSENS. *Contra* : Civ. Nivelles (jeun.), 24 février 2014, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 231.

(268) En fixant la cause à la première audience utile et en la traitant par priorité.

cause est ramenée par conclusions ou demande écrite au greffe (saisine permanente) (art. 387ter, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup> *in fine* et art. 1253ter/7 C. jud.)<sup>(269)</sup>.

La requête unilatérale est possible en cas d'absolue nécessité, que ce soit devant le tribunal ou son président saisi en référé (art. 584 C. jud.), sans frais, à condition de communiquer des pièces permettant d'établir que la partie récalcitrante a bien été mise en demeure de respecter ses obligations et s'est opposée à l'exécution de la décision (art. 387ter, § 3)<sup>(270)</sup>.

Quant aux *mesures* envisageables, le législateur a tenté de concilier la nécessaire effectivité des décisions de justice, les droits fondamentaux de l'enfant et son équilibre personnel.

On précisera qu'outre les mesures *d'exécution stricto sensu* examinées ci-après, le juge peut modifier l'aménagement de l'autorité parentale, par exemple l'hébergement, voire l'exercice de l'autorité parentale<sup>(271)</sup>, en veillant à ce qu'une telle décision ne soit pas une sanction du parent défaillant, mais une mesure servant l'intérêt de l'enfant<sup>(272)</sup> (art. 387ter, § 1<sup>er</sup>, al. 3).

Il peut aussi ordonner des mesures d'investigation (art. 1253ter/6 C. jud.).

**777-1. Reprise forcée de l'enfant.** Avant la loi du 18 juillet 2006, le recours à l'exécution forcée par huissier de justice accompagné de la « force publique » s'avérait malaisé. D'abord parce qu'une certaine doctrine tirait argument de l'article 3 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant pour déconseiller toute exécution forcée qui ne serait pas conforme à l'intérêt de l'enfant ou attiserait les conflits<sup>(273)</sup> ; ensuite parce que les huissiers de justice ne collaboraient pas aux mesures

(269) Comp. : Bruxelles, 2 avril 2010, *Act. dr. fam.*, 2010, p. 141, note D. CARRÉ (citation ou procès-verbal de comparation volontaire requis lorsque l'action n'est pas introduite par le parent victime de l'inexécution de la décision).

(270) Application : Gand, 25 octobre 2007, *NjW*, 2008, p. 456, note G. VERSCHULDEN, *R.A.B.G.*, 2008, p. 753 (absolue nécessité non démontrée) ; Civ. Charleroi (vac.), 5 juillet 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 222 (rejet) ; Cass., 25 février 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 705 (somm.), *R.W.*, 2012-2013, p. 105, *Pas.*, 2011, p. 669 (irrecevabilité du pourvoi non formé par le demandeur ou par une partie intervenante à la décision rendue en dernier ressort sur requête unilatérale).

(271) Mons, 16 avril 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1204, note F. REUSENS ; Anvers, 17 mars 2005, *R.W.*, 2007-2008, p. 837.

(272) F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 531, n° 897.

(273) En ce sens : R. UYTENDAELE, note sous Cass., 11 mars 1994, *A.J.T.*, 1994-1995, p. 4. Certains auteurs plaident à juste titre pour son maintien de principe, sous peine de priver d'efficacité toute mesure d'aménagement de l'exercice de l'autorité parentale : Liège, 23 décembre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 651 ; Mons (jeun.), 22 juin 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 436, note N. DANDOY ; A. DE WOLF, « De nieuwe regeling van het omgangsrecht », in *Co-ouderschap en omgangsrecht. Commentaar op de Wet van 13 april 1995* (P. SENAËVE éd.), Anvers, Maklu, 1995, p. 214, n° 357 ; B. VAN KEIRSBLICK, obs. sous Cass., 11 mars 1994, *J.D.J.*, 1995, p. 133 ; K. DEKELVER, note sous Cass., 11 mars 1994, *E.J.*, 1995, p. 82.

d'exécution forcée<sup>(274)</sup>, créant une situation de vide juridique dans les nombreux cas où elles eussent pourtant été productives et/ou forçant le parent lésé à se tourner vers le juge pénal.

L'article 387ter, § 1<sup>er</sup>, alinéa 4, du Code civil prévoit que le juge peut autoriser la partie victime de la violation de la décision relative à l'hébergement des enfants ou au droit aux relations personnelles à recourir à des mesures de contrainte<sup>(275)</sup>. Cette solution est, du reste, conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (*supra*, n° 746, note 22). Si la victime d'un manquement détient un titre exécutoire et ne demande pas de mesures de contrainte, elle peut faire appel directement à l'huissier. Le passage par la procédure décrite ci-dessous n'est requis que si l'exécution forcée implique une mesure de contrainte<sup>(276)</sup>.

Des garanties protègent l'intérêt de l'enfant. Ainsi, la reprise forcée ne peut être ordonnée qu'à la suite d'une inexécution avérée d'une décision de justice antérieure<sup>(277)</sup>, l'autorisation du juge est requise<sup>(278)</sup> et c'est le juge qui fixe la manière concrète dont cette reprise se déroulera. S'il est saisi sur requête unilatérale, le juge n'est pas lié par des décisions antérieures (de rejet) concernant des mesures de contraintes<sup>(279)</sup>.

S'il l'estime nécessaire, le juge peut désigner une ou plusieurs personnes habilitées à accompagner l'huissier de justice, cela toujours en fonction de l'intérêt de l'enfant (art. 387ter, § 1<sup>er</sup>, al. 4).

Si c'est l'enfant, apte à se déterminer dans ses rapports affectifs, qui refuse de se soumettre à une décision relative à son hébergement ou au

(274) Directive du 21 mars 1996 du Conseil permanent de la Chambre nationale des huissiers de justice.

(275) Civ. Bruxelles (jeun.), 9 octobre 2012, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 12. Sur l'ensemble de la question : N. GALLUS, « L'exécution forcée en nature des obligations de faire (art. 387ter C. civ.) », in *Actualités en droit de l'exécution forcée* (F. GEORGES éd.), CUP, vol. 114, Liège, Anthemis, 2009, p. 207 ; D. PIRE, « L'exécution des décisions en matière d'hébergement d'enfant », in *Filiation, autorité parentale et modalité d'hébergement* (A.-Ch. VAN GYSEL éd.), Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 205 ; T. VERCRUYSE, « De dwangsom als ultiem middel om het contact tussen ouder en kind te waarborgen », *T. Fam.*, 2015, p. 19.

(276) F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 532, n° 897.

(277) En ce sens : N. DANDOY et F. REUSENS, « L'hébergement égalitaire (Lorsque la promotion de la coparenté sur le plan de l'hébergement aboutit à une réforme faussement modeste de la procédure en matière d'autorité parentale) », o.c., p. 188.

(278) Il est donc à présent exclu qu'un parent qui n'a pu exercer son droit d'hébergement ou aux relations personnelles requiert un huissier de justice aux fins d'exécution forcée, même sur la base d'une décision judiciaire antérieure ou d'un acte notarié (F. APS, « De wet van 18 juli 2006 : promotie van het gelijkmatig verdeeld verblijf voor kinderen van gescheiden ouders en optimalisering van de uitvoeringsmaatregelen tegen de onwillige ouder(s) », *R.W.*, 2006-2007, p. 1431 ; D. PIRE, « La nouvelle loi sur l'hébergement égalitaire », o.c., p. 214, n° 39 ; P. SENAËVE et H. VANBOCKRIJCK, « De wet van 18 juli 2006 op het verblijfsco-ouderschap, de blijvende saisine van de jeugdrechtbank en de tenuitvoerlegging van uitspraken aangaande verblijf en omgang », o.c., p. 140, n° 89).

(279) Cass., 25 février 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 706 (somm.), *R.A.B.G.*, 2012, p. 290, note E. DE MAEYER et C. VERGAUWEN, *Pas.*, 2011, p. 669, *R.W.*, 2012-2013, p. 105 (somm.).

droit aux relations personnelles, son attitude devra être prise en considération au nom du respect de ses droits fondamentaux<sup>(280)</sup>.

**777-2. Astreinte.** L'astreinte est une solution de moyen terme, efficace et moins rude<sup>(281)</sup>, qui semble appropriée en matière d'autorité parentale<sup>(282)</sup>, sans s'arrêter à l'objection, théorique, d'une monétarisation de l'enjeu du litige. Plus pertinentes seraient, à notre avis, les critiques appelant le respect d'une période de mise en place d'un aménagement décidé, ou celles relevant un risque d'attiser le conflit, hors de proportion avec le rendement attendu de la mesure<sup>(283)</sup>.

L'astreinte peut accompagner une décision<sup>(284)</sup> d'aménagement de l'exercice de l'autorité parentale, en particulier de l'hébergement<sup>(285)</sup>, ou être prononcée ultérieurement sur demande séparée<sup>(286)</sup> en cas d'inexécution avérée d'une décision ou d'un accord<sup>(287)</sup>.

(280) Bruxelles, 12 mai 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 525 ; Gand, 18 octobre 1999, *T.J.K.*, 2001, p. 76 ; Civ. Liège, 26 mai 2005, *Div. Act.*, 2006, p. 121, note N. GALLUS ; A. DE WOLF, « De nieuwe regeling van het omgangsrecht », *o.c.*, p. 253, n° 454. *Addé* : M. STORME, « *Nemo praecise potest cogi ad factum* – Het adagium herbezocht », *o.c.*, p. 3.

(281) C.J. Benelux, 11 mai 1982, *Rev. trim. dr. fam.*, 1982, p. 319, R.W., 1982-1983, col. 283, note M. STORME, D., 1982, p. 679, concl. DUMON ; Anvers, 24 mars 2004, *NjW*, 2004, p. 1100, note G.V. ; Anvers, 18 mars 2003, *NjW*, 2003, p. 816, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 785 (somm.) ; Anvers, 6 mars 2002, *NjW*, 2002, p. 97, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 649 (somm.) ; Anvers, 23 mai 2000, R.W., 2000-2001, p. 883 ; Anvers, 8 février 2000, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 334, note K. WAGNER ; Gand, 22 décembre 1997, *T.G.R.*, 1998, p. 71 ; Liège, 28 juin 1996, *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 105 ; Bruxelles, 26 avril 1990, *Rev. trim. dr. fam.*, 1990, p. 368 ; Civ. Bruxelles (réf.), 4 février 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 347 ; J.P. Sint-Kwintens-Lennik, 13 décembre 1999, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 472, note K. WAGNER, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 180 (somm.) ; M. BUNKENS, « Ontwikkelingen inzake de dwangsom in het personen- en familierecht 2000-2010 », in *Personen- en familierecht. Themis permanente vorming* (P. SENAËVE et J. DU MONGH éd.), Bruges, die Keure, 2011, pp. 125-138 ; B. COMPAGNION et A.-F. SAUDOYER, « L'astreinte et le droit de la famille », *Div. Act.*, 2005, pp. 69 et s. ; V. POULEAU, « Astreinte et droit familial », *J.T.*, 1987, p. 201 ; J.-L. RENCHON, « Le recours à l'astreinte dans les relations familiales », *Rev. trim. dr. fam.*, 1986, p. 297 ; P. SENAËVE et G. ONKELINKX, « Overzicht van rechtspraak (1995-2003) – De aanwending van de dwangsom inzake huwelijk en echtscheiding », *E.J.*, 2003, p. 150.

(282) Dans le même sens : G. de LEVAL, note (critique) sous Bruxelles, 1<sup>er</sup> février 1982, *Rev. trim. dr. fam.*, 1982, p. 326, n° 4. Plus réticent, sauf quand l'astreinte vise à réparer une voie de fait : J.-L. RENCHON, « Le recours à l'astreinte dans les relations familiales », *o.c.*, p. 313, n° 26.

(283) P. SENAËVE et G. ONKELINKX, « Overzicht van rechtspraak (1995-2003) – De aanwending van de dwangsom inzake huwelijk en echtscheiding », *o.c.*, p. 151, n° 5 et les réf. à la jurisprudence non publiée.

(284) Le non-respect de la décision judiciaire organisant le droit d'hébergement doit être constaté à charge d'un parent ; voy. : Liège, 9 septembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1659, *R.R.D.*, 2008, p. 185.

(285) Liège, 8 janvier 2013, *Act. dr. fam.*, 2015, p. 14 ; Liège, 17 juin 2002, *J.T.*, 2002, p. 667 (conventions de divorce par consentement mutuel sous seing privé) ; Civ. Turnhout (jeun.), 14 juin 2013, *T. Fam.*, 2015, p. 16.

(286) Mons, 21 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 434 (non-respect d'une décision relative aux trajets afférents à l'exercice d'une activité sportive de l'enfant) ; Liège, 18 mars 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 534, note N. BAUGNIET ; Bruxelles, 29 novembre 2007, *Act. dr. fam.*, 2008, p. 82 ; Anvers, 23 mai 2000, R.W., 2000-2001, p. 883 ; J.-L. RENCHON, « Le recours à l'astreinte dans les relations familiales », *o.c.*, p. 313, n° 26 ; *contra* : Liège, 23 décembre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 651.

(287) Gand, 22 mai 2012, *NjW*, 2013, p. 952.

L'astreinte ne semble pas appropriée si l'enfant ne collabore pas à la mise en oeuvre de la décision et si son opposition mérite d'être prise en considération par le juge en fonction de son âge et dans son intérêt, car une telle situation expose le demandeur à une demande de libération de l'astreinte éventuelle pour impossibilité d'exécution de la décision principale<sup>(288)</sup>.

L'astreinte peut aussi appuyer une décision d'annulation ou de révision d'un acte particulier de l'autorité parentale<sup>(289)</sup>. Les ressources du défendeur doivent s'y prêter et le contrôle de la liquidation de l'astreinte doit être possible<sup>(290)</sup>.

Dans le seul cas de saisine pour inexécution d'une décision judiciaire (art. 387ter, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>)<sup>(291)</sup>, la loi a renforcé l'efficacité de l'astreinte en autorisant le juge à décider que l'article 1412 du Code judiciaire serait applicable à l'exécution de l'astreinte (art. 387ter, § 1<sup>er</sup>, al. 5). Il confère ainsi à l'astreinte le même « privilège », en termes de saisissabilité, que celui accordé au paiement des pensions alimentaires (*supra*, n° 506). On précisera que ce n'est qu'après constatation d'un *refus d'exécution* de la décision que l'astreinte peut être ainsi modalisée<sup>(292)</sup>. Le juge bénéficie d'un pouvoir d'appréciation et doit indiquer expressément qu'il souhaite faire application de cette modalité.

**778. Enlèvement international d'enfants.** La mobilité internationale, la mixité des couples (nationalités et cultures)<sup>(293)</sup> et la reconnaissance des décisions de justice étrangères multiplient les obstacles à l'exécution des décisions judiciaires en matière d'autorité parentale.

(288) Gand, 22 mai 2012, précité ; Liège, 9 septembre 2008, R.G.D.C., 2011, p. 123 ; J. van COMPERNOLLE, « L'astreinte », *Rép. not.*, t. XIII, l. IV/6, Bruxelles, Larcier, 2013, n° 97 ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierrecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 533.

(289) Civ. Nivelles (réf.), 25 septembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 706 ; Civ. Mons (réf.), 15 septembre 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 698.

(290) Civ. Bruxelles (réf.), 22 avril 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 355 ; G. de LEVAL, note précitée, p. 326, n° 4.

(291) F. APS, « De wet van 18 juli 2006 : promotie van het gelijkmatig verdeeld verblijf voor kinderen van gescheiden ouders en optimalisering van de uitvoeringsmaatregelen tegen de onwillige ouder(s) », o.c., p. 1432 ; N. DANDOY et F. REUSENS, « L'hébergement égalitaire (Lorsque la promotion de la coparenté sur le plan de l'hébergement aboutit à une réforme faussement modeste de la procédure en matière d'autorité parentale) », o.c., p. 187 ; D. PIRE, « La nouvelle loi sur l'hébergement égalitaire », o.c., p. 226, n° 65 ; P. SENAËVE et H. VANBOCKRIJCK, « De wet van 18 juli 2006 op het verblijfsco-ouderschap, de blijvende saisine van de jeugdrechtbank en de tenuitvoerlegging van uitspraken aangaande verblijf en omgang », o.c., p. 142, n° 94.

(292) Le juge qui statue sur les modalités d'hébergement ou sur le droit aux relations personnelles peut d'emblée prévoir une astreinte, mais non, à ce moment, l'assortir du privilège de saisissabilité. Pour plus de détails : P. SENAËVE et H. VANBOCKRIJCK, « De wet van 18 juli 2006 op het verblijfsco-ouderschap, de blijvende saisine van de jeugdrechtbank en de tenuitvoerlegging van uitspraken aangaande verblijf en omgang », o.c., pp. 141 et s.

(293) Voy. : M.-C. FOBLETS, « L'ancrage des relations familiales dans le commerce international des peuples et des cultures », in *La famille et les familles : quelle identité aujourd'hui ?* (R. STEICHEN et G. DE VILLERS éd.), Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia/Bruylant, 1996, p. 97.

Un rôle important de *prévention*<sup>(294)</sup> est assuré notamment par *Child focus*, ou par le tribunal de la famille lorsqu'entrera en vigueur le nouvel article 374/1 du Code civil (mention sur le document d'identité et le passeport<sup>(295)</sup> qu'il ne peut franchir une frontière extérieure à l'espace Schengen, ou qu'il ne peut franchir une frontière sans l'assentiment du titulaire du droit de visite au sens de l'article 5 de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980)<sup>(296)</sup>.

L'enlèvement international d'enfants est une réalité douloureuse qui pousse ces difficultés à leur paroxysme<sup>(297)</sup>, sachant, comme en est bien consciente la Cour européenne des droits de l'homme, que le temps agit ici très rapidement sur le fond du droit (*supra*, n° 746). Dans ce contexte, les États ont décidé de coopérer pour assurer l'efficacité des décisions de justice par la conclusion de traités comportant outre des règles matérielles, une délégation de compétences à des autorités centrales nationales. L'article 387ter, § 4 du Code civil précise ainsi que la compétence du juge sur cette base ne porte pas préjudice aux dispositions internationales liant la Belgique en matière d'enlèvement international d'enfant.

La Belgique adhère à la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (L. du 10 août 1998)<sup>(298)</sup> ainsi qu'à celle du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (L. du 5 mai 2014)<sup>(299)</sup>. Elle est aussi liée, dans le cadre du Conseil de l'Europe, par la Convention européenne relative à la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'autorité parentale du 20 mai 1980 (L. du 1<sup>er</sup> août 1985) et, dans le cadre de l'Union européenne, par le Règlement du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la reconnaissance

(294) N. DE VROEDE, « Les enlèvements parentaux internationaux », *J.D.J.*, 2010, n° 295, pp. 4-5 ; F. SWENNEN, « Preventie van internationale kindontvoeringen door ouders », note sous Gand, 2 mai 2005, *T.J.K.*, 2006, p. 246.

(295) Est discuté si le juge peut ordonner la *consignation* d'un passeport dans les locaux de l'école. Pour la négative : Bruxelles, 20 novembre 2007, *NjW*, 2008, p. 499, note G. VERSCHULDEN.

(296) Sur la loi du 22 mai 2014 modifiant diverses dispositions afin de prévenir l'enlèvement parental international d'enfants : S. BROUWERS et A. RENIERS, « De niet te sluiten wetgeving : overzicht wetgeving (1.1.2014 – 31.8.2014) », *R.A.B.G.*, 2014, p. 1068.

(297) Voy. : B. DESCHENAUX, *L'enlèvement international d'un enfant par un parent*, Berne, Staempfli, 1995.

(298) J. CHAMBERLAND, « La Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et les droits de l'enfant », in *Un engagement au service du droit international privé. Mélanges en l'honneur de Hans van Loon*, Anvers, Intersentia, 2013, p. 113. Adde : Loi du 27 novembre 2013 et loi du 22 mai 2014 modifiant diverses dispositions afin de prévenir l'enlèvement parental international d'enfants.

(299) Sur cette convention, dite « Convention relative à la protection des enfants » et son articulation avec le Règlement Bruxelles IIbis : J. MARY, « Un pas en avant vers une protection internationale des enfants : l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 relative à la protection des enfants », *Rev. not. belge*, 2015, pp. 414 et s.

et l'exécution des décisions étrangères en matière d'autorité parentale au sein de l'Union européenne (Bruxelles IIbis)<sup>(300)</sup>. Le Code judiciaire a été modifié pour mettre en œuvre ces divers instruments (L. du 10 mai 2007).

De manière très schématique – cette matière débordant du cadre du droit familial civil national<sup>(301)</sup> –, les États signataires s'obligent à prendre les mesures appropriées pour assurer, dans les limites de leur territoire, la réalisation des objectifs souscrits en commun. On rappellera que la Cour européenne des droits de l'homme inflige aux États membres une obligation positive de favoriser la réunion d'un parent et de ses enfants, cette obligation devant s'interpréter à la lumière de la Convention de La Haye (*supra*, n° 746)<sup>(302)</sup> mais aussi dans le respect de l'article 6, § 1<sup>er</sup>,

(300) Sur ce règlement : A. BIGOT, « Le nouveau Règlement Communautaire du 27 novembre 2003 en matière matrimoniale et de responsabilité parentale », *Dr. fam.*, 2004, n° 12 ; A. DEVERS, « Les enlèvements d'enfants et le règlement 'Bruxelles IIbis' », in *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille (Lyon, 20 et 21 novembre 2003), Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 33 ; S. DJEMNI-WAGNER, « L'évolution du droit communautaire de la responsabilité parentale », *Gaz. Pal.*, 3-4 septembre 2004, p. 18 ; M. FALLON, « Enlèvement illicite d'enfants et 'droit de garde' au sens du règlement Bruxelles II-bis », note sous Bruxelles, 17 juin 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1235 ; S. FRANCO, « La responsabilité parentale en droit international privé. Entrée en vigueur du règlement Bruxelles IIbis et du Code de droit international privé », *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 691 ; S. PFEIFF, « Le règlement Bruxelles IIbis. Bilan provisoire et perspectives de réforme », in *Espace judiciaire européen. Acquis et enjeux futurs en matière civile* (G. de LEVAL et M. CANDELA SORIANO éd.), Bruxelles, Larcier, 2007, p. 45 ; S. ROELAND, « Bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging in de Verordening-Brussel IIbis », *E.J.*, 2005, p. 174 ; S. SAROLÉA, « Un nouveau règlement au 1<sup>er</sup> mars 2005 : Bruxelles IIbis », *Div. Act.*, 2004, p. 130 ; A. VAN MAAS DE BIE, « De meerwaarde van Brussel IIbis », *F.J.R.*, 2005, p. 121. Application : C.J.C.E., 11 juillet 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 971.

(301) Voy. not. pour plus de détails : FL. COLLIERNE et S. PFEIFF, « Les enlèvements internationaux d'enfants. Convention de La Haye et Règlement Bruxelles IIbis. Pratique et questions de procédure », *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 351 ; FL. COLLIERNE et P. WAUTELET, « Enlèvement international d'enfants – La pratique des juridictions belges », in *Actualités du contentieux familial international* (P. WAUTELET éd.), Bruxelles, Larcier, 2005, p. 223 ; M. DEMARET, « L'enlèvement international d'enfants », *R.G.D.C.*, 2006, p. 505 ; S. DEMARS, « L'enlèvement international des enfants », *o.c.*, p. 363 ; M. FALLON et O. LHOEST, « La Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. Entrée en vigueur d'un instrument éprouvé », *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 7 ; M. FARGE et A. GOUTTENORE, « Les enlèvements intraeuropéens d'enfants », *R.A.E.*, 2014, p. 347 ; Q. FISHER, « L'enlèvement international d'un enfant par un de ses parents », *Rev. dr. U.L.B.*, 2005, p. 69 ; B. JACOBS, « Déplacements illicites d'enfants. La Convention de La Haye serait-elle affaiblie par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg ? », note sous C.E.D.H., arrêt du 10 juillet 2012, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 220 ; N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance, o.c.*, pp. 503-544 ; M. VERHEYDE, « Internationale parentale ontvoeringen », *NjW*, 2003, p. 990 ; Th. GARÉ, « Réflexions sur l'efficacité de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 relative aux aspects civils de l'enlèvement international d'enfants », in *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, p. 299. En l'absence de rattachement à l'un de ses instruments internationaux, il y a lieu d'appliquer les articles 32 et 33 du Code de droit international privé belge (Bruxelles (jeun.)), 16 mai 2012, *Rev. dr. étr.*, 2012, p. 701, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 829, note M. FALLON.

(302) Voy. : C.E.D.H., M.A. c. Autriche, arrêt du 15 janvier 2015, *Revue@dipr.be*, 2015, p. 9 (somm.) ; C.E.D.H., *Penchevi c. Bulgarie*, arrêt du 10 février 2015, *Revue@dipr.be*, 2015, p. 8 (somm.) ; C.E.D.H., *Leschiutta et Fraccaro c. Belgique*, arrêt du 17 juillet 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 960, T. *Strafr.*, 2008, obs. P. DE HERT et A. HOEFMANS (violation art. 8) ; D. DELVAX, note sous C.E.D.H., *Iglesias c. Espagne*, arrêt du 29 avril 2003, *J.D.J.*, 2003, n° 228, p. 25 ; C.E.D.H., *Neulinger en Shuruk c. Suisse*, arrêt du 6 juillet 2010, *Juristenkrant*, 2010, p. 6, *J.D.J.*, 2010, n° 298, p. 39, *Rev. dr. étr.*, 2010, p. 578 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1173 (somm.), note S. SAROLEA, *R.W.*, 2012-2013, p. 476 ; C.E.D.H., *Küçük c. Turquie et Suisse*, arrêt du 17 mai 2011, *N.J.B. (Pays-Bas)*, 2011,

de la C.E.D.H.<sup>(303)</sup> et de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant<sup>(304)</sup>.

La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 est régulièrement appliquée par les cours et tribunaux belges, suivant une procédure déléguant au tribunal de la famille la compétence de traiter les demandes et de statuer sur celles-ci « comme en référé »<sup>(305)</sup> et en principe à huis clos (art. 1322*bis*-1322*octies* C. jud., réd. L. du 30 juillet 2013)<sup>(306)</sup>.

La Convention a pour objet, d'une part, de faire respecter dans tous les États contractants les décisions nationales en matière d'autorité parentale et, d'autre part, d'obtenir le retour d'un enfant emmené à l'étranger par un de ses parents en contravention à une décision judiciaire de l'État où il réside habituellement (principe dit « du retour immédiat ») (art. 1<sup>er</sup>)<sup>(307)</sup>. Une « autorité centrale » est chargée dans chaque État de promouvoir la collaboration des autorités compétentes pour assu-

p. 1783 ; C.E.D.H., *Sneersonne et Kampanella c. Italie*, arrêt du 12 juillet 2011, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2012, p. 172, note H. MUIR WATT ; C.E.D.H., *B. c. Belgique*, arrêt du 10 juillet 2012, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 210, note B. JACOBS, *Juristenkrant*, 2012, p. 16, *T. Strafr.*, 2012, p. 378 ; C.E.D.H., *X. c. Lettonie*, arrêt du 26 novembre 2013, *Juristenkrant*, 2014, p. 4, *N.J.B. (Pays-Bas)*, 2014, p. 405, *T. Strafr.*, 2014, p. 79 ; C.E.D.H., *Lopez-Guio c. Slovaquie*, arrêt du 3 juin 2014, requête n° 10280/12. Voy. C. AVASILENCE, « Obligations procédurales 'inhérentes' à l'article 8 CEDH lorsque les juridictions nationales mettent en œuvre la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants dans l'hypothèse d'une demande de retour d'un État membre de l'Union européenne vers un État tiers », *o.c.*, p. 422 ; L. DESCHUYTENEER, « Recent case law of the European Court of Human rights on international parental child abduction. The application of Articles 6 and 8 of the European Convention on Human Rights », *o.c.*, pp. 147 et s. ; H. FULCHIRON, « Chronique Vie privée et familiale », *o.c.*, p. 682 ; M. VERHEYDE, « Internationale parentale ontvoering », *o.c.*, p. 994, n° 13 ; P. VLAARDINGERBROEK, « Internationale kinderrontvoering en het EHRM », *o.c.*, p. 12 ; G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2005-2008) », *o.c.*, nos 84-87 et « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011) », *o.c.*, pp. 99 et s.

(303) C.E.D.H., *Eskinazi et Chelouche c. Turquie*, arrêt du 6 décembre 2005, *Dr. fam.*, 2006, com., 40, n° 44, note Fr. SUDRE. Comp. : C.E.D.H., *Lopez-Guio c. Slovaquie*, arrêt du 3 juin 2014, requête n° 10280/12. *Adde* : S. GOOSSENS, « L'évolution récente de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'enlèvement international d'enfants », *o.c.*, VII. II.2.1.-1 ; L. STEVENS, « Internationale parentale ontvoering en belang van het tijdsverloop », *TvMR*, 2010, p. 15.

(304) Cette obligation, déjà formulée dans l'arrêt *Maire c. Portugal* du 26 juin 2003 (*Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 665, note E. LANGENAKEN), a réellement pris corps dans l'arrêt *Eskinazi et Chelouche c. Turquie* (précité), où la Cour incorpore à son contrôle l'article 12, § 1<sup>er</sup>, de la Convention relative aux droits de l'enfant (droit de l'enfant d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant). *In casu*, la non-audition de l'enfant était, vu son jeune âge, justifiée.

(305) Aucun recours ne peut être intenté contre une décision rendue en Belgique en matière d'enlèvement international d'enfants comportant le non-retour sur la base de l'article 11, 6, du Règlement Bruxelles II*bis* (art. 1322*sexies* C. jud.) (Cass., 7 juin 2013, *R.A.B.G.*, 2013, p. 1269, note K. SWERTS). Voy. K. SWERTS, « Internationale kinderrontvoering : geen hoger beroep tegen bepaalde beslissingen houdende niet-terugkeer van het kind », note sous Cass., 7 juin 2013, *R.A.B.G.*, 2013, p. 1271.

(306) Ce tribunal exerce la même compétence pour les demandes formées sur la base de la Convention européenne du 20 mai 1980.

(307) Cass., 30 octobre 2008, *J.T.*, 2008, p. 678, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 838 (l'autorité de chose jugée qui s'attache à une décision étrangère ordonnant le retour d'enfants déplacés ou retenus illicitement sur la base de la Convention de La Haye ne s'oppose pas à ce que le tribunal belge de la jeunesse, saisi sur la base d'éléments nouveaux, modifie la situation des enfants pour l'avenir).

rer le retour des enfants et réaliser les autres objectifs de la Convention (art. 6-7)<sup>(308)</sup>.

Les questions à résoudre *in concreto*<sup>(309)</sup> sont celles de la qualification du comportement illicite déclenchant la procédure (violation du droit de garde ; art. 3)<sup>(310)</sup> et des exceptions au retour de l'enfant (non-exercice effectif du droit de garde à l'époque du déplacement, consentement du parent gardien au déplacement, risque grave de danger psychique ou physique pour l'enfant, opposition circonstanciée de l'enfant ; art. 13)<sup>(311)</sup>.

## § 4. Sanctions pénales

**779. Abandon de famille. Non-représentation d'enfant.** Des incriminations pénales sanctionnent l'exercice de l'autorité parentale dans les situations les plus nocives pour l'enfant<sup>(312)</sup>. Les délits d'abandon de famille (art. 391*bis* et 391*ter* C. pén.)<sup>(313)</sup> et de non-représentation d'enfant

(308) Voy., Anvers, 15 avril 2014, *Revue@dipr.be*, 2014, p. 165.

(309) En amont, « le juge peut être amené à dénouer une chaîne de questions préalables d'état, ayant pour maillons la détermination de la titularité de la responsabilité parentale, liée à l'existence d'un lien de filiation, en fonction de l'existence d'un mariage valable. Ces questions doivent être tranchées en vertu des règles de rattachement qui leur sont propres, tout en tenant compte de la présence éventuelle de conflits transitoires » (M. FALLON, note sous Civ. Verviers, 7 juin 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 217) ; Voy. aussi, sur la nécessité d'une appréciation au cas par cas : Cass., 4 mars 2013, *J.D.J.*, 2014, n° 339, p. 56, *Pas.*, 2013, p. 523, *R.A.B.G.*, 2014, p. 1027, *R.W.*, 2014-2015, p. 254.

(310) Gand, 25 octobre 2004, *T.G.R-T.W.V.R.*, 2005, p. 113 ; Liège, 13 mai 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 392 ; Bruxelles, 21 janvier 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 385 ; Civ. Bruxelles, 17 avril 2003, *J.T.*, 2003, p. 516, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 568 ; Civ. Bruxelles, 6 mars 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 559 ; Civ. Liège (réf.), 14 mars 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 398 ; C.J.U.E., arrêt du 5 octobre 2010, *J.D.E.*, 2010, p. 288 (somm.), *Rev. dr. étr.*, 2010, p. 559 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 189 (somm.), *T. Vreemd*, 2011, p. 16 (somm.) ; C.J.U.E., arrêt du 22 décembre 2010, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 82, note S. PFEIFF, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2012, p. 172, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 193 (somm.).

(311) Mons (jeun.), 5 mars 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 166, note M. FALLON ; Bruxelles, 21 janvier 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 385 (rejet des causes invoquées) ; Civ. Bruxelles, 27 mai 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 559 (acquiescement de l'enfant) ; Civ. Bruxelles, 17 avril 2003, *J.T.*, 2003, p. 516, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 568 (absence de danger) ; Civ. Bruxelles, 6 mars 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 559 (acquiescement de l'enfant) ; Bruxelles, 11 février 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1178, note S. SAROLÉA (prise en considération de l'acclimatation des enfants à leur nouvel environnement) ; C.E.D.H., *Neulinger en Shuruk c. Suisse*, arrêt du 6 juillet 2010, *Juristenkrant*, 2010, p. 6, *J.D.J.*, 2010, n° 298, p. 39, *Rev. dr. étr.*, 2010, p. 578 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1173 (somm.), note S. SAROLEA, *R.W.*, 2012-2013, p. 476 (danger physique ou psychique) ; Anvers, 15 avril 2014, *Revue@dipr.be*, 2014, p. 165 (danger pour le développement sain de l'enfant).

(312) A. MASSET, « Droit pénal de la famille. Chronique de jurisprudence 1998-2005 », *Div. Act.*, 2005, p. 65.

(313) Cass., 25 janvier 2011, *Pas.*, 2011, p. 268 ; Cass., 26 mai 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 990 (somm.), *Pas.*, 2011, p. 1491 ; Cass., 9 octobre 2013, *Pas.*, 2013, p. 1898, *Rev. dr. pén.*, 2014, p. 211, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 431 ; Bruxelles, 16 octobre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 190 ; Cass., 22 septembre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 518, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 634, *R.W.*, 2005-2006, p. 946, note M. VAN DER STRATEN ; Cass., 2 mars 2004, *NjW*, 2004, p. 1026, note G.V., *R.W.*, 2004-2005, p. 827, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 691 (somm.) ; Cass., 3 mai 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 437 ; Cass., 16 mai 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 973 ; Gand, 10 novembre 1997, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 286 ; Gand, 28 septembre 1995, *A.J.T.*, 1995-1996, p. 395 ; Gand, 7 mars 1995, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 284, obs. L. STEVENS ; Corr. Bruxelles, 27 avril 1998, *Div. Act.*, 1998, p. 103 ; Civ. Turnhout,

(art. 431-432 C. pén.)<sup>(314)</sup> ont un effet comminatoire favorisant l'exécution volontaire des décisions judiciaires et des conventions.

Dans un tout autre registre, celui de la répression et de la protection immédiate de l'enfant, des incriminations répriment les lésions corporelles volontaires ou la privation d'aliments (art. 398 et s., 401bis et 410 C. pén.). On évoquera aussi la répression des atteintes aux mœurs et le crime de viol<sup>(315)</sup>.

## SECTION 6

### Relations personnelles hors autorité parentale

**780. Notion.** D'autres personnes que les parents, seuls titulaires de l'autorité parentale, ont le droit d'entretenir des contacts avec un mineur. Fondé sur des liens d'affection présumés ou réels entre un adulte et un enfant et sur le droit au respect de la vie familiale au sens de l'article 8 de la C.E.D.H.<sup>(316)</sup>, le droit aux relations personnelles hors autorité

14 septembre 1994, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 291 (somm.), *Turn. Rechtsl.*, 1994-1995, p. 32 ; Corr. Gand, 14 septembre 1994, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 291 (somm.), *T.G.R.*, 1995, p. 146 ; Corr. Verviers, 5 juin 1992, *Div. Act.*, 1995, p. 45 ; A. MASSET, « L'abandon de famille », *o.c.*, p. 307 ; A. MASSET, « L'abandon de famille », *Div. Act.*, 1995, p. 34 ; L. STEVENS, « Over strafrecht, uit de echt gescheiden ouders en hun kinderen. Een decennium rechtspraak m.b.t. art. 369bis Sw. (1989-1999) », *E.J.*, 1999, p. 130 ; E. LUSTMANN, in *Précis de droit de la famille* (A.-Ch. VAN GYSEL dir.), 1<sup>ère</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 592-597.

(314) Cass., 15 septembre 2010, *Rev. dr. pén.*, 2011, p. 308 ; Cass., 20 octobre 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 861 ; Cass., 31 mai 2011, *Pas.*, 2011, p. 1567, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 862 (somm.) ; Cass., 5 septembre 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1082 (prévention de non-représentation d'enfant retenue légalement contre la mère) ; Cass., 11 octobre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 242 ; Cass., 9 octobre 2002, *J.T.*, 2003, p. 201 (somm.) ; Anvers, 7 septembre 2009, *R.W.*, 2010-2011, p. 1138, note B. DE SMET ; Anvers, 18 décembre 2002, *T.J.K.*, 2003, p. 304, note S. VANDROMME ; Bruxelles, 11 janvier 2002, *J.T.*, 2002, p. 266 ; Bruxelles, 6 mars 1991, *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 551 ; Corr. Nivelles, 8 octobre 1986, *Rev. trim. dr. fam.*, 1987, p. 240, *J.T.*, 1987, p. 448 ; I. DE LA SERNA, « La non représentation d'enfants », in *Les infractions*, vol. 3, *Les infractions contre l'ordre des familles, la moralité publique et les mineurs* (H. BOSLY et C. DE VALKENEER éd.), Bruxelles, Larcier, 2011 p. 409 et s. ; B. DE SMET, « Niet-afgifte van kinderen door vader of moeder », in *Verblijfsregeling* (C.B.R. éd.), Anvers, Intersentia, 2008, p. 183 ; J.-L. RENCHON, « Le risque de rupture d'un lien parent-enfant », *o.c.*, pp. 246-247. Dans le cadre d'une telle procédure, les parents n'ont pas le droit de faire entendre leur enfant ; il n'appartient pas au juge de se prononcer sur l'intérêt des enfants ou des parents, mais bien sur la question de savoir si le prévenu respecte le droit aux relations personnelles tel qu'il est prévu dans l'intérêt des enfants par une décision judiciaire (Cass., 14 octobre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 631).

(315) Sur la problématique des allégations d'attouchements ou de comportements incestueux ou pédophiles, *supra*, n° 454.

(316) C.E.D.H., *Lebbink c. Pays-Bas*, arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2004, *N.J.B. (Pays-Bas)*, 2004, p. 1753 ; C.E.D.H., *Gnahore c. France*, arrêt du 19 septembre 2000, *CEDH*, 2000-IX, p. 407, *J.D.J.*, 2001, n° 202, p. 53, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 145 ; C.E.D.H., *Elsholz c. Allemagne*, arrêt du 13 juillet 2000, *CEDH*, 2000-VIII, p. 345, *J.D.J.*, 2001, n° 202, p. 48, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 128 ; C.E.D.H., *Scozari et Giunta c. Italie*, arrêt du 13 juillet 2000, *CEDH*, 2000-VIII, p. 401, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 359.

parentale<sup>(317)</sup> englobe tous les contacts qui peuvent exister entre adultes et enfants, sous toutes leurs formes.

Il n'existe aucun droit aux relations personnelles entre majeurs, car les principes de liberté individuelle et d'inviolabilité du domicile leur permettent de s'y opposer. Pour les mêmes raisons, le droit aux relations personnelles n'est pas réciproque, dans le sens où un mineur ne peut pas obliger un majeur à entretenir des contacts avec lui.

Cette matière est en constante évolution. Déjà reconnu par l'article 9 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, et développé par la jurisprudence, ce droit a été consacré et remanié par la réforme de l'autorité parentale (L. du 13 avril 1995). Il fait aujourd'hui l'objet d'une convention du Conseil de l'Europe que la Belgique a signée mais pas ratifiée<sup>(318)</sup>.

**781. Titulaires.** On distingue deux catégories de titulaires d'un droit aux relations personnelles<sup>(319)</sup>.

Certaines personnes ont un *droit de principe* aux relations personnelles avec un mineur en raison du lien de parenté (établi) qui les unit, sans devoir fournir d'autre preuve pour le faire valoir. Il s'agit du parent – même mineur – qui n'exerce pas l'autorité parentale (art. 374, § 1<sup>er</sup>, al. 4 ; *supra*, n° 764-765)<sup>(320)</sup> ou des grands-parents (art. 375bis)<sup>(321)</sup>, le droit des seconds étant subsidiaire par rapport à celui des premiers<sup>(322)</sup>. L'intérêt de l'enfant assigne une limite même à ce droit de principe, la

(317) S. DEMARS, « Les relations entre les frères et sœurs au sein de la famille en droit civil », R.G.D.C., 2000, p. 81 ; A. DE WOLF, « De nieuwe regeling van het omgangsrecht », o.c., pp. 200-204, n°s 328-333 ; J. SOSSON, « Quand un parent vit au loin ... L'avènement du droit aux relations 'cyber-personnelles' ? », note sous Civ. Neufchâteau (réf.), 16 décembre 1997, *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 86 ; H. VANBOCKRIJCK, « Moeilijkheden bij de uitoefening van het omgangsrecht », *E.J.*, 2005, p. 94.

(318) Convention n° 192 du 15 mai 2003 sur les relations personnelles concernant les enfants.

(319) Sur l'ensemble de la question : S. CAP et J. SOSSON, « La place juridique du tiers au lien de filiation », o.c., pp. 277-290 ; N. GALLUS, « Le droit aux relations personnelles des grands-parents et des autres tiers (article 375bis du Code civil) », in *Le droit des seniors. Aspects civils, sociaux et fiscaux*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, p. 309 ; G. HIERNAUX, « À propos du droit des grands-parents de "rencontrer" leurs petits-enfants », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 1082 ; G. HIERNAUX, « Difficultés actuelles en matière d'autorité parentale et d'hébergement », o.c., pp. 188 et s. ; F. SWENNEN, « Rechten van niet-ouders met betrekking tot minderjarigen », o.c., p. 257.

(320) Le droit aux relations personnelles du parent qui n'exerce pas l'autorité parentale ne peut être refusé que pour des motifs très graves (*supra*, n°s 764-765).

(321) La jurisprudence antérieure à la réforme de 1995 avait déjà reconnu ce droit aux grands-parents légitimes (Cass., 14 octobre 1915, *Pas.*, 1915, I, p. 455) et naturels (Cass., 22 septembre 1966, *Ann. not.*, 1968, p. 195, note P. MAHILLON, R.C.J.B., 1966, p. 373, note J. DABIN), ainsi qu'aux grands-parents d'origine après une *adoption plénière* (Cass., 4 mars 1976, R.W., 1976-1977, col. 287, note H. NUYTINCK, *Pas.*, 1976, I, p. 732, *Rev. not. belge*, 1987, p. 177 ; Anvers, 1<sup>er</sup> mars 2010, *T. Fam.*, 2010, p. 195, note R. HEPs), en raison de la communauté de sang et des liens d'affection partagés avec l'enfant.

(322) Mons, 6 décembre 1979, *Rev. trim. dr. fam.*, 1980, p. 292 ; Liège, 14 février 1978, *J.L.*, 1977-1978, p. 289 ; Civ. Nivelles (jeun.), 11 janvier 2000, *J.T.*, 2000, p. 428.

charge de la preuve reposant toutefois sur la personne contestant le droit de principe (art. 375, al. 2)<sup>(323)</sup>.

D'autres personnes ont un *droit virtuel* nécessitant la preuve d'un « lien d'affection particulier » avec l'enfant (art. 375bis, al. 1<sup>er</sup> *in fine*)<sup>(324)</sup>. Ce droit peut être reconnu à des *membres de la famille* (parents déchus de l'autorité parentale<sup>(325)</sup>, parents d'origine après adoption plénière<sup>(326)</sup>, frères et sœurs<sup>(327)</sup>, demi-frères et demi-sœurs même mineurs<sup>(328)</sup>, oncle

(323) Bruxelles, 18 février 2005, *E.J.*, 2005, p. 42, note A. DE WOLF ; Mons, 30 septembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 840 ; Civ. Nivelles (jeun.), 11 janvier 2000, précité ; Bruxelles, 5 janvier 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 411 (rejet de la demande de la grand-mère au motif d'abus sexuels commis sur les enfants par le grand-père avec lequel elle vit toujours) ; Anvers, 1<sup>er</sup> mars 2010, *T. Fam.*, 2010, p. 195, note R. HEPS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 779 (somm.), *T.J.K.*, 2011, p. 67 (grand-parents naturels après adoption plénière) ; Civ. Mons (jeun.), 26 janvier 2011, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 10 ; Civ. Bruxelles (jeun.), 26 mai 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 1079, note G. HIERNAUX ; Mons, 8 juin 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 721 ; Civ. Dinant (jeun.), 30 juin 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 932 ; Bruxelles, 18 janvier 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 595 ; Bruxelles, 1<sup>er</sup> février 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 603. *Adde* : Mons, 25 mai 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 293 ; Civ. Bruxelles (jeun.), 5 octobre 1999, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 26, note K. JACOBS, qui rejettent la demande des grands-parents pour contrariété à l'intérêt de l'enfant. Le seul fait qu'un parent soit privé de sa liberté est insuffisant pour le priver de toute relation avec l'enfant (voy. : Bruxelles, 12 septembre 2002, *NjW*, 2002, p. 392 ; comp. : Mons, 25 mai 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1233). Sur les droits aux relations personnelles de parents détenus : S. LOUIS et D. FOURMANOIR, « L'autorité parentale du détenu et ses relations avec l'enfant », *Rev. dr. ULg*, 2004, p. 141 ; N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, o.c., pp. 487-488 ; D. VAN GRUNDERBEECK. « Het recht van gedetineerden op het ontstaan, het behoud en de ontwikkeling van een familie- en gezinsleven en hun recht om te huwen », in *Vrijheden en vrijheidsbeneming. Mensenrechten van gedetineerden* (E. BREMS, S. SOTTIAUX, P. VANDEN HEEDE et W. VANDENHOLE éd.), Anvers, Intersentia, 2005, p. 189 ; X., « Dossier de la CODE [Coordination des ONG pour le droit des enfants]. Séparés par des barreaux. La situation des enfants dont les parents sont en prison », *J.D.J.*, 2008, n° 278, p. 4.

(324) Pour une critique de la distinction et sur cette notion : S. CAP et J. SOSSON, « La place juridique du tiers au lien de filiation », o.c., p. 285, n° 15 et pp. 287-288, n° 17. Cette condition n'implique pas la réciprocité dans le lien affectif (Cass., 16 janvier 2009, *T. Fam.*, 2009, p. 91, note R. VASSEUR, R.A.B.G., 2009, p. 858, note E. DE MAEYER et C. VERGAUWEN, *T.J.K.*, 2009, p. 353, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 505), ni l'actualité du lien, cela pour permettre la restauration d'un lien rompu : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 527, n° 892.

(325) Civ. Liège (réf.), 8 décembre 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 701 ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 525, n° 890 ; *contra* : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 2134 (*supra*, n° 754).

(326) En cas d'adoption *simple* les parents conservent selon certains auteurs un droit de principe, à concilier bien entendu avec les prérogatives nettement prépondérantes des parents adoptifs (F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 525, n° 890). En ce qui concerne l'adoption *plénière*, on pourrait penser que si les grands-parents d'origine se voient reconnaître un droit de principe aux relations personnelles (avant 1995 : en raison de la communauté de sang et des liens d'affection partagés avec l'enfant ; Anvers, 1<sup>er</sup> mars 2010, *T. Fam.*, 2010, p. 195, note R. HEPS), il devrait *a fortiori* en être de même pour les parents d'origine. On oppose à cet argument que l'octroi d'un tel droit à ces derniers ne serait pas conciliable avec le consentement donné à l'adoption de leur enfant. Pour plus de détails (régime antérieur à la loi du 13 avril 1995) : M.-C. WILLEMAERS, « Het omgangsrecht van de oorspronkelijke familie en van de derden na adoptie », in *Adoptie, verlatenverklaring van minderjarigen* (P. SENAËVE éd.), Louvain, Acco, 1990, p. 161. Dans le cadre d'une adoption simple, les parents d'origine conservent un droit de principe aux relations personnelles (P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 2133).

(327) Civ. Huy (jeun.), 11 mai 1989, *J.T.*, 1990, p. 261, *J.L.M.B.*, 1989, p. 1466 ; S. DEMARS, « Les relations entre les frères et sœurs au sein de la famille en droit civil », o.c., pp. 81 et s.

(328) Civ. Namur, 22 octobre 2002, *J.D.J.*, 2004, p. 43, note F. BOUCHAT.

et tante<sup>(329)</sup>, arrière-grand-parent<sup>(330)</sup>, etc.) ou à des tiers (père biologique<sup>(331)</sup>, grands-parents biologiques<sup>(332)</sup>, parrain et marraine<sup>(333)</sup>, beau-parent<sup>(334)</sup>, parent éducatif<sup>(335)</sup>, etc.).

Pour tous ces prétendants à un droit aux relations personnelles, l'intérêt de l'enfant n'est pas seulement érigé en condition de fond de l'octroi du droit, mais constitue aussi une condition de son exercice

(329) Cass., 11 janvier 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 467 ; Bruxelles, 23 janvier 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 49, *J.T.*, 1980, p. 360 ; Gand, 17 juin 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 875, *T.G.R. - T.W.V.R.*, 2011, p. 341.

(330) Civ. Gand (jeun.), 28 novembre 2007, *NjW*, 2008, p. 744, note G.V., *T. Fam.*, 2009, p. 77, note R. VASSEUR ; G. VERSCHULDEN, « Overgrootouders niet principieel contractgerechtigd », *Juristenkrant*, 2008, n° 165, p. 8. Critiques : S. CAP et J. SOSSON, « La place juridique du tiers au lien de filiation », *o.c.*, p. 281, n° 11.

(331) Très controversé, notamment s'il n'y a pas encore de lien affectif, encore que la C.E.D.H. estime digne de protection une vie familiale potentielle (C.E.D.H., arrêt *Anaya c. Allemagne*, du 21 décembre 2010, *J.D.J.*, n° 302, p. 43 ; S. CAP et J. SOSSON, « La place juridique du tiers au lien de filiation », *o.c.*, pp. 296-301 ; G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011) », *o.c.*, pp. 112 et s.). En ce sens : Bruxelles, 22 juin 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 413 (octroi d'un droit aux relations personnelles au père biologique) ; Bruxelles, 13 juillet 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 63 ; Bruxelles, 9 septembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 537 ; Bruxelles, 7 octobre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 844 ; Liège, 11 décembre 1985, *Rev. trim. dr. fam.*, 1989, p. 281 ; Civ. Anvers (jeun.), 21 janvier 2003, *R.A.B.G.*, 2003, p. 941, note A. HEREMANS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 785 (somm.) ; *contra* : Civ. Charleroi (jeun.), 15 décembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1222, obs. C. COUQUELET ; Civ. Charleroi (jeun.), 1<sup>er</sup> décembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1221. Refus pour contrariété à l'intérêt de l'enfant : Bruxelles (jeun.), 15 juin 1992, *R.G.D.C.*, 1995, p. 527 ; Civ. Anvers, 20 novembre 1980, *Rev. trim. dr. fam.*, 1981, p. 442.

(332) Gand, 22 novembre 2004, *T.J.K.*, 2006, p. 64, note T. MOYSON et St. VANDEVELDE (refus : défaut de prouver le lien affectif).

(333) Civ. Nivelles (jeun.), 22 septembre 1998, *J.D.J.*, 1999, n° 185, p. 41, note B. VAN KEIRS-BILCK ; Civ. Liège, 23 décembre 1996, *J.D.J.*, 1997, p. 87, note.

(334) Mons (jeun.), 29 octobre 2012, *Act. dr. fam.*, 29 octobre 2012, p. 3, note N. GALLUS (ex-partenaire lesbienne) ; Gand, 5 décembre 1988, *Rev. trim. dr. fam.*, 1990, p. 69 (après le décès de la mère de l'enfant) ; Civ. Turnhout, 6 avril 2009, *J.D.J.*, 2009, n° 288, p. 40 (somm.), note *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 415 (somm.), note, R.W., 2009-2010, p. 166, note, *T. Fam.*, 2009, p. 117, note S. EGGERMONT, *T.J.K.*, 2009 p. 354 (somm.) (séparation d'un couple lesbien) ; Civ. Bruges (jeun.), 20 juin 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 727 (somm.), *T. Fam.*, 2013, p. 244, note R. VASSEUR (séparation d'un couple lesbien). Sur l'ensemble de la question : S. CAP et J. SOSSON, « La place juridique du tiers au lien de filiation », *o.c.*, pp. 301-310.

(335) Anvers, 21 avril 2005, *R.W.*, 2005-2006, p. 745, note F. SWENNEN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 311 (somm.), *J.D.J.*, décembre 2007, p. 40 (somm.), note (refus) ; Gand, 7 février 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 311 (somm.), *R.G.D.C.*, 2007, p. 256 (refus) ; Gand, 28 octobre 2002, *R.A.B.G.*, 2003, p. 946, note F. DE BOCK, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 783 (somm.) ; Civ. Louvain (jeun.), 29 novembre 2005, *R.W.*, 2006-2007, p. 483, note A. HUYGENS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 896 (somm.), *J.D.J.*, décembre 2006, p. 43, note J. JACQMAIN (couple de lesbiennes) ; Civ. Turnhout (jeun.), 8 février 2012, *Juristenkrant*, 2012, p. 16 (parents de la co-mère décédée) ; Civ. Malines (jeun.), 28 avril 2004, *R.W.*, 2004-2005, p. 30, note, *J.D.J.*, 2004, n° 238, p. 59 (somm.), *NjW*, 2004, p. 1172, note G.V. ; Civ. Dendermonde (jeun.), 1<sup>er</sup> mars 2001, *R.A.B.G.*, 2004, p. 48, note F. DE BOCK, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 784 (somm.) ; Civ. Courtrai (jeun.), 18 mars 1997, *Journ. proc.*, 1997, n° 334, p. 16, note L. VERSLUYS, *T.W.V.R.*, 1997, p. 91, *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 311 (somm.), *J.T.*, 1998, p. 731, note N. MASSAGER, *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 687, note Y.-H. LELEU, *J.D.J.*, 2000, n° 198, p. 45 ; J.P. Malines, 29 avril 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 389, note Kr. JACOBS ; P. BORGHES, « Recente ontwikkelingen in de Belgische rechtspraak inzake homoseksueel ouderschap. Volgt de wetgever ? », *A.J.T.*, 2000-2001, p. 366 ; R. VASSEUR, « Nogmaals over het recht op persoonlijk contact van de lesbische meemoeder », *T. Fam.*, 2013, p. 245 ; G. VERSCHULDEN, « Lesbische ex-partner krijgt ruim omgangsrecht », *Juristenkrant*, 2004, n° 92, p. 13.

concret<sup>(336)</sup>, compatible avec celui des titulaires de l'autorité parentale, la charge de la preuve incombant au demandeur.

**782. Régime.** Ce n'est qu'à défaut d'accord entre les parties que le juge est appelé à trancher un litige portant sur le droit aux relations personnelles<sup>(337)</sup>. Le tribunal compétent<sup>(338)</sup> est le tribunal de la famille (art. 375bis, al. 2, réd. L. 30 juillet 2013), lequel statue comme en référé (art. 1253ter/4, 3°, C. jud.) sauf en cas d'absolue nécessité au sens de l'article 584 du Code judiciaire, auquel cas le président du tribunal de première instance statuant en référé peut être saisi. Il en est de même si le droit aux relations personnelles est revendiqué par un parent dans le cadre de mesures provisoires (art. 1253ter/4, C. jud.).

Les modalités d'exercice du droit aux relations personnelles sont variables et fonction de l'intérêt de l'enfant (recevoir ou héberger le mineur<sup>(339)</sup>, lui rendre visite, effectuer avec lui des sorties et activités, entretenir des communications téléphoniques<sup>(340)</sup>, communiquer par mail, *skype*<sup>(341)</sup>, *etc.*)<sup>(342)</sup> ; lorsque le droit s'exerce en présence de parents, les contacts sont généralement de courte durée<sup>(343)</sup>. Le juge peut être amené à ordonner que les rencontres se déroulent en milieu neutre et sécurisant pour l'enfant<sup>(344)</sup> ou à assortir le droit aux relations personnelles de conditions spécifiques (interdiction pour les grands-parents de mettre l'enfant en contact avec un des parents, interdiction de lui faire quitter le territoire, *etc.*)<sup>(345)</sup>.

(336) Civ. Bruxelles (jeun.), 28 mai 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 453. Pour plus de détails : F. SWENNEN, « De uitoefening van het recht op persoonlijk contact door een lesbische meemoeder », note sous Anvers, 21 avril 2005, *R.W.*, 2005-2006, p. 746.

(337) Le but ainsi poursuivi est d'éviter que des titulaires d'un droit aux relations personnelles non contesté se prémunissent d'un jugement en prévision de conflits futurs. Voy. : Civ. Bruxelles (jeun.), 29 juin 1999, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 25 ; Civ. Liège (jeun.), 27 janvier 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 847, note G. HIERNAUX. La Cour d'arbitrage s'est prononcée sur le caractère indispensable de la possibilité de contestation des grands-parents lorsque ceux-ci sont empêchés d'exercer leur droit aux relations personnelles : C.A., 10 mars 2004, n° 38/2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 540, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 370.

(338) En droit international privé : Liège, 15 juillet 2004, *J.T.*, 2004, p. 799.

(339) Civ. Dinant (jeun.), 30 juin 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 932.

(340) Civ. Bruxelles (réf.), 22 avril 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 355.

(341) Civ. Bruxelles (jeun.), 1<sup>er</sup> septembre 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 358 ; Civ. Nivelles (réf.), 29 août 1997, *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 71 ; *contra* : Civ. Bruxelles (jeun.), 12 juin 1996, *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 62, qui refuse le droit d'avoir des contacts par e-mail.

(342) Pour des mineurs plus âgés (16 ans et plus), le juge refuse parfois de fixer les modalités d'exercice du droit aux relations personnelles et décide que celui-ci s'exercera d'un commun accord avec l'enfant (P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht, o.c.*, n° 2155 ; rappr. : Bruxelles, 12 mai 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 525).

(343) En boutade, le temps d'aller manger ensemble *een pannenkoek* : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Anvers, Intersentia, pp. 528-529, n° 894.

(344) Mons, 8 juin 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 721 (espace-rencontre).

(345) P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht, o.c.*, n° 2156.

Étant donné que l'article 375*bis* est la seule base légale pour fonder un droit aux relations personnelles entre un enfant mineur et un tiers que le(s) parent(s) refuse(nt) de tolérer, il convient de l'appliquer largement<sup>(346)</sup> en respectant l'intérêt de l'enfant et en tentant de concilier les intérêts en présence, sachant que sur l'autorité repose une obligation de permettre le développement d'une vie familiale effective au sens de l'article 8 C.E.D.H.

À défaut de respect de la décision accordant un droit aux relations personnelles, le titulaire de ce droit peut, comme on l'a vu, en principe<sup>(347)</sup> recourir à l'exécution forcée, à l'astreinte<sup>(348)</sup> (*supra*, n° 777-2) et/ou réclamer l'indemnisation de son dommage moral.

(346) F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., o.c., p. 529, n° 894.

(347) Le juge peut assortir le droit aux relations personnelles d'une interdiction d'utiliser une mesure d'exécution ou de coercition à l'occasion de l'exercice de ce droit (Cass., 11 mars 1994, *A.J.T.*, 1994-1995, p. 4, note R. UYTENDAELE, *Pas.*, 1994, I, p. 247, note J.d.J., *E.J.*, 1995, p. 82, note K. DEKELVER, *Div. Act.*, 1996, p. 115, *J.D.J.*, 1995, p. 133, obs. B. VAN KEIRSBILCK, *R.W.*, 1994-1995, p. 671). La jurisprudence semble reconnaître aux grands-parents un droit d'action sur base de l'article 387*ter* (Civ. Nivelles (jeun.), 26 février 2014, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 231) ; *contra* : Civ. Charleroi (jeun.), 17 mai 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1237, note F. REUSENS.

(348) Gand, 7 février 2005, *NjW*, 2006, p. 125, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 311 (somm.), *R.G.D.C.*, 2008, p. 67 ; Civ. Dinant (jeun.), 30 juin 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 932 ; comp. : Gand, 20 juin 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 312 (somm.), *T.G.R.*, 2006, p. 17, *T.J.K.*, 2007, p. 35, note H. PAS (rejet) ; Gand, 22 mai 2012, *NjW*, 2013, p. 952, note A. VANDERHAEGHEN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 726 (rejet).

## CHAPITRE 4

# LES OBLIGATIONS ALIMENTAIRES

**783. Bibliographie.** J.-E. BEERNAERT, « Les rentes alimentaires et leur incidence fiscale », *Act. dr. fam.*, 2008, p. 93 ; J.-E. BEERNAERT, « *Capita selecta* inzake onderhoudsgelden en fiscaliteit », *J.J.P.*, 2005, p. 399 ; J.-E. BEERNAERT et A. RUPPOL, « À propos des fameux ‘frais extraordinaires’ (2<sup>e</sup> partie) », *Div. Act.*, 2007, p. 41 ; F. BOUCHAT et F. DRUANT, « L’obligation alimentaire », *J.D.J.*, 2006, n° 254, p. 42 ; S. BROUWERS, « Alimentatie », in *A.P.R.*, Malines, Kluwer, 2009 ; S. Brouwers, « Wet van 10 maart 2010 ter bevordering van een objectieve berekening van de door de ouders te betalen onderhoudsbijdragen voor hun kinderen », *R.W.*, 2010-2011, p. 258 ; C.B.R. (éd.), *Alimentatie & kinderen*, Anvers, Intersentia, 2010 ; N. DANDROY, « Vers une méthode de calcul des contributions alimentaires pour les enfants ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 455 ; N. DANDROY, « La loi du 19 mars 2010 visant à promouvoir l’objectivation du calcul des contributions alimentaires des père et mère au profit de leurs enfants », *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 775 ; N. DANDROY, « Les effets alimentaires de la vie en couple », in *Différenciation ou convergence des statuts juridiques du couple marié et du couple non marié ? Droit belge et français* (J. HAUSER et J.-L. RENCHON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 59 ; P. DE CRAENE, « Verplichtingen van de ouders : enige betwistingen rond art. 203 B.W. », *T.G.R.*, 1995, p. 42 ; F.-X. DELOGNE, « La réforme du calcul du droit des contributions alimentaires », *Rev. not. belge*, 2010, p. 398 ; J. FIERENS, « L’exception d’irrespect en matière alimentaire et le respect de la loi », *Div. Act.*, 2007, p. 38 ; J.-L. FRANEAU, « Réflexions sur le principe de proportionnalité et l’évolution dans le temps d’une contribution alimentaire pour un enfant », *J.J.P.*, 2006, p. 446 ; N. GALLUS, « L’objectivation du calcul des contributions alimentaires », *Act. dr. fam.*, 2010, p. 153 ; N. GALLUS, « Les aliments », *Rép. not.*, t. I, l. IV, Bruxelles, Larcier, 2005 ; N. GALLUS, « Conventions alimentaires », in *Manuel de planification patrimoniale. Le couple. Vie commune* (Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS et M. BOURGEOIS éd.), Bruxelles, Larcier, 2009, p. 175 ; J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, 2<sup>e</sup> éd., Anvers, Kluwer, 1994 ; J. GERLO, « Recente ontwikkelingen in het alimentatierecht », *R.G.D.C.*, 1998, p. 23 ; R. HEPS, « Naar een exceptie van onwaardigheid in het onderhoudsrecht ? », *T. Fam.*, 2007, p. 9 ; S. LOUIS, « Obligation parentale d’entretien et obligations alimentaires de droit commun : jurisprudence récente », in *Actualités de droit familial. Le point en 2008* (Y. H. LELEU éd.), CUP, vol. 103, Liège, Anthemis, 2008, p. 133 ; S. LOUIS, « Calcul des parts contributives des père et mère au profit de leurs enfants – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 361 ; S. LOUIS, « Calcul des parts contributives des père et mère au profit de leurs enfants – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence », *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 155 ; P. MAHILLON, « L’entretien et l’éducation des enfants majeurs », in *Mélanges Jean Baugniet*, Bruxelles, Services auxiliaires des revues notariales, 1976, p. 525 ; N. MASSAGER, « À propos des fameux ‘frais extraordinaires’ (1<sup>re</sup> partie) », *Div. Act.*, 2006, p. 145 ; S. MOSSELMANS, *Onderhoudsbijdrage tussen echtgenoten in echtscheiding : begroting, aanrekening*

*en woonstvergoeding*, Gand, Larcier, 2007 ; P. MURAT, « Le recours des établissements de santé contre les débiteurs d'aliments des personnes hébergées : exercice d'équilibre difficile », *Dr. fam.*, 2007, comm., n° 223 ; W. PINTENS et Y.-H. LELEU, « Opleidingskosten en familiaal vermogensrecht », *T.O.R.B.*, 1993-1994, p. 145 ; Ph. POTENTIER, « Obligation alimentaire et aide sociale », *Dr. fam.*, 2006, n° 22, p. 23 ; R. RENARD, *La méthode Renard. Questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2008 ; P. SENAËVE, « Naar een systeem van objectivering van de vaststelling van de kinderalimentatie », *T. Fam.*, 2009, p. 1 ; P. SENAËVE, « Vader, moeder of het OCMW ? Familierechtelijke aspecten van het recht op onder-wijs », *Jura Falc.*, 1989-1990, p. 475 ; P. SENAËVE, « De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap », in *Vereffening-verdeling van de nalatenschap* (W. PINTENS et B. VAN DER MEERSCH éd.), Anvers, Maklu, 1993, p. 229, n° 487 ; P. SENAËVE (éd.), *Onderhoudsgelden*, Louvain, Acco, 2001 ; P. SENAËVE et J. DU MONGH (éd.), *Onderhoudsgelden voor kinderen en tussen ex-echtgenoten. De wet van 19 maart 2010 aangaande de objectivering van onderhoudsbijdragen – Onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting – Fiscale Aspecten*, Anvers, Intersentia, 2010 ; F. SWENNEN, « Over alimentatieovereenkomsten en echtscheiding (en ook een beetje over odysseus) », *T.P.R.*, 2008, p. 1287 ; M. TREMMERY et J. TREMMERY, *Onderhoudsgeld voor kinderen. Normering met excel rekenblad*, Anvers, Maklu, 2005 ; M. VALSCHAERTS, « La fiscalité familiale », *Rép. not.*, t. XV, l. IV/1, Bruxelles, Larcier, 2009 ; A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Bruxelles, Kluwer, 2001 ; A.-Ch. VAN GYSEL (éd.), *L'argent pour vivre : vers une réforme de l'obligation alimentaire*, Anvers, Kluwer, 1999 ; G. VERSCHULDEN, « De wet van 19 maart 2010 ter bevordering van een objectieve berekening van kinderalimentatie », *T. Fam.*, 2010, p. 161 ; E. VIEUJEAN (éd.), *Les ressources de la famille*, Anvers, Kluwer, 1992 ; E. VIEUJEAN, « L'entretien des enfants », *Ann. Dr. Louvain*, 1979, p. 247 ; E. VIEUJEAN, « Questions sur les aliments », *Chron. dr. J.P.*, Liège, 1996.

## SECTION I Généralités

**784. De la parenté proche à la famille élargie.** L'obligation alimentaire, *au sens strict*<sup>(1)</sup>, est le devoir imposé par la loi à une personne de fournir à une autre qui se trouve dans le besoin, et se rattache à elle par un lien de famille, les secours nécessaires à la vie. Dans un *sens plus large*, englobant les devoirs des parents envers leurs enfants en âge de formation et les devoirs économiques entre époux et ex-époux, l'obligation alimentaire vise à transférer au créancier une partie des ressources du débiteur de manière à lui permettre de mener un niveau de vie défini par la loi en fonction du lien familial qui les unit. Cette seconde acception fait apparaître la distinction fondamentale en cette matière entre, d'une part, les obligations alimentaires *de droit commun*, établies en principe au sein de

(1) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 470, n° 449.

la famille étendue et visant à fournir le minimum vital, et, d'autre part, les obligations alimentaires *élargies*, établies en principe entre personnes en lien familial plus proche et visant à égaliser des niveaux de vie.

Quelle que soit la catégorie à laquelle elles appartiennent, les obligations alimentaires manifestent un devoir de solidarité économique familiale entre personnes parentes.

Le besoin de secourir les personnes nécessiteuses ou économiquement dépendantes est universellement rencontré, généralement par le système juridique, moins fréquemment par des processus socio-culturels. Le droit des obligations alimentaires trouve son fondement dans une obligation morale d'entraide au sein de la famille, reposant elle-même sur la proximité des liens familiaux<sup>(2)</sup>, et sa rationalité économique dans le point d'équilibre, que recherchent aussi la plupart des systèmes juridiques, entre la solidarité familiale et la solidarité collective<sup>(3)</sup>. Ces objectifs ne fondent toutefois qu'une obligation virtuelle. Sa concrétisation par une action et, en cas de succès, par une obligation financière – le terme « pension alimentaire » étant générique – exige, outre la préexistence de liens familiaux établis, qu'une nécessité économique se manifeste dans le chef du créancier, à savoir, selon le type d'obligation alimentaire, un « état de besoin », une nécessité « d'éducation, d'entretien et de formation » ou une « dégradation de situation économique ».

Outre son utilité économique, même dans un État où la sécurité sociale atteint un degré d'efficacité envié, le droit des obligations alimentaires conserve une dimension symbolique<sup>(4)</sup>, d'abord celle d'indiquer aux créanciers leurs obligés et *vice versa*, ensuite celle de manifester la prégnance de l'insertion d'une personne dans sa ou ses famille(s). Bien que les liens se distendent dans l'ancienne famille dite élargie et fondée sur le lien de parenté ou d'alliance, et que d'autres liens se nouent dans les nouvelles familles (parenté éducative), il demeure pour la plupart des individus un « réseau familial » que l'obligation alimentaire permet de réactiver au gré des besoins reconnus par le droit. Le législateur contemporain a adapté certaines obligations alimentaires aux recompositions familiales (ex. : art. 203, § 3), mais à la marge et avec retenue.

(2) Sur les rapports entre les fondements des droits alimentaires et des droits successoraux : E. ALFANDARI, « Droits alimentaires et droits successoraux », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 1.

(3) Pour plus de détails, voy. not. : B. BAWIN-LEGROS et J.-F. STASSEN, « Solidarité entre générations. La nécessaire et difficile articulation du privé et du public », in *Familles, mode d'emploi. Étude sociologique des ménages belges* (B. BAWIN-LEGROS éd.), Bruxelles, De Boeck & Larcier, 1999, pp. 97-111 ; J. SOSSON, « L'obligation alimentaire, miroir des conceptions de la famille ? », in *Liber Amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 575.

(4) J. GERLO, *Onderhoudsgeldeno.c.*, pp. 6-7, n° 7.

Plus fondamentalement, le législateur est conscient de la difficulté de mise en œuvre de la solidarité économique privée s'il faut, autre besoin social impérieux, éviter que le droit mine l'harmonie des familles. L'État assume donc une part de charges en cas de carences privées et fait preuve de réalisme économique dans un secteur du droit où dépendance, précarité, surendettement et isolement vont de concert. Les aménagements apportés au principe de priorité à la mise en œuvre privée et judiciaire de l'obligation alimentaire (ex. : allocations sociales, avances par les C.P.A.S. ou par le S.E.C.A.L.) révèlent la grande adaptabilité du droit des aliments. De manière assez comparable à celui des incapacités, c'est un droit protecteur de personnes (économiquement) vulnérables, où la loi doit s'appliquer avec humanité, parfois en équité, et où les interprétations peuvent être pratiquées *in favorem*.

**785. Division. Frais funéraires.** Le présent chapitre regroupe toutes les obligations alimentaires mais expose successivement celles entre parents et enfants en âge de formation et celles entre les autres membres de la famille par le sang ou par l'alliance. Cette division est surtout dictée par un souci de présentation et d'aide à la résolution de cas pratiques. Elle nous paraît préférable au classement, plus théorique, selon la base juridique (loi, contrat, jurisprudence), le degré d'intensité (état de besoin, partage ou dégradation des niveaux de vie) ou les débiteurs et créanciers (parents, alliés, pseudo-famille, successions).

Certaines obligations alimentaires ont déjà été analysées (époux – art. 213 et 221 ; ex-époux – art. 301 ; (ex-)cohabitants légaux ou partenaires de fait – conventions) ; elles seront remises en perspective et situées dans la hiérarchie des dettes ou créances en concours.

L'obligation alimentaire *conventionnelle* entre ex-époux divorcés par consentement mutuel ou ex-partenaires qui s'entendent à ce propos a également été examinée. Régie par un contrat (art. 1288, 4°, C. jud.), elle ne présente plus d'intérêt ici, sauf dans les cas, exceptionnels, où les parties auraient négligé d'exclure la faculté de révision judiciaire (art. 301, § 7 ; *supra*, n° 561-1) ou auraient convenu d'aligner son régime sur celui d'une obligation alimentaire légale, ou encore si le respect du contrat met en péril les capacités du débiteur à assumer d'autres obligations alimentaires prioritaires.

Précisons enfin, pour ne plus y revenir, que la charge des *frais funéraires ou de dernière maladie* d'un parent décédé pourrait être considérée comme l'ultime devoir alimentaire<sup>(5)</sup>. Telle n'est pas la position

(5) Jurisprudence et doctrine sont divisées et nous prenions position en ce sens dans la précédente édition. En ce sens : Gand, 4 juin 2002, R. W., 2003-2004, p. 350, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, pp. 788 et 795 (somm.) ; Civ. Bruxelles, 22 novembre 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 798 (somm.)

de la Cour de cassation<sup>(6)</sup> : en cas de renonciation à la succession et à défaut d'engagement contractuel vis-à-vis de l'entreprise de travaux funèbres<sup>(7)</sup> ou l'établissement de soins, l'obligation alimentaire n'ouvre pas de voie de recours contre les parents survivants. L'action est personnelle au créancier et celui-ci est décédé, de sorte que, sans exécution volontaire emportant novation d'une obligation naturelle à caractère alimentaire<sup>(8)</sup>, l'on se trouve parfois dans une impasse<sup>(9)</sup>.

## SECTION 2

### Obligation parentale d'entretien, de formation et d'éducation des enfants

#### § I. Contenu et montant

**786. Contenu matériel, éducatif et financier.** « Qui fait l'enfant doit le nourrir », écrivait Loysel ; le Code civil a précisé et quantifié ce principe,

(motifs) ; J.P. Châtelet, 10 juin 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1203 ; J.P. Zelzate, 14 septembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 245 (somm.), *R.G.D.C.*, 2002, p. 45 ; J.P. Leuze, 8 mai 2000, *J.L.M.B.*, 2003, p. 431 ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 488, n° 465 ; Y.-H. LELEU, obs. sous Bruxelles, 6 février 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1201 ; rapp. : J.P. Charleroi, 14 juin 2004, *J.T.*, 2004, p. 844 (somm.). En sens contraire : Bruxelles, 9 mars 2005, *R.G.D.C.*, 2008, p. 68, *NjW*, 2006, p. 656, note G.V., *R.G.D.C.*, 2008, p. 68, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 897 (somm.) ; Liège, 10 janvier 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1011, *R.R.D.*, 2002, p. 351 ; Liège, 8 novembre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 798 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 742 ; Civ. Namur, 13 décembre 2001, *R.R.D.*, 2002, p. 353 ; J.P. Bruxelles, 6 octobre 2004, *Div. Act.*, 2006, p. 67, note J.-E. BEERNAERT ; J.P. Wervik, 4 septembre 2001, *J.J.P.*, 2001, p. 361, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 530 (somm.) ; P. DELNOY et E. BEGUIN, *Les successions légales – Les successions dans le domaine rural. Chronique de jurisprudence 1988-1997*, coll. Les Dossiers du Journal des Tribunaux, n° 22, Bruxelles, Larcier, 1999, pp. 138-139 ; P. DELNOY, « Trois lustres de dévolution successorale », *Chron. dr. j.p.*, Liège, 1998 ; N. GALLUS, « Les aliments », o.c., n° 334 ; A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Bruxelles, Kluwer, 2001, p. 87.

(6) Cass., 20 septembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 1739, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 93, note J.-E. BEERNAERT, *J.J.P.*, 2014, liv. 1-2, p. 21, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 429 (somm.), qui estime que doit être déclarée non fondée l'action en recouvrement mue par l'hôpital sur la base de l'article 205 du Code civil au motif que cette action est *personnelle* au créancier d'aliments. Dans le même sens (art. 203) : Gand, 30 janvier 2013, *T.G.R.*, 2013, p. 172, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 712 (somm.) qui juge que l'hôpital ne peut invoquer l'obligation d'entretien dans le chef des parents d'un enfant devenu majeur pour réclamer à ceux-ci le paiement d'une facture concernant des soins dispensés à leur enfant lorsqu'il était encore mineur. *Contra* : J.P. Charleroi, 20 avril 2010, *J.J.P.*, 2012, p. 262 et 630.

(7) Liège, 8 novembre 2000, précité ; Civ. Bruxelles, 22 novembre 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 798 (somm.) (motifs).

(8) Bruxelles, 6 février 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1200, obs. Y.-H. LELEU.

(9) En ce sens : Liège, 15 avril 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 95, note J.-E. BEERNAERT, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 174 ; P. DELNOY, « Les droits de la personnalité au décès », o.c., p. 296 ; F. TAINMONT, « La prise en charge des frais de funérailles en cas de renonciation à la succession », note sous J.P. Saint-Josse-ten-Noode, 29 juin 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 395. Sur l'absence de déductibilité fiscale de ces dépenses : Civ. Liège, 7 novembre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 669, note V. NICAISE, *F.J.F.*, 2014, p. 162, *R.G.C.F.*, 2013, p. 425, qui refuse la déductibilité sur la base de l'article 104, 1° ou 2°, du CIR au motif que la notion d'aliments s'éteint à la mort du créancier et ne peut donc être étendue aux frais postérieurs au décès de l'ascendant.

en obligeant le tribunal à motiver spécialement son raisonnement lors de sa mise en œuvre, sans toutefois l'obliger à recourir à des modèles informatiques ou barémiques (art. 1321, § 2, C. jud.).

Les père et mère sont tenus d'assumer, à proportion de leurs facultés, l'entretien, l'éducation et la formation de leurs enfants (art. 203, § 1<sup>er</sup>)<sup>(10)</sup>. L'obligation parentale d'entretien<sup>(11)</sup> est d'ordre public<sup>(12)</sup>, existe indépendamment du statut juridique du couple parental et, comme toute obligation alimentaire, préexiste à l'action<sup>(13)</sup> (*infra*, n° 819).

L'obligation parentale d'entretien étant d'ordre public, les conventions portant sur l'existence du droit ou du devoir sont nulles. Les parties ne peuvent donc s'exonérer de leur *obligation* alimentaire<sup>(14)</sup>. Par contre, les conventions qui aménagent les *contributions* respectives ou les modalités de son exécution, sont valables<sup>(15)</sup>. Ces conventions doivent respecter l'intérêt de l'enfant, c'est-à-dire ne pas réduire l'obligation légale<sup>(16)</sup>.

L'obligation parentale d'entretien est exécutée en principe *en nature*<sup>(17)</sup> dans le logement familial, lorsque le ménage est uni et ses membres réunis. Les parents ont l'obligation de subvenir à tous les besoins matériels de leur enfant, le nourrir, le vêtir, le loger, lui fournir les soins requis par son état de santé<sup>(18)</sup>, assurer sa formation par l'encouragement au suivi d'études appropriées et financer celles-ci, lui permettre d'avoir des loisirs, et ainsi le guider vers l'autonomie personnelle et économique<sup>(19)</sup>.

L'enfant n'a pas droit à un établissement, un capital de départ (art. 204). Une variante volontairement consentie (et novatoire d'une obligation naturelle)<sup>(20)</sup> est une année « sabattique » ou un apport complémentaire à l'emprunt pour acquérir un immeuble.

(10) Par inadvertance, l'article 203 C. civ. ajoute la surveillance de l'enfant, une prérogative de l'autorité parentale.

(11) Nous regroupons sous ce vocable ses trois facettes (entretien, éducation, formation).

(12) Liège, 10 octobre 1995, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 121.

(13) Gand, 18 décembre 2003, *R.A.B.G.*, 2004, p. 1278.

(14) Gand, 9 novembre 2006, *NjW*, 2007, p. 706, note G.V. ; Mons, 28 novembre 2005, *J.T.*, 2006, p. 47, *Div. Act.*, 2006, p. 74 ; Anvers, 23 mars 2005, *NjW*, 2006, p. 268, note G.V., *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 313 (somm.) ; Liège, 10 octobre 1995, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 121.

(15) En ce sens not. : Civ. Liège, 20 décembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1196 (somm.).

(16) Pour plus de détails : N. GALLUS, « Les aliments », *o.c.*, n<sup>os</sup> 149 et s. Pour une analyse approfondie : F. SWENNEN, « Over alimentatieovereenkomsten in echtscheiding (en ook een beetje over odysseus) », *T.P.R.*, 2008, p. 1287.

(17) C. trav. Liège, 13 janvier 2000, *J.D.J.*, 2000, n° 198, p. 37 ; Civ. Gand, 3 mai 2002, *NjW*, 2002, p. 539, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 649 (somm.) ; J.P. Charleroi, 13 août 2008, *J.T.*, 2008, p. 592 ; J.P. Grâce-Hollogne, 16 avril 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1514 (somm.), note S.T. ; J.P. Hal, 5 novembre 1997, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 545 ; J.P. Huy, 26 juin 1986, *J.L.*, 1986, p. 623.

(18) Précisé dans l'article 203, § 1<sup>er</sup>, par la loi du 19 mars 2010.

(19) La modification récente de l'article 203 est en ce sens lorsqu'elle ajoute à la disposition originale que les parents « assument » l'épanouissement de leur enfant (L. du 19 mars 2010).

(20) F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 428, n° 703.

Si le ménage parental est désuni, l'obligation d'entretien n'est en principe pas modifiée quant à son ampleur, n'était le surcroît de charges inhérent à la séparation des parents, mais revêt en règle la forme d'une contribution *financière* à charge du parent qui dispose des facultés les plus importantes<sup>(21)</sup>. Le parent invité à contribuer financièrement à l'entretien de l'enfant s'exécutera généralement par le versement d'une *part contributive*, laquelle aura été assortie le cas échéant d'une délégation de sommes (art. 203ter ; *infra*, n° 799) ou, exceptionnellement, capitalisée<sup>(22)</sup>.

Il n'y a pas de lien automatique ni proportionnel entre le dosage de l'hébergement et les contributions financières respectives. Selon la Cour de cassation, tranchant une vive controverse et dissipant des malentendus persistants, la mesure de ces contributions est donnée par les « facultés » des parents<sup>(23)</sup>. Le régime de l'hébergement n'est qu'un des paramètres – légaux (art. 1321, § 1<sup>er</sup>, 4°, C. jud.) – dont le juge doit tenir compte pour calculer la contribution alimentaire. L'hébergement égalitaire n'exonère donc pas le parent dont les facultés contributives sont supérieures.

En outre, par respect pour la liberté de l'enfant à partir d'un certain âge, même inférieur à 18 ans, les parents doivent se résigner devant un refus de « gîte et couvert » et accepter sa préférence pour une satisfaction financière, étant entendu que le montant de celle-ci sera calculé compte tenu des incidences économiques de ce choix de vie (ex. : nécessité de louer un logement, cohabitation de l'enfant avec un partenaire avec ou sans prise en charge partielle, *etc.*)<sup>(24)</sup>. L'article 211 du Code civil, en sens contraire, est obsolète. La tendance est cependant d'inviter l'enfant à fournir une raison légitime pour s'opposer à l'exécution en nature<sup>(25)</sup>.

(21) Cass., 14 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1111, *J.T.*, 1988, p. 145, *Rev. not. belge*, 1987, p. 357, note ; J.P. Schaerbeek, 5 juillet 2007, *J.D.J.*, 2007, p. 41 ; J.P. Molenbeek-Saint-Jean, 13 mars 2007, *J.J.P.*, 2008, p. 205. On a toutefois considéré comme exécution en nature le fait pour le père de laisser vivre l'enfant avec sa mère dans l'immeuble commun sans charges locatives : J.P. Bruges, 23 juin 1996, *T.G.R.*, 1997, p. 130. *Adde* : Civ. Gand, 8 mai 2003, *NjW*, 2003, p. 1409, note RdC, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 787 (somm.) ; J.P. Wavre, 10 décembre 1992, *Rev. trim. dr. fam.*, 1994, p. 786.

(22) J.P. Torhout, 21 février 1992, *T. Not.*, 1992, p. 443.

(23) Cass., 5 mai 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 287 (critiquant un partage ordonné des allocations familiales au seul motif de l'hébergement égalitaire, sans examen des facultés respectives). Sur la controverse : *infra*, n° 788.

(24) Civ. Gand, 3 mai 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 649 (somm.), *NjW*, 2002, p. 539 ; Mons, 16 janvier 1997, *Diu. Act.*, 1997, p. 75 ; J.P. Wavre, 1<sup>er</sup> mars 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 470 ; J.P. Zomergem, 21 décembre 2007, *T.G.R.*, 2008, p. 91, *R. W.*, 2008-2009, p. 551, *J.D.J.*, 2008, p. 40 ; J.P. Grâce-Hollogne, 11 avril 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1612 ; J.P. Fontaine-l'Évêque, 16 octobre 2003, *J.J.P.*, 2005, p. 477 ; J.P. Tournai, 11 mars 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 590, *J.L.M.B.*, 2004, p. 664 (somm.) ; J.P. Thuin, 23 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1053 (somm.) ; J.P. Wavre, 2 février 1995, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 125 ; J.P. Saint-Gilles, 9 juin 1994, *J.J.P.*, 1997, p. 311 ; J.P. Couvin, 14 juin 1990, *J.D.J.*, 1990, n° 10, p. 42 ; J. GERLO, « Recente ontwikkelingen in het alimentatierecht », *R.G.D.C.*, 1998, p. 32, n° 13.

(25) En ce sens : Civ. Bruxelles, 1<sup>er</sup> février 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1704 ; J.P. Charleroi, 13 août 2008, *J.T.*, 2008, p. 592. *Adde* : J.P. Tournai, 21 novembre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1242 ; J.P. Binche, 27 juin 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1255 ; S. LOUIS, « Obligation parentale

Notons, sans approfondir, que les modalités de l'exécution de l'obligation d'entretien sont lourdes de conséquences *fiscales* dans le chef de chaque parent<sup>(26)</sup>.

**787. Montant : obligation.** En ce qui concerne l'« obligation » à la dette, ce dont les parents sont redevables envers l'enfant, le montant dû dépend du niveau et du style de vie des parents – leurs « facultés » (art. 203, §§ 1<sup>er</sup> et 2) – ainsi que des potentialités de l'enfant en matière de formation. Il ne s'agit pas d'une obligation alimentaire au sens strict visant à faire cesser un état de besoin, mais d'un devoir élargi instaurant un partage de ressources matérielles et immatérielles<sup>(27)</sup>. Pour équilibrer ce partage, les éventuelles ressources personnelles de l'enfant devront financer une partie de son entretien, dans une mesure que nous exposerons ci-après (*infra*, n° 790).

Pour fixer certains principes jurisprudentiels acquis, la loi précise ce que comprennent les « facultés » des parents : leurs revenus de toute nature (professionnels, mobiliers et immobiliers) et tous les avantages et autres moyens qui assurent leur niveau de vie et celui des enfants (art. 203, § 2).

Des dépenses à l'évidence somptuaires, dans le domaine des loisirs ou de la locomotion par exemple, ne seront pas comprises dans l'obligation d'entretien<sup>(28)</sup>. Il n'est en effet pas question pour l'enfant de participer au train de vie de parents fortunés au-delà de ce qui est utile pour son éducation, sa formation et son épanouissement.

L'implémentation de ces critères est laissée à l'appréciation du juge. Les besoins des enfants sont évolutifs, liés à leur âge, leur état de santé et leur parcours éducatif<sup>(29)</sup>, sans préjudice de frais dits « extraordinaires »

---

d'entretien et obligations alimentaires de droit commun : jurisprudence récente », in *Actualité de droit familial. Le point en 2008* (Y.-H. LELEU éd.), CUP, vol. 103, Liège, Anthemis, 2008, pp. 134 et s.

(26) Pour plus de détails : J.-E. BEERNAERT, « L'abattement fiscal pour enfants à charge dans tous ses états », *o.c.*, p. 77 et « Les rentes alimentaires et leur incidence fiscale », *Act. dr. fam.*, 2008, p. 93 ; J.-P. BOURS, « Droit des familles et droit fiscal », in *Droit des familles* (D. PIRE éd.), CUP, vol. 92, Liège, Anthemis, 2007, p. 231 ; M.-C. VALSCHAERTS, « La fiscalité familiale », *o.c.*, pp. 119 et s. ; I. VAN DE WOESTEYNE, « De fiscale behandeling van onderhoudsgelden », in *Onderhoudsgelden* (P. SENAEVE éd.), Louvain, Acco, 2001, p. 385 ; A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires, o.c.*, pp. 123 et s. En jurisprudence, voy. not. : Gand, 24 décembre 2013, *Fiscologie*, 2014, n° 1378, p. 13 ; Mons, 30 juin 1998, *Div. Act.*, 1999, p. 42 ; Anvers, 4 février 1997, *N.F.M.*, 1997, p. 271, note M. MAUS, *F.J.F.*, 1997, p. 226, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 179 (somm.) ; Mons, 9 mai 1996, *Div. Act.*, 1996, p. 156 ; Bruxelles, 18 avril 1996, *J.T.*, 1996, p. 582 ; Bruxelles, 28 mars 1996, *Div. Act.*, 1998, p. 66, note ; J.P. Grâce-Hollogne, 9 novembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1617.

(27) Gand, 19 juin 2003, *R.A.B.G.*, 2004, p. 1260 ; J.P. Molenbeek-Sain-Jean, 13 mars 2007, *J.J.P.*, 2008, p. 205 ; J.P. Tournai, 28 janvier 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 442.

(28) J.P. Grâce-Hollogne, 2 mars 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1217 (chevaux).

(29) Sur le recours à la technique dite des « paliers » : J.P. Tournai, 24 février 1999, *Div. Act.*, 1999, p. 106 ; J.P. Bruxelles, 14 décembre 1994, *Div. Act.*, 1996, p. 13 ; A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires, o.c.*, p. 63.

mais présents dans la plupart des cas<sup>(30)</sup>. Une augmentation des besoins de l'enfant, notamment en raison de son âge et de l'évolution de ses études (cette dernière en fonction de ses aptitudes mais aussi de ses souhaits), est de nature à justifier une majoration de l'obligation parentale et, partant, de part contributive<sup>(31)</sup>. La séparation du couple est, en tant que telle, un facteur d'aggravation des charges des deux parents<sup>(32)</sup>.

**787-1. (suite) Frais extraordinaires.** La jurisprudence et la doctrine d'abord, la loi depuis 2010 (art. 203bis, § 3, al. 2-3, et art. 1321, § 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>, C. jud), distinguent les frais ordinaires de ceux « extraordinaires » mais néanmoins compris dans l'obligation parentale, par opposition aux dépenses somptuaires<sup>(33)</sup>.

Les frais *ordinaires* sont ceux habituels relatifs à l'entretien quotidien de l'enfant. Les frais *extraordinaires* sont les dépenses exceptionnelles, nécessaires ou imprévisibles qui résultent de circonstances accidentelles ou inhabituelles et qui dépassent le budget habituel affecté à l'entretien quotidien de l'enfant qui a servi de base, le cas échéant, à la fixation des contributions alimentaires (art. 203bis, § 3, al. 2 et 3)<sup>(34)</sup>.

Les frais ordinaires doivent être couverts par la part contributive, tandis que la charge des frais extraordinaires doit être répartie entre chaque parent<sup>(35)</sup> selon un ratio (ex. 50-50, 25-75...) déterminé, comme

(30) Ex. : Bruxelles, 17 juin 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 472.

(31) Cass., 15 mars 2007, *Pas.*, 2007, p. 523, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 799 ; Civ. Louvain, 4 février 2005, *R.A.B.G.*, 2006, p. 523, note E. ALOFS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 897 (somm.) ; J.P. Châtelet, 7 octobre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 650 ; J.P. Westerlo, 30 juin 2003, *R.G.D.C.*, 2004, p. 352, *J.J.P.*, 2005, p. 470, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 283 (somm.).

(32) Voy. : A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, o.c., p. 64.

(33) Pour une analyse fouillée : R. UYTENDAELE, « Over buitengewone kosten en verblijfsovers-tijgende kosten », *T. Fam.*, 2013, p. 190 ; L. GALLE, « Problemen rond het begrip 'buitengewone kosten' m.b.t. de kinderen bij echtscheiding door onderlinge toestemming », *N.F.M.*, 2010, p. 89 ; N. MASSAGER, « À propos des fameux frais extraordinaires (1<sup>re</sup> partie) », *Div. Act.*, 2006, pp. 145 et s. ; J.-E. BEERNAERT et A. RUPPOL, « À propos des fameux frais extraordinaires (2<sup>e</sup> partie) », *Div. Act.*, 2007, pp. 41 et s.

(34) La définition des frais extraordinaires reprend presque mot pour mot celle proposée en doctrine : N. GALLUS, « Les aliments », o.c., p. 168, n° 97 ; N. MASSAGER, « À propos des fameux frais extraordinaires (1<sup>re</sup> partie) », o.c., p. 146. Pour une critique : P. SENAËVE, « De wet van 19 maart 2010 aangaande de objectivering van de onderhoudsbijdragen voor kinderen en andere wijzigingen in het alimentatiericht », in *Onderhoudsgelden voor kinderen en tussen ex-echtgenoten. De wet van 19 maart 2010 aangaande de objectivering van onderhoudsbijdragen – Onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting – Fiscale Aspecten* (P. SENAËVE et J. DU MONGH éd.), Anvers, Intersentia, 2010, p. 27 n° 54. L'auteur relève qu'en définissant à la fois les frais ordinaires et les frais extraordinaires, le législateur a pris le risque de voir échapper certains frais à l'une et l'autre définition, et estime qu'il eût mieux valu ne définir que les frais extraordinaires, les frais ordinaires étant une catégorie résiduaire.

(35) Bruxelles, 28 novembre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 224. Le sort à réserver aux frais extraordinaires en cas d'utilisation de la « méthode Renard » (*infra*, n° 789) fait l'objet d'interprétations diverses : Bruxelles, 21 décembre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 228 ; Mons, 30 juin 1998, *Div. Act.*, 1999, p. 42 ; Civ. Bruxelles (jeun.), 15 janvier 2002, *Div. Act.*, 2002, p. 22, note ; Civ. Bruxelles (jeun.), 10 janvier 2002, *Div. Act.*, 2002, p. 24 ; J.P. Fontaine-l'Évêque, 3 juin 2005,

pour les parts contributives, par le rapport entre les facultés respectives (art. 203bis, § 1<sup>er</sup> ; art. 1321, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup>, C. jud.)<sup>(36)</sup>.

La définition légale des frais extraordinaires, large et compréhensive<sup>(37)</sup>, ne tarit pas les discussions récurrentes entre parents séparés, avant ou après la dépense que l'un souhaite voir financée hors du budget mensuel d'entretien quotidien de l'enfant. Les juridictions ont tenté de préciser davantage ce qu'il y a lieu de comprendre sous ce vocable. La meilleure approche demeure, à notre avis, d'énumérer dans le jugement, l'arrêt ou les conventions, de la manière la plus précise possible, toutes les dépenses que l'on entend inclure dans ce poste<sup>(38)</sup>. Si la liste est complète, toute dépense non énumérée doit être exposée sur le budget ordinaire. Ce dernier peut évidemment être révisé si la dépense est importante, récurrente et appelle une modification de la part contributive dans l'intérêt de l'enfant.

On signalera que pour éviter toute difficulté, en cas de fortes tensions entre les parents, certaines juridictions décidaient d'intégrer les frais extraordinaires dans le montant de la part contributive, en majorant significativement celle-ci<sup>(39)</sup>. L'on peut se demander si cette possibilité demeure dès lors que l'article 1321 du Code judiciaire (2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup>) enjoint de distinguer les deux catégories de frais. La Cour de cassation l'admet, à tout le moins lorsque le forfait inclus dans la contribution alimentaire couvre une catégorie déterminée de frais extraordinaires<sup>(40)</sup>.

J.J.P., 2005, p. 394 ; J.P. Uccle, 13 février 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 623 ; J.-E. BEERNAERT et A. RUPPOL, « À propos des fameux frais extraordinaires (2<sup>ème</sup> partie) », *o.c.*, pp. 44 et s.

(36) Bruxelles, 26 juin 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 232 ; Bruxelles, 23 février 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 234, note ; Bruxelles, 16 février 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 593 ; J.P. Fontaine-l'Évêque, 3 mai 2007, J.J.P., 2007, p. 315 ; N. MASSAGER, « À propos des fameux frais extraordinaires (1<sup>ère</sup> partie) », *o.c.*, p. 151. *Contra* : Civ. Bruxelles, 20 novembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 605 (partage par moitié).

(37) L'usage à deux reprises de la conjonction « ou » dans le texte permettrait au moins 9 combinaisons de critères (P. SENAEVE, « De wet van 19 maart 2010 aangaande de objectivering van de onderhoudsbijdragen voor kinderen en andere wijzigingen in het alimentatierecht », *o.c.*, pp. 27-29, n<sup>os</sup> 56-57).

(38) Pour une liste et une analyse détaillée : N. MASSAGER, « À propos des fameux frais extraordinaires (1<sup>ère</sup> partie) », *o.c.*, pp. 146 et s. Voy. en ce sens : Gand, 28 septembre 2006, *R.A.B.G.*, 2007, p. 753, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 254 (somm.) ; Liège, 29 novembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 406 ; Bruxelles, 7 novembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 567 ; Bruxelles, 13 octobre 2005, *Div. Act.*, 2007, p. 170, note N. GALLUS ; Liège, 22 février 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 105 ; Liège, 29 mars 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 169 ; J.P. Grâce-Hollogne, 14 novembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 768 ; J.P. Tournai, 14 février 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 671. Comp. : Liège (jeun.), 8 octobre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 367 (frais d'internat non inclus dans la liste mais néanmoins considérés comme extraordinaires) ; J.P. Fontaine-l'Évêque, 3 mai 2007, J.J.P., 2007, p. 315.

(39) Bruxelles, 14 janvier 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 475 ; Civ. Liège, 9 décembre 2004, *Div. Act.*, 2006, p. 157. Pour une analyse critique : N. MASSAGER, « À propos des fameux frais extraordinaires (1<sup>ère</sup> partie) », *o.c.*, pp. 155 et s.

(40) Cass., 25 octobre 2012, *Pas.*, 2012, p. 2042, *R.A.B.G.*, 2013, p. 922, note S. BROUWERS, *J.D.J.*, 2014, liv. 340, p. 38, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 814 (somm.), *R.W.*, 2014-2015, p. 498 (somm.), qui estime que justifie légalement sa décision le juge qui intègre un forfait représentant l'évaluation du coût

Notons enfin qu'il est souvent décidé ou convenu que toute dépense extraordinaire ne peut, sauf urgence, être exposée par l'un des parents que moyennant l'accord (préalable) de l'autre. La Cour de cassation n'impose ni concertation ni accord préalable, tranchant une vive controverse<sup>(41)</sup>. Ce serait en effet redondant avec les obligations liées à l'exercice conjoint de l'autorité parentale<sup>(42)</sup>. Le législateur consacre toutefois implicitement la validité d'une obligation d'accord préalable en imposant au tribunal d'indiquer dans sa décision de calcul de la contribution alimentaire notamment « les modalités de l'engagement de ces frais » (art. 1321, § 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>, C. jud.).

**788. (suite) Contribution.** Quant à la « contribution » de chaque parent au devoir d'entretien, celle-ci est déterminée par la loi « à concurrence de sa part dans les facultés cumulées » (art. 203bis, § 1<sup>er</sup> jo. art. 203, § 2) quel que soit le statut et l'état de leur couple, ces facultés étant appréciées par le juge dans une mise en balance (classique) des ressources économiques et des charges<sup>(43)</sup>.

Quant aux *ressources*, les facultés des parents sont définies, de manière très large et non limitative, par la loi (art. 203, § 2 ; *supra*, n° 787), de manière à permettre au juge de prendre en considération, à charge d'un parent qui se présenterait impécunieux, les ressources qu'il négligerait de mobiliser (revenus occultes<sup>(44)</sup> ou virtuels)<sup>(45)</sup>, et tous les

des syllabi, des transports et du minerval pour permettre au créancier de faire face à l'ensemble de ses charges ordinaires et extraordinaires.

(41) Cass., 6 septembre 2012, *Pas.*, 2012, p. 1593, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 812 (somm.) (l'article 203 du Code civil n'impose pas une concertation préalable et un accord entre les père et mère avant d'engager toute dépense extraordinaire pour les enfants); Bruxelles, 7 novembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 560 (l'accord préalable qui conditionne le partage des frais extraordinaires ne porte pas sur chaque dépense individuelle – ce qui serait effectivement impraticable – mais sur les choix qui engendrent ces dépenses : la consultation de tel médecin spécialisé, l'inscription dans telle école); J.P. Tournai, 14 février 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 671 (il n'est pas indiqué d'imposer à celui des parents qui les exposera, une concertation préalable avec l'autre parent, puisqu'elles ne doivent être faites que dans le seul intérêt des enfants). *Contra* : Liège, 29 novembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 406 ; Liège, 22 février 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 105 ; J.P. Fontaine-l'Évêque, 4 juillet 2007, *R.R.D.*, 2007, p. 35 ; J.P. Fontaine-l'Évêque, 3 mai 2007, *J.J.P.*, 2007, p. 315 ; J.P. Fontaine-l'Évêque, 3 juin 2005, *J.J.P.*, 2005, p. 394. Comp. : Bruxelles, 26 juin 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 232 ; Bruxelles, 15 novembre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 179, note F. REUSENS.

(42) N. MASSAGER, « À propos des fameux frais extraordinaires (1<sup>ère</sup> partie) », *o.c.*, p. 152.

(43) Cass., 14 novembre 1997, *Rev. not. belge*, 1998, p. 99, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 668 ; Liège, 8 avril 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 439 ; Mons, 10 février 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 429 ; Mons, 30 juin 1998, *Div. Act.*, 1999, p. 42 ; Mons, 9 mai 1996, *Div. Act.*, 1996, p. 156 ; J.P. Molenbeek-Saint-Jean, 7 mars 2000, *J.J.P.*, 2001, p. 271 ; J.P. Wervik, 30 juin 1998, *J.J.P.*, 2000, p. 224, note F. BUYSENS ; J.P. Zelzate, 2 mars 1995, *A.J.T.*, 1994-1995, p. 401 ; J.P. Gand, 7 octobre 1994, *T.G.R.*, 1996, p. 12, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 234 (somm.).

(44) Sur la base de signes extérieurs de richesses : S. LOUIS, « Calcul des parts contributives des père et mère au profit de leurs enfants – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence », *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 169-170, n° 8.

(45) Ex. : revenus locatifs potentiels ou d'investissements perfectibles, surinvestissement dans la société dont il est le principal actionnaire. Voy. : Liège, 5 novembre 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 199, note A.-M. BOUDART ; Liège, 7 janvier 2013, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 106 (société dormante). Comp. avec le

avantages en nature évaluables<sup>(46)</sup> ou non<sup>(47)</sup>, qui déterminent son niveau de vie, ce vers quoi tendait déjà la jurisprudence<sup>(48)</sup>. Au sens de la loi, les avantages en nature accroissent les facultés contributives par extension du revenu et non par diminution des charges (art. 203, § 2)<sup>(49)</sup>. Ils doivent être chiffrés pour satisfaire à l'obligation formelle de motivation<sup>(50)</sup> (art. 1321, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup> C. jud.), ce qui n'est pas toujours aisé (ex. pension complémentaire, *stock-option*).

Quant aux *charges*, la prise en compte de celles de la vie courante de chaque parent est controversée, comme en matière de pension après divorce. Une jurisprudence minoritaire estime ne pas devoir les retenir<sup>(51)</sup>, mais la Cour de cassation, avec une jurisprudence majoritaire,

---

refus de prendre en compte la diminution de revenus du débiteur dès lors que celle-ci lui est imputable : Liège, 15 octobre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 375 (perte de revenus suite à une incarcération) ; Mons (jeun.), 11 mars 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 363 (perte d'un emploi du chauffeur routier suite à une conduite en état d'ivresse). Pour plus de détails : S. LOUIS, « Calcul des parts contributives des père et mère au profit de leurs enfants – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence », *o.c.*, pp. 166-169, n° 7.

(46) Cass., 8 octobre 2012, *Pas.*, 2012, p. 1862, *R.A.B.G.*, 2013, p. 258, *T. Fam.*, 2013, p. 93, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 813, *T. Fam.*, 2013, p. 93, note T. VERCRUYSE (le juge a l'obligation d'indiquer dans sa décision la nature et le montant des avantages en nature qu'il prend en compte et qui ont pour effet de diminuer le montant des charges des père et mère) ; Civ. Bruxelles, 3 avril 2012, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1727. Ex. : voiture de fonction, chèques-repas, appareils électroniques, logement, plans de pension, assurance de groupe, tout bien social dont le débiteur a l'usage, revenus non-déclarés.

(47) Ex. : engagement d'un des parents à conduire l'enfant à l'école, de prendre en charge toutes les démarches administratives ou médicales, d'assurer l'occupation des enfants durant les congés et vacances scolaires.

(48) Pour plus de détails : S. LOUIS, « Obligation parentale d'entretien et obligations alimentaires de droit commun : jurisprudence récente », *o.c.*, pp. 137 et s. ; P. SENAËVE, « De wet van 19 maart 2010 aangaande de objectivering van de onderhoudsbijdragen voor kinderen en andere wijzigingen in het alimentatierecht », *o.c.*, n°s 32-35.

(49) Dans le même sens : T. VERCRUYSE, note sous Cass., 8 octobre 2012, précitée, p. 94, n° 6. *Contra* : Civ. Bruxelles, 3 avril 2012, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1727 (évaluation d'une assurance de groupe au montant de la prime qui, si elle avait été versée directement sous forme de salaire, n'aurait pu être déduite à titre de charges des ressources).

(50) Cass., 8 octobre 2012, précité ; Civ. Bruxelles, 3 avril 2012, précité (évaluation d'une assurance de groupe). La majorité des décisions n'y défère pas : S. LOUIS, « Calcul des parts contributives des père et mère au profit de leurs enfants – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence », *o.c.*, p. 165, n° 6.

(51) J.-P. Fontaine-l'Évêque, 5 avril 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1620 ; J.P. Binche, 27 juin 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1255. Dans le cadre de l'application de la « méthode Renard » : Mons, 6 octobre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 552 ; Mons, 9 mai 1996, *Div. Act.*, 1996, p. 156.

recommande de déduire ces charges des revenus<sup>(52)</sup>. Des divergences<sup>(53)</sup> apparaissent cependant quant à la détermination des charges pouvant être considérées comme déductibles, la tendance étant de limiter cette déduction aux seules charges « incompressibles »<sup>(54)</sup> ou « exceptionnelles »<sup>(55)</sup>, celles qui sont indispensables au maintien de leurs conditions de vie et qui différencient par ce fait les facultés de chaque parent (ex. logement, santé, handicap, entretien d'autres enfants, charges fiscales et sociales, ...). Les autres charges de la vie courante sont une affectation de ressources et une indication fiable du niveau de vie (ex. fluides, média, véhicules, vêtements, épargne, ...), donc il ne faut pas les déduire. Certaines juridictions adoptent une définition stricte des charges<sup>(56)</sup>, d'autres une définition beaucoup plus large<sup>(57)</sup>. Tout comme sont incluses les ressources virtuelles des parents, doivent être exclues les charges excessives, superflues ou volontairement accrues. Il est

(52) Cass., 25 octobre 2012, *Pas.*, 2012, p. 2042, R.A.B.G., 2013, p. 922, note S. BROUWERS, *J.D.J.*, 2014, liv. 340, p. 38, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 814 (somm.), R.W., 2014-2015, p. 498 (somm.) ; Cass., 16 avril 2004, *Div. Act.*, 2004, p. 97, note A.-M. BOUDART, *J.T.*, 2004, p. 780, R.A.B.G., 2004, p. 1221, note S. BROUWERS ; Cass., 2 mai 2005, *Div. Act.*, 2006, p. 70, note J.-E. BEERNAERT, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 543. Ces deux derniers arrêts critiquaient la « méthode Renard » sur ce point. La cour d'appel de Mons a posé trois questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage, qui a répondu négativement (C.A., 28 juin 2006, n° 108/2006, *Div. Act.*, 2007, p. 2, note J.-Ch. BROUWERS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1239) mais confirmé que l'article 203 C. civ., en ce qu'il impose au juge de tenir compte, lorsqu'il apprécie les « facultés » des débiteurs d'aliments, des charges qui pèsent sur eux, est conforme à la Constitution, et précisé le caractère incompressible de celles-ci. Dans le même sens : Bruxelles, 2 février 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 583 ; Bruxelles, 16 février 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 593 ; Liège, 18 janvier 2005, *Div. Act.*, 2007, p. 77 ; Liège, 20 janvier 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 547.

(53) Voy. à cet égard : N. DANDOY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle (2006) de décisions de jurisprudence », *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 987 ; S. LOUIS, « Calcul des parts contributives des père et mère au profit de leurs enfants – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence », *o.c.*, pp. 173-178, n°s 11-14.

(54) C.A., 28 juin 2006, précité ; S. BROUWERS, « Alimentatie », *o.c.*, p. 200, n° 329.

(55) Cass., 25 octobre 2012, *Pas.*, 2012, p. 2042, R.A.B.G., 2013, p. 922, note S. BROUWERS, *J.D.J.*, 2014, liv. 340, p. 38, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 814 (somm.), R.W., 2014-2015, p. 498 (somm.).

(56) Bruxelles, 18 octobre 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 223, note N. DANDOY ; Bruxelles (jeun.), 8 avril 2009, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 115 (contraintes relatives à leur logement ou à leurs soins de santé ainsi que de certaines charges spécifiques comme l'existence d'autres enfants à l'égard desquels ils ont des obligations alimentaires) ; Mons (jeun.), 15 octobre 2008, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 111 ; Bruxelles, 16 janvier 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 228 ; Bruxelles, 6 juin 2006, *T. Fam.*, 2007, p. 6, note, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 253 (somm.) ; Bruxelles, 16 février 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 593 ; Bruxelles, 2 février 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 583 (exclusion notamment des frais de chauffage, de gaz et d'électricité, de téléphone, d'assurances et taxes diverses, ces charges ne pouvant être considérées comme prioritaires dès lors que les parents doivent gérer leur budget en fonction des montants encore disponibles après avoir satisfait à leurs obligations alimentaires) ; Mons, 9 mai 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1215 ; Mons, 13 décembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1186 ; Civ. Bruxelles (jeun.), 18 mai 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 184.

(57) Liège, 21 février 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1015 ; Bruxelles, 19 mai 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1139 ; Liège, 20 janvier 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 547 ; Bruxelles, 23 décembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1068 ; Civ. Marche-en-Famenne, 18 novembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 675.

regrettable à cet égard que la loi du 19 mars 2010 ne l'ait pas précisé en même temps qu'elle définissait les facultés<sup>(58)</sup>.

Rappelons au besoin que la présence dans le ménage de l'un des parents d'*enfants non communs* accroît les charges de ce parent et diminue par conséquent le disponible déterminant les facultés mobilisables pour l'entretien des enfants communs<sup>(59)</sup>.

Inversement, la contribution du *nouveau conjoint* du débiteur aux charges du mariage réduit les charges de ce dernier et augmente ses facultés contributives<sup>(60)</sup>. Il en va de même pour celle d'un nouveau cohabitant légal et *de facto* en cas de contribution aux charges par un nouveau compagnon (ex. mise à disposition d'un logement). La question de la priorité entre le devoir alimentaire envers les enfants et celui envers un nouveau conjoint ou cohabitant légal moins pécunieux que le débiteur est posée ultérieurement, au titre des règles de hiérarchie entre dettes alimentaires (*infra*, n° 829).

Une charge particulière, ayant également donné matière à controverse, est constituée des frais liés à l'*hébergement de l'enfant*. En vertu du principe de contribution proportionnelle à la part dans les facultés cumulées (art. 203*bis*), la loi impose que le parent dont les facultés sont supérieures contribue davantage que l'autre, même si l'hébergement est égalitaire, et ce tant dans les frais ordinaires que les frais extraordinaires<sup>(61)</sup>. Les modalités de l'hébergement de l'enfant, créatrices d'une situation de fait dotée d'une incidence économique, auront néanmoins un impact sur la contribution des parents<sup>(62)</sup>. En effet, en hébergeant l'enfant,

(58) Il ressort toutefois des travaux préparatoires que peuvent être considérées comme charges incompressibles : un prêt hypothécaire, un loyer, les aliments dus à un enfant d'une autre union et les frais médicaux éventuels de chacun des parents (*Doc. parl.*, Ch. repr., n° 0899/002, p. 9 ; P. SENAEVE, « De wet van 19 maart 2010 aangaande de objectivering van de onderhoudsbijdragen voor kinderen en andere wijzigingen in het alimentatierecht », *o.c.*, n° 37).

(59) Ex. : Mons, 6 octobre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 552. Voy. S. LOUIS, « Calcul des parts contributives des père et mère au profit de leurs enfants – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence », *o.c.*, p. 177, n° 13.

(60) Cass., 16 mai 2013, *Pas.*, 2013, p. 1117, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 197, note A. BOUDART, R.A.B.G., 2013, p. 933, note S. BROUWERS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 157 (somm.).

(61) Cass., 5 mars 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 282 ; Bruxelles, 13 décembre 2001, *J.L.M.B.*, 2004, p. 200. En ce sens : A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, *o.c.*, p. 65. *Contra*, à tort : Civ. Huy (jeun.), 20 avril 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 328.

(62) Cass., 7 mars 2014, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 196, note A. BOUDART, R.A.B.G., 2014, p. 1022, note S. BROUWERS ; Mons, 18 décembre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 379 ; Bruxelles, 2 février 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 583 ; Gand, 19 juin 2003, R.A.B.G., 2004, p. 1260 ; Civ. Bruxelles, 15 mai 2012, R.A.B.G., 2013, p. 260, note S. BROUWERS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 833 (somm.) ; Civ. Namur, 6 octobre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 292, note (l'absence d'exercice de l'hébergement secondaire accordé à un parent justifie une augmentation de la part contributive payée par celui-ci) ; Civ. Bruxelles, 11 juin 2002, *J.T.*, 2002, p. 655 ; Civ. Verviers, 13 mars 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1513 (somm.) ; J.P. GRÂCE-HOLLOGNE, 22 avril 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 632. Dans le même sens : A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, *o.c.*, p. 64 et la note 164.

le parent séparé contribue en nature à son entretien, et la loi impose d'en tenir compte pour déterminer le montant de l'éventuelle part contributive à sa charge (art. 1321, § 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup>, C. jud.). La controverse porte sur la *mesure* de cette prise en considération. Cette contribution en nature n'est certainement pas proportionnelle au nombre de jours d'hébergement, dès lors que pendant l'hébergement d'un enfant par le parent séparé non gardien, l'autre continue d'assumer des charges récurrentes (vêtements, frais scolaires et de santé...). En conséquence, pour déterminer la « valeur économique » d'un hébergement secondaire, l'on ne doit tenir compte que des seuls *frais liés à la présence de l'enfant* dans le logement qui l'héberge (ex. : surconsommation de combustibles, de nourriture, de soins de santé non qualifiés d'exceptionnels...)<sup>(63)</sup>. Cela confirme qu'un hébergement égalitaire n'exonère pas en soi le parent contributeur s'il existe entre les parents une différence de revenus.

Si, après cette mise en balance des ressources et des charges, il s'avère que les facultés de l'un des parents sont réduites à néant, de sorte que ce parent ne peut assurer l'entretien de l'enfant qu'occasionnellement et en nature, le juge peut décider de faire supporter l'entièreté de la charge d'entretien de l'enfant par l'autre parent<sup>(64)</sup>.

**789. Fixation amiable ou judiciaire. Méthode de calcul.** L'accord des parties est privilégié par la loi (art. 1321, § 1<sup>er</sup>, C. jud.).

À défaut, le juge fixe le montant de la contribution financière du parent le plus aisé. Traditionnellement, le mode de calcul judiciaire était calqué sur celui des obligations alimentaires de droit commun. Il a été jugé arbitraire, trop dépendant des spécificités jurisprudentielles locales et, partant, facteur d'insécurité juridique<sup>(65)</sup>.

La méthode dite « empirique » n'est pas exclue par le législateur, tandis que la méthode dite « objective » n'a pas été imposée. Cela étant, dans le futur, le juge devra motiver spécialement la manière dont il a fixé la contribution alimentaire (art. 1321, § 2, 2<sup>o</sup>, C. jud.) *s'il s'écarte du*

(63) Mons, 4 mars 2003, *R.G.D.C.*, 2005, p. 544. Comp. : Bruxelles, 18 avril 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 241 et Bruxelles, 3 décembre 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 250, note J.-M. THIERY : la contribution en nature de chaque parent n'est pas exclusivement déterminée par la répartition de la durée de l'hébergement. Elle peut s'en écarter dans un sens ou dans l'autre, en fonction des habitudes prises par les parents en ce qui concerne la prise en charge des frais médicaux et scolaires, l'achat de vêtements, etc. Plus l'hébergement des enfants est partagé entre chacun de leurs parents, plus il importe d'examiner avec précision les frais que chacun des parents prend réellement en charge. Dans le même sens : Bruxelles, 20 mai 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 273, note N. DANDROY.

(64) Cass., 23 mai 2008, *Pas.*, 2008, p. 1273, concl. P. DE KOSTER, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1272.

(65) N. GALLUS, « Les aliments », *o.c.*, n° 494 ; J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, *o.c.*, p. 138, n° 205 ; P.-A. WUSTEFELD, « P.C.A., een voorstel tot rationele raming van onderhoudsgelden voor minderjarige kinderen », in *Onderhoudsgelden* (P. SENAËVE éd.), Louvain, Acco, 2001, p. 431, n° 745. Pour une synthèse récente : S. BROUWERS, « Begroting van alimentatiegelden voor kinderen », in *Alimentatie & kinderen* (C.B.R. éd.), Anvers, Intersentia, 2010, p. 55.

*mode de calcul alors prévu par la loi*, à déterminer par le Roi (art. 1322, § 3, C. jud.). Cette obligation de motivation spéciale n'entrera en vigueur qu'au jour où cette méthode aura été déterminée (art. 18, L. du 19 mars 2010). L'Exécutif ne devra pas simplement faire le choix entre les différentes méthodes de calcul existantes<sup>(66)</sup>, ce qui ne serait pas évident en leur état et multiplicité. Il devra fixer un mode de calcul « destiné à faciliter » la mise en œuvre des recommandations faites par la Commission des contributions alimentaires<sup>(67)</sup> au sujet de l'évaluation des frais d'entretien et d'éducation des enfants et de la fixation de la contribution de chaque parent (art. 1322, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, C. jud.)<sup>(68)</sup>.

Dans l'attente de ces travaux coordonnés, le juge n'est pas astreint à cette motivation spéciale, mais doit *préciser de quelle manière il a pris en compte les paramètres légaux* énumérés ci-dessous (art. 1322, § 2, 1<sup>o</sup>, C. jud.), et les *indiquer* dans sa décision (art. 1321, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>) :

1. la nature et le montant des facultés de chacun des père et mère pris en compte en vertu de l'article 203, § 2, du Code civil ;
2. les frais ordinaires constituant le budget de l'enfant ainsi que la manière dont ces frais sont évalués ;
3. la nature des frais extraordinaires qui pourront être pris en considération, la proportion de ces frais à assumer par chacun des père et mère ainsi que les modalités de l'engagement de ces frais ;
4. les modalités d'hébergement de l'enfant et la contribution en nature de chacun des père et mère à l'entretien de l'enfant suite à cet hébergement ;
5. le montant des allocations familiales et avantages sociaux et fiscaux de tous types que chacun des père et mère reçoit pour l'enfant ;
6. le cas échéant, les revenus de chacun des père et mère résultant de la jouissance des biens de l'enfant.

Nous approuvons l'option du législateur, empreinte de compromis et refusant un automatisme abstrait : la liberté du juge de ne pas appliquer une méthode objective de calcul doit être préservée en raison de son pouvoir d'appréciation de l'intérêt de l'enfant et des incertitudes quant à la méthode idéale, qui ne peut être qu'indicative et ne sera jamais à même d'appréhender toutes les situations, notamment les extrêmes hauts

(66) Dont l'application au même cas d'espèce peut aboutir à des solutions très divergentes (exemples : P. SENAEVE, « De wet van 19 maart 2010 aangaande de objectivering van de onderhoudsbijdragen voor kinderen en andere wijzigingen in het alimentatierecht », *o.c.*, n<sup>o</sup> 4).

(67) Mise en œuvre par l'Arrêté Royal du 7 février 2014 fixant la composition et le fonctionnement de la Commission des contributions alimentaires.

(68) Recommandations faites par voie d'avis à l'attention du ministre de la Justice et du ministre compétent pour les Familles, ce dernier transmettant cet avis aux Chambres législatives fédérales, accompagnés de ses commentaires et de celui du ministre de la Justice (art. 1322, § 1<sup>er</sup>, al. 2, C. jud.).

et bas. Cette liberté est encadrée par un renforcement des exigences de motivation formelle et matérielle du calcul alimentaire, même empirique, favorable à la sécurité juridique<sup>(69)</sup>.

Les méthodes « objectives » de calcul des contributions alimentaires sont issues de recherches sociologiques et statistiques qui ont conduit à l'élaboration notamment de la méthode dite « Renard »<sup>(70)</sup>, applicable en pratique grâce à un logiciel informatique<sup>(71)</sup>. Cette méthode n'est pas la seule pratiquée<sup>(72)</sup> et/ou informatisée<sup>(73)</sup>.

La « méthode Renard » vise à déterminer les contributions respectives des parents aux frais d'entretien de leur enfant par le calcul du coût théorique d'un enfant exprimé en termes de proportionnalité au revenu global de la famille. La contribution des père et mère au financement de ce coût est calculée au départ des ressources disponibles, compte tenu des charges, de préférence en intégrant les charges et bénéfiques fiscaux.

Une part toujours croissante de la jurisprudence est convaincue de l'utilité de cette méthode et la Cour de cassation ne reproche pas aux juges de l'appliquer d'office<sup>(74)</sup>. Elle ne cesse cependant pas de faire l'objet

(69) Sur le risque induit de retard du traitement des causes : P. SENAËVE, « De wet van 19 maart 2010 aangaande de objectivering van de onderhoudsbijdragen voor kinderen en andere wijzigingen in het alimentatierecht », o.c., n<sup>os</sup> 101-102. L'auteur propose que le juge statue le cas échéant à titre provisionnel, mais la loi nous semble imposer la même motivation dans ce cas.

(70) R. RENARD, « Divorce, coût de l'enfant, pension alimentaire et fiscalité », *J.T.*, 1986, p. 101 ; R. RENARD, « La méthode Renard de calcul des contributions alimentaires : révision et extension », in *L'argent pour vivre : vers une réforme de l'obligation alimentaire* (A.-Ch. VAN GYSEL éd.), Anvers, Kluwer, 2000, p. 37 ; R. RENARD, *La méthode Renard – Une méthode de calcul des contributions alimentaires*, Bruxelles, Larcier, 2005 ; R. RENARD, *La méthode Renard. Questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2008. Adde : J.-L. FRANEAU, « La méthode Renard, une réponse cohérente à la problématique des relations à l'argent familial », in *L'argent pour vivre : vers une réforme de l'obligation alimentaire*, o.c., p. 9, n<sup>o</sup> 1. Pour un examen de diverses méthodes tendant à déterminer, de manière plus objective, « le coût de l'enfant » : N. DANDOY, « Vers une méthode de calcul des contributions alimentaires pour les enfants ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 455 ; E. CALLEBAUT et P. THION, « De statistische berekening van kinderalimentatie : de moeilijke oefening om rechtvaardigheid objectief, transparant en toegankelijk te maken », *R.W.*, 2013-2014, p. 202.

(71) P.C.A., Bruxelles, Larcier. Voy. : N. GALLUS, « Les aliments », o.c., n<sup>os</sup> 498 et s. ; P.-A. WUSTEFELD, « Analyse des principales critiques énoncées à l'égard de P.C.A. », in *L'argent pour vivre : vers une réforme de l'obligation alimentaire* (A.-Ch. VAN GYSEL éd.), Anvers, Kluwer, 2000, p. 29.

(72) En matière de contribution alimentaire entre époux : méthode dite « Roodhooft » : J. ROODHOOF, *De gerechtelijke begroting van de onderhoudsuitkeringen tussen ex-echtgenoten*, o.c. ; J. ROODHOOF, « Une méthode d'évaluation objective des pensions alimentaires après divorce », in *L'argent pour vivre : vers une réforme de l'obligation alimentaire* (A.-Ch. VAN GYSEL éd.), Bruxelles, Kluwer, 2000, p. 109.

(73) Ex. : « calculateur » de la Ligue des Familles : <http://www.citoyenparent.be/Public/mouvement/Minisite.php?ID=30051#minisite>. Voy. : Y. COEMANS, « De onderhoudsgeldcalculator : een objectieve berekeningsmethode voor onderhoudsbijdrage voor kinderen », in *Onderhoudsgelden. De wet van 19 maart 2010 aangaande de objectivering van onderhoudsbijdragen. Actualia Alimentatie*.

(74) Cass, 7 mars 2014, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 196, note A. BOUDART ; Cass., 16 mai 2013, *Pas.*, 2013, p. 1117, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 197, note A. BOUDART, *R.A.B.G.*, 2013, p. 933, note S. BROUWERS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 157 (somm.) ; Cass., 16 avril 2004, *Div. Act.*, 2004, p. 97, note A.-M. BOUDART, *J.T.*, 2004, p. 780, *R.A.B.G.*, 2004, p. 1221, note S. BROUWERS. Dans le même sens : Liège, 5 novembre 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 199, note A. BOUDART ; Mons, 29 mai 2012, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 194, note A. BOUDART, *R.A.B.G.*, 2014, p. 1024, note S. BROUWERS ; Mons (jeun.), 15 octobre 2008, *Act. dr.*

de questionnements critiques<sup>(75)</sup>, qui devraient avoir pour objet de l'affiner et non d'en contester le principe.

La question de la prise en compte des *charges* par cette méthode demeure controversée. Initialement<sup>(76)</sup>, la Cour de cassation considérait, de manière critiquable, que dans la mesure où la méthode Renard ne prend en compte que les revenus des parents, sans tenir compte de leurs charges de la vie courante, elle méconnaît le prescrit légal de l'article 203 du Code civil<sup>(77)</sup>. Actuellement, elle valide l'utilisation de cette méthode, affinée depuis lors<sup>(78)</sup>.

Est également source de discussions, la problématique de l'*indexation* de la contribution fixée suivant la « méthode Renard ». Fondée sur un coefficient de coût moyen de l'enfant basé sur son âge – qui change chaque année –, l'application de cette méthode suppose en principe une révision annuelle et non une indexation<sup>(79)</sup> (de plein droit depuis la réforme du 19 mars 2010 ; *infra*, n° 799).

*fam.*, 2009, p. 111 ; Mons, 12 juin 2007, *J.L.M.B.*, 2009, p. 116 ; Mons, 19 septembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 69, note B. COMPAGNION ; Mons, 2 mai 2006, *J.T.*, 2006, p. 584 ; Mons, 14 mars 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 601 ; Mons, 10 février 2004, *J.T.*, 2004, p. 482 (somm.) ; Mons, 26 octobre 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 497, note J.-L. R. ; Mons, 22 juin 1999, *R.G.D.C.*, 2001, p. 53 ; Mons, 30 juin 1998, *Div. Act.*, 1999, p. 42 ; Mons, 10 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 363 ; Mons, 11 mai 1998, *J.T.*, 1998, p. 642 ; Mons, 28 mai 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1560 ; J.P. Uccle, 23 juillet 2012, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 123 ; J.P. Fontaine-l'Évêque, 14 décembre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1288, note N. DANDOY ; J.P. Binche, 27 juin 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1255 ; J.P. Uccle, 13 février 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 623 ; J.P. Binche, 2 octobre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 692, note J.-L. FRANEAU ; J.P. Soignies-Le Roeulx, 15 mars 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 503, note J.-L. FRANEAU ; J.P. Tournai, 20 décembre 2000, *Div. Act.*, 2002, p. 29 ; J.P. Westerlo, 29 décembre 2000, *J.J.P.*, 2001, p. 318, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 525 (somm.) ; J.P. Westerlo, 5 juin 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 165, note B. POELEMANS. *Contra* : Bruxelles, 12 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 365, *Div. Act.*, 1999, p. 34, note N. BEER-STOOP et A.-M. BOUDART.

(75) Civ. Charleroi, 14 décembre 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1285 ; S. BROUWERS, « De conventionele kwantificering van onderhoudsgelden », *N.F.M.*, 1998, p. 61 ; P.-A. WUSTEFELD, « Analyse des principales critiques énoncées à l'égard de P.C.A. », *o.c.*, p. 29.

(76) Cass., 2 mai 2005, *Div. Act.*, 2006, p. 70, note J.-E. BEERNAERT, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 543 ; Cass., 16 avril 2004, *Div. Act.*, 2004, p. 97, note A.-M. BOUDART, *J.T.*, 2004, p. 780, *R.A.B.G.*, 2004, p. 1221, note S. BROUWERS.

(77) *Contra* : Mons, 26 septembre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1234. En effet, la méthode Renard tient compte dans une certaine mesure des charges des parents car ces charges sont partiellement intégrées dans le coût de l'enfant (S. BROUWERS, « Alimentatie », *o.c.*, p. 198, n° 327). Pour plus de détails : N. DANDOY, « Vers une méthode de calcul des contributions alimentaires pour les enfants ? », *o.c.*, p. 470 ; S. LOUIS, « Obligation parentale d'entretien et obligations alimentaires de droit commun : jurisprudence récente », *o.c.*, pp. 148 et s.

(78) En ce sens : Cass, 7 mars 2014, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 196, note A. BOUDART ; Cass., 16 mai 2013, *Pas.*, 2013, p. 1117, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 197, note A. BOUDART, *R.A.B.G.*, 2013, p. 933, note S. BROUWERS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 157 (somm.) ; Cass., 24 mars 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 170, *J.L.M.B.*, 2012, p. 932, *R.A.B.G.*, 2012, p. 288 ; Cass., 5 mars 2010, *Pas.*, 2010, p. 712, *J.L.M.B.*, 2011, p. 641, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 923 (somm.).

(79) En ce sens : N. DANDOY, « Vers une méthode de calcul des contributions alimentaires pour les enfants ? », *o.c.*, p. 473. Sur cette controverse : Bruxelles (jeun.), 8 avril 2009, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 115 ; J.P. Fontaine-l'Évêque, 22 décembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 663, *J.J.P.*, 2006, p. 440, note J.-L. FRANEAU ; J.P. Binche, 2 octobre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 693, note J.-L. FRANEAU.

**790. Affectation des ressources personnelles de l'enfant.** La prise en considération des moyens d'existence du créancier d'aliments dans la détermination de l'ampleur de l'obligation alimentaire constituant une règle générale en droit des aliments, il y a lieu, selon nous, de déterminer le *quantum* de l'obligation d'entretien des parents en fonction notamment des ressources de l'enfant<sup>(80)</sup>. L'obligation des parents n'a, dans la rigueur des principes, qu'un caractère subsidiaire<sup>(81)</sup>.

Il s'impose dès lors de tenir compte en toute hypothèse des allocations octroyées à l'enfant en vertu de la loi (*allocations familiales*<sup>(82)</sup>, *bourses d'étude...*)<sup>(83)</sup> (art. 1321, § 1<sup>er</sup>, 5<sup>o</sup> C. jud.)<sup>(84)</sup>.

De même, les *revenus de l'activité personnelle* que l'enfant en formation, majeur ou mineur, retire d'un travail rémunéré réduisent l'obligation parentale<sup>(85)</sup>.

(80) J.P. Grâce-Hollogne, 3 août 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1382 ; J.P. Courtrai, 11 mai 2004, *R.W.*, 2004-2005, p. 1558, note F. SWENNEN ; J.P. Saint-Josse-ten-Noode, 26 décembre 1990, *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 278 ; J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, o.c., p. 126, n° 183 ; S. LOUIS, « L'éventuelle contribution de l'enfant dans ses frais d'entretien, d'éducation et de formation », note sous Mons, 21 novembre 2005, *R.G.D.C.*, 2007, p. 621 ; W. PINTENS et Y.-H. LELEU, « Opleidingskosten en familiaal vermogensrecht », *T.O.R.B.*, 1993-1994, p. 148, n° 7 ; D. VAN LIERDE, « De ouderlijke verplichting tot het betalen van onderhoudsgeld aan het meerderjarige kind voor het volgen van een bijkomende opleiding », *T. Fam.*, 2009, p. 47. *Contra* : J. DABIN, note sous Cass., 13 février 1947, *R.C.J.B.*, 1950, p. 173 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, p. 1962, n° 766.

(81) Civ. Liège, 11 juin 1919, *Pas.*, 1919, III, p. 241 ; J.P. Grâce-Hollogne, 3 août 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1382 ; J.P. Saint-Gilles, 9 juin 1994, *J.J.P.*, 1997, p. 311, *Journ. proc.*, 1994, p. 28, comm. D. KNOCK ; P. DE CRAENE, « Verplichtingen van de ouders : enige betwistingen omtrent art. 203 B.W. », *T.G.R.*, 1995, p. 42 ; J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, o.c., p. 123. *Contra* : J.P. Namur, 31 janvier 1995, *J.J.P.*, 1995, p. 323 ; J. DABIN, note sous Cass., 13 février 1947, *R.C.J.B.*, 1950, pp. 173 et s. ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 962, n° 1007 ; F. VAN TOMME, « Een vergelijking tussen de verplichtingen voorzien door de artikelen 203 et 205, 1<sup>o</sup> van het Burgerlijk Wetboek », *R.W.*, 1960-1961, col. 983.

(82) Voy. à cet égard : V. VERVLLET, « Kinderbijslag na echtscheiding », in *Alimentatie & kinderen* (C.B.R. éd.), Anvers, Intersentia, 2010, p. 107.

(83) Bruxelles, 20 mai 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 273, note N. DANDROY (déduction des allocations familiales du coût de l'enfant) ; Bruxelles, 3 décembre 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 250, note J.-M. THIERY ; Bruxelles, 23 février 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 234, note (déduction des allocations familiales du coût de l'enfant) ; Gand, 29 juin 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 895 (somm.), *NjW*, 2007, p. 136, note G.V (rente accordée en vertu de la loi sur les accidents de travail aux enfants d'une victime d'un accident du travail mortel) ; Bruxelles, 11 mars 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 859 ; Mons, 16 octobre 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 422 ; J.P. Tournai, 13 avril 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 877 ; J.P. Uccle, 18 mai 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 699 ; J.P. Wavre, 10 décembre 1992, *Rev. trim. dr. fam.*, 1994, p. 786 ; A. DE BRAUWER, « Bepaling en wijziging van onderhoudsbijdragen voor kinderen », *R.W.*, 2002-2003, p. 1117 ; J.-L. FRANEAU, « Une méthode logique et transparente pour déterminer la part contributive équitable des parents dans les frais d'entretien et d'éducation de leurs enfants », *Div. Act.*, 1995, p. 131 ; M. TREMMERY et J. TREMMERY, *Onderhoudsgeld voor kinderen. Normering met excel rekenblad*, Anvers, Maklu, 2005, p. 40.

(84) La majoration légale des allocations familiales en raison d'un handicap en est la preuve indirecte.

(85) Bruxelles, 29 septembre 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 427 ; Bruxelles, 11 mars 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 859 ; J.P. Zomergem, 20 avril 2012, *J.D.J.*, 2013, p. 45 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 834 (somm.) ; J.P. Zomergem, 21 décembre 2007, *T.G.R.*, 2008, p. 91, *R.W.*, 2008-2009, p. 551, *J.D.J.*, 2008, p. 40 ; J.P. Tournai, 7 août 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 302 (allocations de chômage) ; J.P. Grâce-Hollogne, 11 avril 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1612 ; J.P. Tournai,

En principe, le *capital* de l'enfant ne peut pas être affecté à son entretien par ses parents<sup>(86)</sup>. L'application de cette thèse à l'enfant détenteur d'un capital improductif peut cependant s'avérer choquante en ce qu'elle reporte *in fine* sur la collectivité la charge de son entretien. Il faut donc admettre la possibilité pour les parents de « convertir » un capital improductif en biens rentables, soumis au droit de jouissance légale (art. 384)<sup>(87)</sup>.

Plus discutée est la question de savoir si les *revenus du capital* de l'enfant doivent être affectés prioritairement à son entretien. Une raison de le penser est que l'article 386, 2°, du Code civil dispose que les parents n'ont la jouissance légale des biens de leurs enfants qu'à charge d'affecter prioritairement les revenus de ceux-ci<sup>(88)</sup> à leur entretien, éducation et formation adéquate. On rappellera que le droit de jouissance légale, prérogative de l'autorité parentale, cesse à la majorité de l'enfant et que celle-ci peut intervenir avant l'expiration de l'obligation d'entretien. En conséquence, durant la minorité, les ressources des parents incluront les revenus du capital de l'enfant et accroîtront leur capacité contributive. Mais à partir de la majorité, ou si les parents sont privés du droit de jouissance légale pour d'autres raisons, ne pas considérer ces revenus du capital comme des « ressources » de l'enfant aboutit à les lui laisser

13 avril 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 877 ; J.P. Zelzate, 26 décembre 2002, *R.A.B.G.*, 2004, p. 1249, note E. ALOFS ; J.P. Wavre, 2 février 1995, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 125 ; J.P. Saint-Gilles, 9 juin 1994, *J.J.P.*, 1997, p. 311, *Journ. proc.*, 1994, p. 28, comm. D. KNOCK ; J.P. Saint-Josse-ten-Noode, 26 décembre 1990, *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 278. Dans la plupart des espèces citées, les parents ne bénéficiaient toutefois que de faibles revenus. Une décision isolée du tribunal de première instance de Liège (Civ. Liège, 2 avril 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 737) tient compte des revenus professionnels *futurs* de l'enfant en prévoyant qu'il devra, lorsqu'il promèrera un salaire, rembourser la moitié du coût du brevet de pilote payé par son père. Voy. aussi : M.-F. LAMPE, « L'obligation alimentaire des parents à l'égard de leur enfant mineur ou en cours de formation et la délégation de sommes », *Rev. dr. U.L.B.*, 1990, p. 107 ; S. LOUIS, « L'éventuelle contribution de l'enfant dans ses frais d'entretien, d'éducation et de formation », *o.c.*, p. 621 ; S. LOUIS, « Calcul des parts contributives des père et mère au profit de leurs enfants – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence », *o.c.*, pp. 202-204, n° 34 ; P. MAHILLON, « L'entretien et l'éducation des enfants majeurs », in *Mélanges Jean Baugniet*, Bruxelles, Les services auxiliaires des revues notariales, 1976, pp. 537-539 ; W. PINTENS et Y.-H. LELEU, « Opleidingskosten en familiaal vermogensrecht », *o.c.*, p. 148, n° 7 ; P. SENAËVE, « Art. 203 B.W. », *o.c.*, n° 32 ; A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, *o.c.*, p. 63 ; D. VAN LIERDE, « De ouderlijke verplichting tot het betalen van onderhoudsgeld aan het meerderjarige kind voor het volgen van een bijkomende opleiding », *o.c.*, p. 47. *Contra* : J.P. Roeselare, 30 novembre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 255 (somm.), *J.J.P.*, 2007, p. 298.

(86) Bruxelles, 30 mai 1961, *J.T.*, 1962, p. 116, note N. MAQUET ; Liège, 13 juillet 1954, *J.L.*, 1954-1955, p. 82 ; J.P. Zomergem, 21 décembre 2007, *T.G.R.*, 2008, p. 91, *R.W.*, 2008-2009, p. 551, *J.D.J.*, 2008, p. 40 ; J.P. Namur, 13 janvier 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1053 (somm.) ; N. GALLUS, « Les aliments », *o.c.*, n° 94 ; P. SENAËVE, « Art. 203 B.W. », *o.c.*, n° 35 ; A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, *o.c.*, p. 63 ; M. TREMMERY et J. TREMMERY, *Onderhoudsgeld voor kinderen. Normering met excel rekenblad*, *o.c.*, p. 38. *Contra* : J.P. Courtrai, 11 mai 2004, *R.W.*, 2004-2005, p. 1558, note F. SWENNEN ; Civ. Nivelles, 9 mai 1968, *Rec. Niv.*, 1968, p. 164 ; Bruxelles, 18 décembre 1963, *Pas.*, 1965, II, p. 31.

(87) J.P. Courtrai, 11 mai 2004, *R.W.*, 2004-2005, p. 1558, note F. SWENNEN.

(88) Sur les biens exclus du droit de jouissance légale, voy. *supra*, n° 751-752.

en aggravant la contribution des parents, privés de ce surcroît de ressources. Telle n'est pas la philosophie de l'obligation alimentaire, dont le devoir d'entretien est une application. Un courant jurisprudentiel et doctrinal majoritaire insiste à juste titre sur le caractère accessoire de l'obligation parentale d'entretien et prescrit son imputation prioritaire sur les revenus des biens des enfants et subsidiaire sur les ressources des parents<sup>(89)</sup>.

Enfin, le cas échéant, la vie en couple de l'enfant aura une incidence sur le *quantum* de l'obligation parentale :

- Si l'enfant est *marié ou cohabitant légal*, les devoirs de secours et de contribution aux charges du mariage (art. 213, 221) ou de la vie commune entre cohabitants légaux (art. 1477, § 3), qui couvrent les frais de formation de l'un des époux<sup>(90)</sup> ou cohabitant légal, priment l'obligation d'entretien des parents sans y mettre fin<sup>(91)</sup> (*infra*, n° 825).
- Si l'enfant *vit maritalement*, la question de savoir si le partenaire est tenu de ses frais de formation à la place des parents est plus controversée. En l'absence de tout devoir légal, il doit être répondu par la négative : le seul fait de l'existence d'une telle union ne libère donc pas les parents de leur obligation<sup>(92)</sup>. Cependant, il convient d'inclure et de chiffrer les avantages matériels retirés de l'union

(89) Bruxelles, 30 mai 1961, *J.T.*, 1962, p. 116, note N. MAUET ; J.P. Wavre, 1<sup>er</sup> mars 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 470 ; J.P. Grâce-Hollogne, 2 mars 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1217 ; J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, o.c., pp. 119-123, n°s 175-179, spéc. p. 123, n° 179 ; P. MAHILLON, « L'entretien et l'éducation des enfants majeurs », o.c., p. 538 ; S. LOUIS, « L'éventuelle contribution de l'enfant dans ses frais d'entretien, d'éducation et de formation », o.c., p. 621 ; P. SENAËVE, « Art. 203 B.W. », o.c., n° 32 ; D. VAN LIERDE, « De ouderlijke verplichting tot het betalen van onderhoudsgeld aan het meerderjarige kind voor het volgen van een bijkomende opleiding », o.c., p. 47. Un courant minoritaire estime, à tort, que le devoir d'entretien parental est « prioritaire », cette obligation étant de nature différente des obligations alimentaires, presque « sacrée » : J.P. Gembloux, 22 décembre 1987, *J.D.J.*, 1988, n° 2, p. 2 ; N. GALLUS, « Les aliments », o.c., n° 94 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, *Les personnes*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 893, n° 766 ; dans le même sens : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 962, n° 1007.

(90) En ce sens : P. DE CRAENE, « Verplichtingen van de ouders : enige betwistingen omtrent art. 203 B.W. », o.c., p. 48, n° 31 ; W. PINTENS et Y.-H. LELEU, « Opleidingskosten en familiaal vermogensrecht », o.c., p. 148, n° 7 ; P. SENAËVE, « Art. 203 B.W. », o.c., n° 36 ; M. TREMMERY et J. TREMMERY, *Onderhoudsgeld voor kinderen. Normering met excel rekenblad*, o.c., p. 38.

(91) Si le conjoint ne dispose pas de revenus suffisants pour faire face aux frais d'entretien et de formation de l'enfant, les parents devront (subsidiairement) intervenir dans ces frais (Cass., 20 avril 2007, *Pas.*, 2007, p. 744, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1009, *R.W.*, 2008-2009, p. 69 (somm.) ; P. DE CRAENE, « Verplichtingen van de ouders : enige betwistingen omtrent art. 203 B.W. », o.c., p. 48, n° 31 ; M.-F. LAMPE, « L'obligation alimentaire des parents à l'égard de leur enfant mineur ou en cours de formation et la délégation de sommes », o.c., p. 108 ; P. SENAËVE, « Art. 203 B.W. », o.c., n° 36).

(92) *Contra*, à tort : Mons (jeun.), 15 octobre 2008, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 111.

libre, notamment le partage des charges entre les partenaires<sup>(93)</sup> (*infra*, n° 793).

## § 2. Débiteurs

**791. Les parents. Effet de la filiation.** L'obligation d'entretien des enfants repose sur les « père et mère » (art. 203, § 1<sup>er</sup>) ou sur le seul parent, à condition que la filiation soit établie, par la loi, par reconnaissance, à la suite d'un établissement judiciaire ou par adoption<sup>(94)</sup>.

Le *père biologique* condamné à contribuer à l'entretien de l'enfant sur la base de l'article 336 du Code civil est redevable d'une obligation d'entretien en tous points analogue à celle des parents légaux (art. 339), mais nécessairement exécutée sous forme financière<sup>(95)</sup>.

Si le lien de filiation est anéanti *ex tunc* (ex. : annulation de reconnaissance), les montants versés au titre de part contributive ne doivent pas être restitués<sup>(96)</sup>. En décider autrement aurait pour effet de pénaliser l'enfant, nullement responsable de cette situation<sup>(97)</sup>, et de méconnaître le principe selon lequel, sous réserve des règles relatives à la prescription (*infra*, n° 822), les aliments sont censés être consommés au jour le jour. Au surplus, si le « parent » a effectué ces paiements volontairement<sup>(98)</sup>, il est permis de constater l'existence dans son chef d'une obligation naturelle de contribuer à l'entretien de l'enfant de son conjoint/partenaire (*infra*, n°s 808-809).

(93) Civ. Dinant, 2 octobre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 575 ; J.P. Grâce-Hollogne, 3 août 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1382 ; J.P. Tournai, 11 mars 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 590, *J.L.M.B.*, 2004, p. 664 (somm.) ; J.P. Wavre, 2 février 1995, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 125 ; J.P. Couvin, 14 juin 1990, *J.D.J.*, 1990, n° 10, p. 42 ; N. GALLUS, « L'incidence du comportement du créancier d'aliments sur les droits à une pension alimentaire », *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 23, note ; S. LOUIS, « Obligation parentale d'entretien et obligations alimentaires de droit commun : jurisprudence récente », *o.c.*, pp. 155 et s.

(94) Civ. Hasselt, 17 décembre 2002, *L.R.L.*, 2003, p. 146 (le seul fait que le débiteur d'une pension alimentaire soit considéré comme n'ayant jamais été père de l'enfant ne retire pas à ses paiements leur cause juridique ; admission de la demande de dommages-intérêts contre la mère qui a dissimulé l'absence de lien biologique) ; J.P. Bruxelles, 25 septembre 2006, *Div. Act.*, 2007, p. 73, note J.-C. BROUWERS (enfant né d'une précédente union de l'épouse ; pas d'obligation du mari bien qu'il ait déclaré qu'il le considère comme son propre enfant et qu'il l'aime comme le sien).

(95) Mons, 28 octobre 2003, *R.G.D.C.*, 2004, p. 279 ; Mons, 29 avril 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 646 (le droit préexiste à toute demande en justice et habilite à postuler une pension pour une période antérieure à l'intentement de l'action, sous la limite de la prescription quinquennale).

(96) Civ. Gand, 7 octobre 2004, *NjW*, 2005, p. 741, note G.V.

(97) *Contra* : J.-P. MASSON, « La suppression et la réduction rétroactives d'une pension alimentaire », note sous Cass., 14 mai 1990, *R.C.J.B.*, 1992, p. 49. Cet auteur considère que lorsque la reconnaissance contestée n'est pas une reconnaissance de complaisance, son annulation implique la répétition des aliments car la mère, à qui sont payés les aliments, sait que le débiteur n'est pas le père et n'en a pas moins accepté ou demandé une pension.

(98) L'hypothèse de fraude ou d'abus de droit dans le chef de l'autre parent peut être réservée (voy. note précédente).

L'obligation d'entretien n'est pas réciproque, contrairement à l'obligation alimentaire de droit commun entre parents et enfants, qui succédera à l'obligation d'entretien après l'achèvement de la formation (*infra*, n° 804). Elle n'est pas extensible au-delà du premier degré ; les *grands-parents* sont tenus à l'égard de leur petit-enfant d'une obligation alimentaire de droit commun activée par l'état de besoin au sens strict (art. 205)<sup>(99)</sup> et hiérarchiquement subordonnée à l'obligation parentale (*infra*, n° 826).

Le statut juridique du couple parental n'a aucune incidence, au contraire de la séparation en raison de son impact sur la vie quotidienne de l'enfant et sur les charges des parents.

La *déchéance de l'autorité parentale* n'emporte pas dispense de la charge d'entretien des enfants<sup>(100)</sup>.

**792. (suite) Obligation de chaque parent non solidaire mais proportionnelle à sa part dans les facultés cumulées.** Longtemps s'est posée la question de savoir si l'obligation des deux parents débiteurs d'entretien était solidaire ou, plus précisément, *in solidum*<sup>(101)</sup>. Certains l'ont soutenu dans les hypothèses où les parts contributives de chacun n'ont pas été fixées par décision de justice ou par convention<sup>(102)</sup>. La thèse majoritaire est, au contraire, de mesurer l'obligation de chaque parent à ses propres facultés et non à celles cumulées des deux, en manière telle que chacun ne soit tenu que d'une part de la dette, ni la totalité ni la moitié, et cela vis-à-vis de l'enfant ou vis-à-vis des tiers<sup>(103)</sup>. L'article 203*bis*, § 1<sup>er</sup>, du Code civil conforte cette thèse, imposant à chaque parent une contribution « à concurrence de sa part dans les facultés cumulées ». La même solution prévaut en ce qui concerne les obligations alimentaires de droit commun (*infra*, n° 827).

(99) J.P. Pâturages, 27 novembre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1586.

(100) P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., p. 352, n° 1178 ; F. TULKENS et T. MOREAU, *Droit de la jeunesse. Aide, assistance, protection*, o.c., p. 610.

(101) L'obligation ne peut avoir un caractère solidaire faute de précision légale en ce sens (art. 1202). Selon l'article 222, toute dette contractée par l'un des époux pour les besoins du ménage et l'éducation des enfants oblige solidairement l'autre époux (application à l'entretien des enfants : J.P. Namur, 31 janvier 1995, *J.J.P.*, 1995, p. 323), mais cette disposition concerne les rapports entre parents mariés et non ceux avec leurs enfants (J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, o.c., p. 130, n° 187).

(102) Voy. notre première édition, même numéro.

(103) S. BROUWERS, « Alimentatie », o.c., p. 177, n° 307 ; J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, o.c., pp. 130-131, n° 189 ; J. GERLO et G. VERSCHULDEN, *Handboek personen- en familierecht*, p. 128, n° 386 ; J. GERLO, « Recente ontwikkelingen in het alimentatierecht », o.c., pp. 28-29, n° 10 ; J.-L. RENÇON, « L'obligation d'entretien des parents à l'égard de leurs enfants et la détermination des modalités de son exécution dans le contexte d'une procédure de divorce par consentement mutuel », *Rev. trim. dr. fam.*, 1982, p. 172. *Contra* : N. GALLUS, « Les aliments », o.c., n° 91.

En toute hypothèse, si l'un des parents paye plus que sa part de dette, il exercera un recours contributoire contre l'autre (art. 203bis, § 2), dont nous examinerons ultérieurement les modalités (*infra*, n° 798)<sup>(104)</sup>.

**793. Nouveau conjoint ou cohabitant du parent.** Le beau-parent, au sens sociologique, n'est pas tenu d'un devoir d'entretien à l'égard des enfants de son conjoint ou partenaire<sup>(105)</sup>. Le mariage et la cohabitation légale instaurent toutefois des obligations aboutissant au même résultat, au contraire de la cohabitation de fait. On peut s'en émouvoir, car c'est le couple (éducatif) et non le statut juridique de celui-ci qui justifie, en équité, la mise à contribution du beau-parent. Celle-ci suppose à tout le moins que l'autre parent fasse défaut ou soit insolvable car, en toute hypothèse, l'obligation d'entretien pèse en priorité sur les père et mère.

Du vivant du parent, le beau-parent finance *indirectement* la formation de l'enfant de son *conjoint ou cohabitant légal* (art. 213 et 221 ; art. 1477, § 3 ; *supra*, nos 351 et 406)<sup>(106)</sup>.

Une autre manière de parvenir à ce résultat, mais seulement en régime de communauté, est de considérer que les facultés du parent débiteur comprennent une partie des revenus de son époux (art. 1405)<sup>(107)</sup>. Dans ce régime, toute dette alimentaire au profit des descendants d'un seul des époux est commune (art. 1408)<sup>(108)</sup>.

Le beau-parent marié ou cohabitant légal est débiteur solidaire envers les tiers (art. 222 et 1477, § 4).

Au décès du parent, le beau-parent *conjoint survivant ou cohabitant légal survivant* peut être tenu *directement* de l'obligation d'entretien, mais seulement à concurrence de ce qu'il a recueilli dans la succession du conjoint/cohabitant légal-parent et des avantages que celui-ci aurait consentis par contrat de mariage ou convention de cohabitation, donation

(104) Il a toutefois été jugé que le versement par un parent à l'autre d'une somme supérieure à celle fixée judiciairement pour l'entretien et l'éducation de son enfant constitue l'exécution d'une obligation naturelle, et ne peut être répétée : Civ. Namur (sais.), 2 janvier 1984, R.R.D., 1984, p. 195 ; J. SOSSON, « L'obligation alimentaire naturelle », in *L'argent pour vivre : vers une réforme de l'obligation alimentaire* (A.-Ch. VAN GYSEL éd.), Bruxelles, Kluwer, 2000, p. 142, n° 22.

(105) Liège, 20 janvier 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 547.

(106) G. BAETEMAN, H. CASMAN et J. GERLO, « Huwelijksvermogensrecht (1989-1995) – Overzicht van rechtspraak », *T.P.R.*, 1996, p. 159, n° 21 ; N. GALLUS, « Les aliments », *o.c.*, p. 165, n° 93 ; J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, *o.c.*, n° 295, p. 190 ; F. TAINMONT, « La portée juridique du devoir de contribution aux charges du mariage », *o.c.*, p. 568, n° 5 ; A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, *o.c.*, p. 61 ; E. VIEUJEAN, « Les devoirs de secours et de contribution aux charges du mariage », *o.c.*, n° 209. Rappr. : Cass., 21 avril 1983, *J.T.*, 1983, p. 663, note T. AFSCHRIFT. *Contra* : Civ. Mons, 10 avril 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1513 (somm.) ; J. SOSSON, « La solidarité alimentaire familiale. Limites et contours actuels », in *Actualités de droit familial (1997-1999)* (Y.-H. LELEU éd.), Liège, CUP, 1999, p. 241, n° 26

(107) J.P. Tournai, 9 janvier 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 239.

(108) Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 168, n° 150. Comp. : Civ. Mons, 10 avril 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1513 (somm.).

ou testament (art. 203, § 3 ; art. 1477, § 5)<sup>(109)</sup>. Il dispose d'un recours en cas de contribution excessive, qu'il exerce le cas échéant contre l'autre parent toujours en vie.

Le *cohabitant de fait* du parent n'est tenu à *aucune* obligation légale d'entretien des enfants de son partenaire<sup>(110)</sup>. Ce n'est pas à dire que la cohabitation de fait soit dépourvue d'incidence à cet égard. Le partenaire peut s'engager conventionnellement à financer l'éducation de l'enfant dont il n'est pas parent et une obligation naturelle de contribuer aux charges de la vie commune reconnue dans son chef peut être novée pour le passé (*supra*, n° 379). Il convient aussi de tenir compte de la cohabitation d'un des parents comme donnée d'évaluation de ses facultés contributives : le parent débiteur peut établir que l'autre retire des avantages matériels de la cohabitation<sup>(111)</sup> ; plus difficilement, il soutiendra que sa propre cohabitation grève son budget<sup>(112)</sup>.

### § 3. Durée

**794. Enfant mineur.** L'obligation parentale d'entretien est limitée par un double plafond : la majorité de l'enfant et l'exécution des devoirs parentaux, principalement sa formation (art. 203, § 1<sup>er</sup> *in fine*).

Un enfant mineur économiquement dépendant<sup>(113)</sup> qui n'a pas achevé une formation pouvant le conduire à l'autonomie économique est créancier d'entretien et de formation, qu'il suive ou non (assidûment) des études<sup>(114)</sup>.

Si le mineur accède à l'autonomie économique grâce à sa formation ou à d'autres facteurs (ex. : mariage), l'obligation parentale est suspendue, et réactivée si l'enfant perd cette indépendance avant sa majorité.

Si le mineur achève avant sa majorité une formation pouvant le rendre économiquement autonome, mais n'y parvient pas en fait (ex. : chômage), l'obligation parentale d'entretien subsiste jusqu'à sa majorité,

(109) J.P. Uccle, 18 mai 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 699. Cette obligation est de niveau plus élevé que l'obligation alimentaire de droit commun à charge de la succession du conjoint prémourant (art. 205bis, § 1<sup>er</sup>).

(110) Liège, 20 janvier 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 547. *Adde* : J.P. Grâce-Hollogne, 18 novembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 613.

(111) Liège, 20 janvier 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 547 (partage des charges par moitié). W. PINTENS et Y.-H. LELEU, « Opleidingskosten en familiaal vermogensrecht », *o.c.*, p. 150, n° 18. Rappr. : Mons, 16 octobre 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 422 (allocations de chômage de la mère réduites suite à sa cohabitation ; prise en considération des revenus professionnels de son cohabitant).

(112) J.P. Tournai, 15 avril 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 594, *J.L.M.B.*, 2004, p. 665 (somm.) ; J. ROODHOOF, « Onderhoudsrecht en concubinaat », *o.c.*, p. 125, n° 189.

(113) C'est-à-dire qui ne pourrait pas seul maintenir le niveau de vie au partage duquel il a droit.

(114) Bruxelles, 17 septembre 1998, *Div. Act.*, 1999, p. 94.

et lui succède celle de droit commun sur la base de l'article 205 du Code civil<sup>(115)</sup>.

**795. Enfant majeur.** L'obligation d'entretien ne cesse pas à la majorité de l'enfant mais se poursuit jusqu'à ce que sa formation soit achevée (art. 203, § 1<sup>er</sup> *in fine*)<sup>(116)</sup>, et même, selon certains, jusqu'à l'accès au premier emploi<sup>(117)</sup>.

Les études ou la formation doivent suivre un cours normal et être raisonnablement de nature à conduire l'enfant vers l'autonomie économique<sup>(118)</sup>, le tout s'appréciant *in concreto*, en fonction de ses capacités et intérêts, ainsi que des facultés des parents<sup>(119)</sup>, sachant que ces derniers n'ont pas de prise sur les choix de l'enfant majeur, mais que l'enfant peut être contraint de promériter un revenu, d'un travail d'étudiant par exemple<sup>(120)</sup>. L'obligation des parents ne vaut que si l'enfant fait preuve de suffisamment de motivation, d'assiduité et d'aptitude pour achever des études entamées dans un délai raisonnable<sup>(121)</sup>, les droits à l'échec et à

(115) En ce sens : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Louvain, Acco, 2013, p. 354, n° 1188. Rappr. : J.P. Fontaine-l'Évêque, 17 septembre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 665 (somm.) (enfant handicapé, formation achevée, besoin subsistant, obligation alimentaire de droit commun).

(116) Cass., 20 avril 2007, *Pas.*, 2007, p. 744, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1009, *R.W.*, 2008-2009, p. 69 (somm.) ; J.P. Fontaine-l'Évêque, 16 mars 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 682 ; J.P. Westerlo, 29 septembre 2000, *J.J.P.*, 2001, p. 318 ; J.P. Namur, 13 janvier 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1053 (somm.). N. GALLUS, « Les aliments », *o.c.*, p. 172, n°s 103 et s. ; W. PINTENS et Y.-H. LELEU, « Opleidingskosten en familiaal vermogensrecht », *o.c.*, pp. 146-147, n°s 5-6 ; A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, *o.c.*, p. 66 ; D. VAN LIERDE, « De ouderlijke verplichting tot het betalen van onderhoudsgeld aan het meerderjarige kind voor het volgen van een bijkomende opleiding », *o.c.*, p. 47.

(117) Liège, 5 septembre 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 271 et Civ. Liège (sais), 3 octobre 2012, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1734 (formation de stagiaire avocat) ; Civ. Liège, 23 décembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 680 (stage d'attente au chômage) ; J.P. Zelzate, 26 décembre 2002, *R.A.B.G.*, 2004, p. 1249, note E. ALOFS (contrat de stage) ; J.P. Gand, 25 juin 1998, *T.G.R.*, 1998, p. 204, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 502 ; J.P. Marchienne-au-Pont, 13 mars 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 708. Doit cependant être considéré comme ayant achevé sa formation l'enfant majeur qui entame une formation à l'ONEM lorsqu'il est au chômage après avoir travaillé durant une année : J.P. Anvers, 30 mars 2014, *R.W.*, 2013-2014, p. 1512, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 728 (somm.), *J.D.J.*, 2014, liv. 335, p. 61 (somm.). Comp. : J.P. Zomergem, 20 avril 2012, *R.W.*, 2012-2013, p. 1038, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 834 (somm.) (enfant ayant repris ses études après une année sabbatique durant laquelle il a travaillé).

(118) J.P. Thuin, 23 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1053 (somm.).

(119) J.P. Grâce-Hollogne, 3 août 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1382 ; J.P. Fontaine-l'Évêque, 26 décembre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 558 ; J.P. Namur, 17 août 1987, *Journ. proc.*, 1987, n° 115, p. 23 ; W. PINTENS et Y.-H. LELEU, « Opleidingskosten en familiaal vermogensrecht », *o.c.*, p. 146, n° 5.

(120) J.P. Fontaine-l'Évêque, 26 décembre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 558.

(121) Civ. Mons, 1<sup>er</sup> mars 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 971 (somm.) ; Civ. Nivelles, 9 février 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 683 ; Civ. Liège (réf.), 16 avril 1985, *Rev. trim. dr. fam.*, 1986, p. 258 ; J.P. Tournai, 1<sup>er</sup> avril 2008, *J.T.*, 2008, p. 408 ; J.P. Grâce-Hollogne, 11 avril 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1612 ; J.P. Tournai, 29 juin 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 570 ; J.P. Torhout, 2 décembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 255 (somm.), *J.J.P.*, 2007, p. 279 ; J.P. Tournai, 7 mars 2000, *Div. Act.*, 2000, p. 132 ; J.P. Namur, 7 mars 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1056 ; J.P. Bruxelles, 24 avril 1996, *J.D.J.*, 1996, n° 159, p. 432 ; J.P. Bruxelles, 22 juin 1995, *J.J.P.*, 1995, p. 329 ; J.P. Wavre, 10 décembre 1992, *Rev. trim. dr. fam.*, 1994, p. 786.

la réorientation étant reconnus<sup>(122)</sup>, voire à une seconde formation (master complémentaire ou cursus différent)<sup>(123)</sup>. En règle, l'obtention par l'enfant d'un premier diplôme ou certificat de formation met un terme à l'obligation parentale d'entretien<sup>(124)</sup>, mais l'enfant peut prétendre au financement d'un autre cycle de formation ou d'études en fonction de ses aptitudes et du niveau de vie des parents<sup>(125)</sup>. Les parents peuvent inviter l'enfant à modérer ses dépenses, particulièrement ses frais de logement s'ils lui offrent gîte et couvert (*supra*, n° 786).

**796. Incidence du comportement de l'enfant.** En matière alimentaire, il n'existe pas d'autre cause d'« indignité » que la déchéance de l'autorité parentale ; la Cour de cassation rejette toute forme prétorienne<sup>(126)</sup>. La jurisprudence et la doctrine récentes étaient de plus en plus enclines à considérer que le comportement manifestement irrespectueux de l'enfant peut lui faire perdre ses droits issus de l'article 203 (ex. : refus de donner signe de vie, violences physiques ou morales, *etc.*)<sup>(127)</sup> et fondent cette sanction sur l'obligation légale de respect réciproque entre parents et

(122) J.P. Mons, 22 janvier 2013, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 122 ; J.P. Tournai, 7 août 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 302 (reprise d'études secondaires après avoir travaillé) ; J.P. Torhout, 2 décembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 255 (somm.), *J.J.P.*, 2007, p. 279 ; J.P. Marchienne-au-Pont, 13 mars 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 708.

(123) Civ. Gand, 3 novembre 2005, R.W., 2006-2007, p. 69 ; D. VAN LIERDE, « De ouderlijke verplichting tot het betalen van onderhoudsgeld aan het meerderjarige kind voor het volgen van een bijkomende opleiding », *o.c.*, *T. Fam.*, 2009, p. 47.

(124) Liège, 19 octobre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1119 ; J.P. Gand, 5 février 1999, *T.G.R.*, 1999, p. 94 ; J.P. Marchienne-au-Pont, 13 mars 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 708 ; J.P. Gand, 8 janvier 1997, *T.G.R.*, 1997, p. 131, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 175 (somm.).

(125) Gand, 3 novembre 2005, R.W., 2006-2007, p. 69 ; Bruxelles, 17 septembre 1998, *Div. Act.*, 1999, p. 94 ; Civ. Louvain, 29 avril 2005, R.A.B.G., 2006, p. 533, note C. VERGAUWEN ; J.P. Roeselare, 30 novembre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 255 (somm.), *J.J.P.*, 2007, p. 298 ; N. GALLUS, « Les aliments », *o.c.*, p. 172, n° 104 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, n° 1192, qui estime que cet autre cycle de formation doit se situer dans le prolongement du premier ; D. VAN LIERDE, « De ouderlijke verplichting tot het betalen van onderhoudsgeld aan het meerderjarige kind voor het volgen van een bijkomende opleiding », *o.c.*, p. 48. *Contra* : Liège, 19 octobre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1119.

(126) Cass., 3 juin 2010, *Pas.*, 2010, p. 1718, *J.D.J.*, 2011 (somm.), n° 305, 39, *NjW*, 2011, p. 460, note C. DECLERCK, R.A.B.G., 2011, p. 333, note E. DE MAEYER et C. VERGAUWEN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 222, R.W., 2010-2011, p. 1648, note F. SWENNEN, *T. Fam.*, 2011, p. 101, note F. DENISSEN, *T.J.K.*, 2010, p. 297, note E. CALLEBAUT ; J.P. Wavre, 2 février 1995, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 125 ; N. GALLUS, « L'incidence du comportement du créancier d'aliments sur les droits à une pension alimentaire », *o.c.*, p. 9 ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 537, n° 902.

(127) Gand, 5 avril 2007, R.A.B.G., 2008, p. 215, note C. VERGAUWEN (refus en l'espèce en raison de la part de responsabilité du père dans la détérioration de sa relation avec ses enfants) ; Bruxelles, 10 octobre 2006, *T. Fam.*, 2007, p. 7, note R. HEPES, *Div. Act.*, 2007, p. 36, note J. FIERENS ; Bruxelles, 6 juin 2006, *T. Fam.*, 2007, p. 6, note ; Civ. Bruxelles, 21 décembre 1991, R.W., 1991-1992, p. 1328 ; J.P. Torhout, 2 décembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 255 (somm.), *J.J.P.*, 2007, p. 279 ; J.P. Bruxelles, 2 mai 1996, *J.D.J.*, 1996, p. 430 ; J.P. Huy, 26 juin 1986, *J.L.*, 1986, p. 623 ; J.P. Wavre, 26 novembre 1992, *Rev. trim. dr. fam.*, 1994, p. 783 ; F. SWENNEN, « Alimentatie voor kinderen : een overzicht », in *Alimentatie & kinderen*, 2<sup>e</sup> éd., Anvers, Intersentia, 2010, pp. 46-48, n° 49-52 ; P. DE CRAENE, « Verplichtingen van de ouders : enige betwistingen omtrent art. 203 B.W. », *o.c.*, p. 48 ; R. HEPES, « Naar een exceptie van onwaardigheid in het onderhoudsrecht », note sous Bruxelles, 10 octobre 2006, *T. Fam.*, 2007, p. 7 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*,

enfants (art. 371)<sup>(128)</sup>, qui subsiste au-delà de la majorité<sup>(129)</sup>. Si le législateur intervient en ce sens, une règle morale (non sanctionnée) accèderait au statut de norme, sa sanction étant une suspension ou une suppression de l'obligation d'entretien<sup>(130)</sup>.

## § 4. Sanctions

**797. Action personnelle de l'enfant contre le(s) parent(s). Représentation du mineur.** L'enfant est titulaire d'une action contre ses deux parents ou contre son seul parent s'il établit un manque au niveau de l'« obligation » à la dette, s'il n'obtient pas son dû<sup>(131)</sup>. Il n'a pas d'intérêt pour agir sur l'adaptation de la « contribution » aux facultés respectives des parents ; celle-ci se règle entre eux par une action personnelle (voy. ci-dessous).

L'enfant *majeur* toujours en formation agira seul, devant le tribunal de la famille.

S'il est *mineur*, il est représenté<sup>(132)</sup>. S'il introduit néanmoins l'action, son incapacité ne rend pas celle-ci irrecevable mais offre au défendeur la possibilité de soulever *in limine litis* une exception dilatoire pour défaut de représentation (*supra*, n° 257)<sup>(133)</sup>. Il peut se trouver en opposition d'intérêts avec ses deux parents, celui des deux qui devrait le représenter à l'action ou le seul parent en vie. En principe, un tuteur *ad hoc* sera désigné (art. 378, § 2 ; *supra*, n° 264)<sup>(134)</sup>, sur requête du ministère public ou de tout intéressé en cas d'inertie parentale<sup>(135)</sup>, mais certaine

*o.c.*, n°s 1196 et 1242 ; D. VAN LIERDE, « De ouderlijke verplichting tot het betalen van onderhoudsgeld aan het meerderjarige kind voor het volgen van een bijkomende opleiding », *o.c.*, p. 48.

(128) Gand, 5 avril 2007, précité ; Bruxelles, 10 octobre 2006, précité ; Bruxelles, 6 juin 2006, précité ; J.P. Gand, 28 décembre 1998, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 711, note E. DE GROOTE ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 536, n° 902 et « Alimentatie voor kinderen : een overzicht », *o.c.*, p. 47, n° 51. *Contra* : J.P. Tournai, 29 juin 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 570 ; J. FIERENS, « L'exception d'irrespect en matière alimentaire et le respect de la loi », note sous Bruxelles, 10 octobre 2006, *Div. Act.*, 2007, p. 38. *Adde* : A. SÉRIAUX, « Tes père et mère tu honoreras. Réflexions sur l'autorité parentale en droit français contemporain », *Rev. trim. dr. civ.*, 1986, p. 265.

(129) P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n°s 1241-1242.

(130) Comp. nos propos plus réservés dans la première édition de cet ouvrage, que nous révisons.

(131) Les auteurs néerlandophones renvoient à l'adage « *Wie gevoed wordt past het zwijgen* » (J. GERLO, « Recente ontwikkelingen in het alimentatierecht », *o.c.*, p. 38).

(132) Cass., 7 février 2011, *Pas.*, 2011, p. 573, *J.L.M.B.*, 2012, p. 390, *R.A.B.G.*, 2013, p. 245, note S. Brouwers, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 937 (somm.).

(133) Civ. Tournai, 19 décembre 2000, *J.D.J.*, 2001, n° 206, p. 41.

(134) Civ. Bruxelles, 28 juin 1988, *Rev. trim. dr. fam.*, 1988, p. 562 ; Th. MOREAU, « L'autonomie du mineur en justice », *o.c.*, p. 169. Le tribunal de première instance (aujourd'hui le tribunal de la famille), et non le juge de paix, est compétent : J.P. Westerlo, 23 avril 2002, *J.J.P.*, 2004, p. 200.

(135) J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, *o.c.*, p. 133, n° 195 ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 4<sup>e</sup> éd., *o.c.*, p. 544, n° 912. En sens contraire, sur la base de l'ancien article 378 et au motif que l'intervention du tuteur *ad hoc* est réservée au domaine de l'administration des biens : P. SENAËVE, « Art. 203 B.W. », *o.c.*, n° 73.

jurisprudence reconnaît au mineur une capacité exceptionnelle d'agir dans une telle situation<sup>(136)</sup>.

**798. Recours contributoire des parents.** Le parent qui ne peut assumer l'entretien de l'enfant parce que l'autre n'y satisfait pas proportionnellement à ses facultés, ou qui a dû affronter des dépenses plus que proportionnelles à sa part dans les facultés cumulées, exerce en nom propre un recours contributoire (art. 203bis, § 2)<sup>(137)</sup>. S'agissant d'une créance personnelle entre parents, le défendeur condamné à une (révision de sa) contribution alimentaire ne se libère pas s'il paye entre les mains de l'enfant<sup>(138)</sup>, sauf décision contraire du tribunal ou accord en ce sens du parent créancier de contribution<sup>(139)</sup>. Par contre, les versements effectués, le cas échéant, sur le « compte-enfant » sont libératoires (art. 203bis, § 4 ; *infra*, n° 799).

Le recours contributoire d'un parent envers l'autre ne peut porter préjudice à l'action personnelle de l'enfant majeur ; c'est lui qui agit en priorité contre le parent en défaut de contribution, et non l'autre parent qui se plaindrait d'une contribution personnelle excessive.

**799. Modalités : indexation ou adaptation de plein droit, délégation de sommes (renvoi), compte-enfant, saisies, avances et sanctions pénales.** Les contributions alimentaires sont *indexées* de plein droit annuellement sur la base de l'indice des prix à la consommation<sup>(140)</sup>, sauf décision ou convention contraire d'adaptation (art. 203quater)<sup>(141)</sup>.

Le tribunal peut également, dans l'intérêt de l'enfant, à la demande d'une des parties, parents ou enfant majeur, décider d'une *augmentation* « de plein droit » dans des circonstances à déterminer par lui (art. 203quater, § 2). La loi permet ainsi d'ordonner des adaptations pour une période à venir et déterminée, par exemple un nouveau cycle

(136) Civ. Gand, 16 mai 2002, *J.D.J.*, 2003, n° 228, p. 35, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 235, *R.W.*, 2002-2003, p. 110 ; J.P. Wavre, 23 novembre 1989, *Rev. trim. dr. fam.*, 1990, p. 51 ; *contra* : J.P. Westerlo, 9 mars 2004, *J.J.P.*, 2004, p. 220. D'autres reconnaissent au mineur la capacité d'agir en référé en assimilant cette action à un acte conservatoire : Liège (réf.), 8 juillet 1986, *J.T.*, 1987, p. 147, note E. VIEUJEAN, *J.L.*, 1986, p. 461. Pour une critique : P. SENAËVE, « Art. 203 B.W. », *o.c.*, n° 71.

(137) Cass., 14 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1111, *J.T.*, 1988, p. 145, *Rev. not. belge*, 1987, p. 357, note ; Mons, 29 avril 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 646.

(138) Cass., 9 décembre 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 1036, *J.L.M.B.*, 1994, p. 404 ; Bruxelles, 7 octobre 2003, *NjW*, 2003, p. 1302, note RdC, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 786 (somm.) ; Liège, 28 mars 2001, *J.T.*, 2001, p. 577 (somm.) ; Mons, 21 juin 1988, *Pas.*, 1988, II, p. 239, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1501, obs. J. SACE ; Bruxelles, 28 octobre 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 985, note G. de L. ; A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, *o.c.*, p. 62.

(139) P. SENAËVE, « Art. 203 B.W. », *o.c.*, n° 60.

(140) C.A., 7 juillet 2004, n° 122/2004, *Arr. C.A.*, 2004, p. 1387 ; question préjudicielle posée par : J.P. Huy, 21 janvier 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1780.

(141) Ex. (indice santé) : Mons, 28 mai 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1560. Voy. S. BROUWERS, « Alimentatie », *o.c.*, p. 215 ; J. ROODHOFT, « Is de gezondheidsindex toepasselijk inzake onderhoudsuitkeringen ? », *o.c.*, p. 10.

scolaire<sup>(142)</sup>. En toute hypothèse, les décisions alimentaires sont révisables en cas de modification de leurs paramètres.

Toutes les obligations légales d'entretien des enfants peuvent être assorties d'une *délégation de sommes* lorsqu'il y a des craintes que le débiteur ne s'exécute pas volontairement, et doivent en principe l'être en cas de défaut de paiement de deux termes au cours de l'année précédant la requête<sup>(143)</sup> (art. 203ter ; *infra*, n° 817).

Toutes ces obligations sont passibles d'*exécution forcée* en cas de non-paiement (*infra*, n° 821-1 et 821-2). Les décisions judiciaires qui statuent sur les parts contributives sont exécutoires par provision de plein droit, sauf décision contraire, à la demande d'une des parties (art. 1322/1 C. jud.).

La loi du 19 mars 2010 a consacré une pratique, parfois conseillée, d'ouvrir un « *compte-enfant* » destiné à recueillir les contributions alimentaires (art. 203bis, § 4, al. 1<sup>er</sup>)<sup>(144)</sup>. Le tribunal *peut* le prescrire sur demande<sup>(145)</sup>, et dans une institution bancaire agréée. Il devra alors déterminer plusieurs paramètres, énumérés par la loi<sup>(146)</sup>, pour que soient libératoires les versements du débiteur de part contributive (art. 203bis, § 4, al. 2 et 3). Les parents ne peuvent utiliser l'argent figurant sur ce compte que pour payer des dépenses pour l'enfant, mais aucune sanction n'est prévue en cas de détournements.

L'enfant peut demander une avance sur contribution alimentaire, anciennement au C.P.A.S. (art. 68bis-68quater anc., L. du 8 juillet

(142) En ce sens : P. SENAËVE, « De wet van 19 maart 2010 aangaande de objectivering van de onderhoudsbijdragen voor kinderen en andere wijzigingen in het alimentatierecht », *o.c.*, n°s 84-87. L'auteur signale la difficulté en cas de modification de situations entre le prononcé du jugement et la période visée.

(143) Selon la Cour de cassation, la règle selon laquelle le délai d'appel court à dater de la notification du jugement ne s'applique que lorsque la demande de délégation de sommes est introduite de manière *autonome* ou lorsqu'elle se greffe sur une demande alimentaire visée par l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1253quater du Code judiciaire, ce qui n'est pas le cas de l'article 203 du Code civil : Cass., 2 novembre 2012, *Pas.*, 2012, p. 2105, *T.G.R.*, 2013, p. 191, *R.D.J.P.*, 2013, p. 17, *R.W.*, 2013-2014, p. 174, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 815 (somm.).

(144) Le compte doit être ouvert au nom des deux parents : P. SENAËVE, « De wet van 19 maart 2010 aangaande de objectivering van de onderhoudsbijdragen voor kinderen en andere wijzigingen in het alimentatierecht », *o.c.*, n° 71. Comp. art. 379, al. 2-3 ; *supra*, n° 299.

(145) Ce système n'a de sens que si les parents sont capables de communiquer et de collaborer dans le cadre de l'utilisation de ce compte : Bruxelles, 25 novembre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 410 ; Anvers, 6 janvier 2012, *R.A.B.G.*, 2012, p. 777, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 831 (somm.) ; Anvers, 7 décembre 2011, *R.A.B.G.*, 2012, p. 294, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 875 (somm.). Voy. S. LOUIS, « Calcul des parts contributives des père et mère au profit de leurs enfants – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence », *o.c.*, pp. 204-205, n°s 36-37.

(146) Contributions respectives, avantages sociaux revenant à l'enfant, dates de versement de ceux-ci, manière dont on peut disposer des sommes sur le compte, frais payés au moyen de celui-ci, organisation et contrôle des dépenses, manière d'apurer les découverts et affectation des surplus.

1976)<sup>(147)</sup> et actuellement au Service des créances alimentaires au sein du S.P.F. Finances (SECAL)<sup>(148)</sup> (art. 3-4 L. du 21 février 2003, réd. L. 12 mai 2014 ; *supra*, n° 507). Le champ d'application des avances sur pension est limité aux aliments dus aux enfants par leurs père et mère ou par leur père biologique (art. 336)<sup>(149)</sup>. Le SECAL procède au recouvrement de l'intégralité des termes de la pension alimentaire qui ont fait l'objet d'avances, non en vertu d'un droit propre (*infra*, n° 810), mais d'une *subrogation* à concurrence de l'avance accordée, et d'un *mandat* pour le surplus<sup>(150)</sup>. Tout jugement statuant sur des parts contributives mentionne les coordonnées du SECAL et rappelle ses missions (art. 1321, § 3, C. jud.). La loi du 12 mai 2014 a créé un fichier central des jugements, arrêts et actes allouant une pension alimentaire (art. 1394/1 à 1394/19 C. jud.).

Le tribunal de la famille et de la jeunesse peut mettre en place une tutelle aux prestations familiales, c'est-à-dire désigner une personne chargée de percevoir les allocations familiales et de les affecter aux besoins exclusifs des enfants lorsque les parents ne les utilisent pas à bon escient

(147) Voy. : I. ANNÉ, « De voorschotten op onderhoudsgelden verstrekt door het O.C.M.W. (wet van 8 mei 1989) en de voorstellen tot oprichting van een alimentatiefonds », *o.c.*, pp. 337-383 ; J. FIERENS, « Aide sociale et famille », in *Les ressources de la famille* (E. VIEUJEAN éd.), Anvers, Kluwer, 1992, pp. 305-308, n°s 122-141 ; J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, *o.c.*, pp. 99-101, n°s 145-154 ; P. SENAËVE et D. SIMOENS, « De wet van 8 mei 1989 inzake het verlenen van voorschotten op en het invorderen van onderhoudsgelden door het O.C.M.W. », *R. W.*, 1989-1990, p. 1239 ; M.-T. CAUPAIN et E. LEROY, « Le recouvrement des créances alimentaires : état des lieux et perspectives », *o.c.*, p. 214 ; C. PARIS, « À nouveau des questions sur les droits du C.P.A.S. à l'égard des débiteurs alimentaires », *o.c.*, p. 550. L'octroi de ces *avances sur pensions* n'est pas conditionné à la volonté de (re)mise au travail dans le chef de l'enfant (W. PINTENS et Y.-H. LELEU, « Opleidingskosten en familiaal vermogensrecht », *o.c.*, p. 151, n° 20 ; L. VAN SLYCKEN, « De rechtspositie van de meerderjarige leerling in het secundair onderwijs », *T.O.R.B.*, 1991-1992, p. 30, note 28). Le droit à l'intégration sociale ne bénéficie qu'aux majeurs (art. 3 L. du 26 mai 2002) n'ayant pas de ressources suffisantes et n'étant en mesure de se les procurer par aucun moyen. Sont assimilés à une personne majeure, les mineurs qui sont soit émancipés par mariage, soit ont un ou plusieurs enfants à charge, soit sont enceintes (art. 7). L'octroi du revenu d'intégration sociale (ancien « minimex ») à un enfant ne s'envisagera donc que s'il n'a plus droit à l'exécution par ses parents de leur obligation d'entretien et de formation, et s'il ne peut percevoir d'aliments d'aucun débiteur alimentaire. À titre d'exemple, le C.P.A.S. serait fondé à refuser l'intégration sociale à un enfant qui rejette abusivement l'offre de ses parents de remplir leur obligation d'entretien et de formation en nature et à la résidence familiale (C. trav. Liège, 13 janvier 2000, *J.D.J.*, 2000, n° 198, p. 37 ; comp. : Civ. Gand, 3 mai 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 649 (somm.), *NjW*, 2002, p. 539).

(148) <http://www.secal.belgium.be/index.php?page&langue=fr>

(149) L'article 68bis viole les articles 10 et 11 Const. en ce que le droit subjectif qu'il crée en faveur de l'enfant créancier d'aliments ne s'étend pas à la pension alimentaire que doit payer, en vertu d'un jugement exécutoire du juge de la paix, la personne qui a entretenu une relation homosexuelle durant laquelle sa partenaire met au monde deux enfants à la suite d'une insémination à laquelle elle avait consenti (C.A., 13 mars 2002, n° 48/2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 791, *J.T.*, 2002, p. 538, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 575).

(150) Il en résulte que les *exceptions* que le débiteur peut opposer à son créancier le sont également au SECAL (J. FIERENS, *l.c.*). Voy. pour plus de détails : P. WEBER, « Service des créances alimentaires : du neuf en ce qui concerne les avances et le recouvrement des créances alimentaires », *Act. dr. fam.*, 2015, p. 3 ; K. DE VOS, « Commentaar bij de wet van 12 mei 2014 tot wijziging van de DAVO-wet met het oog op een effectieve invordering van onderhoudsschulden », *o.c.*, p. 202.

(art. 29 L. du 8 avril 1965)<sup>(151)</sup>. La déchéance de l'autorité parentale est l'ultime sanction protectionnelle (*supra*, n° 754).

Des sanctions pénales sont concevables : *abandon de famille* (art. 391bis C. pén.)<sup>(152)</sup> ou *abandon d'enfant* (art. 424 C. pén.)<sup>(153)</sup>.

## SECTION 3

### Obligations alimentaires liées à la parenté ou l'alliance

**800. Présentation.** Les obligations alimentaires liées à la parenté ou l'alliance expriment, mieux encore que l'obligation parentale d'entretien, le souci d'améliorer les situations de dépendance économique, tout d'abord au sein de la famille pour ne faire appel qu'ensuite à la collectivité. Tel est du moins le vœu du législateur qui adapte graduellement cette matière aux avatars de la solidarité familiale, qui s'amenuise et se transforme. Si le cercle des créanciers et débiteurs demeure proche de celui emprunté à la coutume par le Code civil de 1804, leurs rapports juridiques sont affectés par les nouvelles institutions de solidarité collective palliant temporairement ou définitivement les carences familiales, et des parents de cœur ou de corps demeurent exclus du cercle légal.

#### § I. Débiteurs et créanciers

**801. Division.** On peut classer (sans les opposer) trois catégories d'obligations alimentaires en fonction du cercle familial auquel appartiennent créancier et débiteur : les obligations liées au *mariage* ont pour trait commun d'être élargies au partage des niveaux de vie (art. 213, 221 et 301) ; celles liées à la *parenté* en ligne directe sont ramenées à la limite de l'état

(151) Voy. : F. TULKENS et Th. MOREAU, *Droit de la jeunesse. Aide, assistance, protection*, o.c., pp. 600-604.

(152) Cass., 3 mai 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 437 ; Gand, 10 novembre 1997, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 286 ; Gand, 28 septembre 1995, *A.J.T.*, 1995-1996, p. 395 ; Gand, 14 septembre 1994, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 291 (somm.), *T.G.R.*, 1995, p. 146 ; Corr. Verviers, 5 juin 1992, *Div. Act.*, 1995, p. 45 ; Civ. Turnhout, 14 septembre 1994, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 291 (somm.), *Turn. Rechtsl.*, 1994-1995, p. 32 ; V. BASTIAEN et A. MASSET, « Divorce et droit pénal », in *Divorce. Commentaire pratique* (G. BOLIAU éd.), Anvers, Kluwer, feuillets mobiles ; M.-A. BEERNAERT, « Droit pénal de la famille. Chronique de jurisprudence 1992-1997 », *Div. Act.*, 1998, p. 98 ; A. MASSET, « L'abandon de famille », *Div. Act.*, 1995, p. 34 ; A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, o.c., pp. 115-120 ; E. LUSTMANN, in *Précis de droit de la famille* (A.-Ch. VAN GYSEL dir.), 1<sup>ère</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 592. En France : D. REBUT, « Abandon de famille (synthèse annuelle du contentieux) », *Dr. fam.*, 2000, chron., n° 3.

(153) Bruxelles, 22 janvier 2002, *R.R.D.*, 2002, p. 116 ; Gand, 7 mars 1995, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 284, obs. L. STEVENS ; Corr. Bruxelles, 27 avril 1998, *Div. Act.*, 1998, p. 103 ; E. LUSTMANN, in *Précis de droit de la famille* (A.-Ch. VAN GYSEL dir.), 1<sup>ère</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 598-601.

de besoin hors du cadre de l'obligation parentale d'entretien (art. 205) ; celles qui reposent sur l'*alliance* – beaux-parents/beaux-enfants au sens juridique – sont plus précaires que les premières (art. 206). La plupart d'entre elles connaissent un prolongement après le décès du débiteur.

### I. Personnes tenues en vertu du mariage

**802. Conjoints et ex-conjoints vivants.** Les époux sont tenus au devoir de secours (art. 213) et à l'obligation de contribuer aux charges du mariage (art. 221), deux obligations alimentaires élargies et réciproques, qui s'exécutent en nature quand le couple est uni, et sous forme financière en cas de crise conjugale (*supra*, n° 350). Après un divorce pour cause de désunion irrémédiable, une pension alimentaire n'est accordée en vertu de la loi qu'au conjoint « dans le besoin » (art. 301, § 2 ; *supra*, n° 487) ; nonobstant ces termes, cette obligation alimentaire est de type élargi, mais subit une limitation abstraite, au tiers des revenus du débiteur (*supra*, n° 497). Après un divorce par consentement mutuel, la pension alimentaire, facultative, est déterminée par les conventions préalables, dont le régime est laissé à l'autonomie des parties (*supra*, n° 560) mais qui, sauf convention contraire, peut être révisée judiciairement suivant des principes de droit commun des obligations alimentaires (art. 301, § 7 ; *supra*, n° 561-1).

**803. Conjoints et ex-conjoints décédés : pension successorale.** La succession de l'époux prémourant, même séparé de corps, doit des aliments au survivant dans le besoin au moment du décès (art. 205*bis*, § 1<sup>er</sup>). Cette obligation alimentaire, dérogeant au principe d'intransmissibilité successorale<sup>(154)</sup>, fut introduite en 1896 comme palliatif de l'absence de réserve successorale au profit du conjoint survivant. Elle a néanmoins survécu à la loi du 14 mai 1981 et intervient en cas d'exhérédation ou en complément de la réserve si le conjoint demeure dans le besoin<sup>(155)</sup>. Elle n'a pas d'équivalent dans le cadre de la cohabitation légale. L'article 205*bis* du Code civil contient en outre le *régime* applicable à la plupart des autres obligations alimentaires à charge de succession<sup>(156)</sup>.

Cette obligation alimentaire n'existe que si le mariage a été dissous par le décès d'un des époux, même au cours d'une procédure en

(154) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 474, n° 453. Les pensions alimentaires conventionnelles sont transmissibles, sauf stipulation contraire.

(155) Voy. : R. BOURSEAU, *Les droits successoraux du conjoint survivant*, Bruxelles, Larcier, 1982, p. 268 ; C. DE BUSSCHERE, *De feitelijke scheiding der echtgenoten en de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding*, o.c., p. 314, n° 502 ; P. SENAËVE, « De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap », o.c., p. 229, n° 487.

(156) Pour une analyse approfondie : S. BROUWERS, « Alimentatie », o.c., pp. 668 et s., n°s 1085 et s.

divorce<sup>(157)</sup> et à plus forte raison au cours d'une séparation de fait<sup>(158)</sup>. Après un divorce, c'est l'obligation alimentaire à charge de la succession de l'ex-conjoint prémourant qui prend le relais, à condition qu'il n'y ait pas d'enfants issus du mariage (art. 301, § 10 *jo.* art. 205*bis*, § 1<sup>er</sup> et §§ 3-6).

Le *quantum* de l'obligation divise doctrine et jurisprudence. Bien que la loi vise l'état de besoin, il convient de la ranger parmi celles plus larges visant à maintenir un niveau de vie<sup>(159)</sup>, sachant que cette « charge de la succession » cesse avec l'épuisement de son actif net.

L'obligation est supportée par les héritiers et, au besoin, par les légataires particuliers, « proportionnellement à leur émolument » (art. 205*bis*, § 3). La mesure de l'obligation est la succession, et les héritiers ne sont tenus qu'*intra vires*. Parce que l'universalité de biens qui supporte la charge est vouée à disparaître dès le partage, le paiement de la pension peut être garanti par la constitution d'un capital ou de sûretés (art. 205*bis*, § 4)<sup>(160)</sup>.

La pension alimentaire doit être réclamée dans un délai d'un an à partir du décès (art. 205*bis*, § 5). Elle ne peut pas être assortie d'une déléation de sommes, n'est pas indexée et est moins variable que d'autres : elle peut être réduite ou supprimée si l'état de besoin du créancier diminue ou cesse ; elle ne peut en revanche être augmentée après la liquidation de la succession<sup>(161)</sup>. Elle n'est pas due au conjoint indigne de succéder (art. 205*bis*, § 6).

(157) Une *séparation de corps* laisse subsister l'obligation à charge de la succession du conjoint décédé.

(158) Gand, 8 juin 1995, *T.G.R.*, 1995, p. 257.

(159) Cass., 18 octobre 1963, *R.W.*, 1963-1964, col. 1862 ; Cass., 12 juillet 1957, *Pas.*, 1957, I, p. 1365, *R.W.*, 1957-1958, col. 1750 ; R. BOURSEAU, *Les droits successoraux du conjoint survivant*, o.c., p. 267 ; W. DELVA, « De ontbinding van het huwelijk door de dood », *T.P.R.*, 1975, p. 156, n° 30 ; L. SWENNEN, « De vordering tot levensonderhoud van de langstlevende echtgenoot ten laste van de nalatenschap », o.c., p. 921 ; A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, o.c., pp. 84-85. *Contra* : J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, o.c., p. 307, n° 469. Sur la controverse : P. SENAËVE, « De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap », o.c., pp. 238-239, n°s 514-515.

(160) Voy. : A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, o.c., p. 85.

(161) P. SENAËVE, « De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap », o.c., pp. 244-245, n° 528 ; *contra* : A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, o.c., p. 85. Il en va différemment de la pension à charge de la succession du père de fait, fondée sur l'article 339*bis*, qui précise (al. 2) que la pension peut être modifiée conformément à l'article 209. Plus précisément, l'article 339*bis* prolonge la pension établie contre le père de fait sans nouvelle fixation de montant, contrairement aux autres obligations alimentaires à charge de succession (voy. : K. TOBBACK, « De onderhoudsvordering tegen de verwekker », in *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht* (P. SENAËVE éd.), Louvain, Acco, 1993, pp. 206-207, n°s 410-412).

## 2. Personnes tenues en vertu de la parenté et de l'alliance

**804. Parents et enfants sans limitation de degré.** L'obligation alimentaire des père et mère envers leurs enfants existe à deux titres différents, celui du devoir d'entretien des enfants mineurs ou majeurs en formation (art. 203 ; *supra*, n° 786) et celui du devoir alimentaire de droit commun, par réciprocité (art. 207) de l'obligation des enfants envers leurs parents (art. 205). Cette obligation existe quel que soit le mode d'établissement de la filiation<sup>(162)</sup> et à tous les degrés, mais trouve le plus souvent à s'appliquer entre grands-parents et petits-enfants<sup>(163)</sup>. Elle est limitée au nécessaire pour sortir le créancier de l'état de besoin, le niveau de vie du débiteur ne servant de référence que pour le partage des contributions respectives de plusieurs débiteurs de même rang (*infra*, n° 827)<sup>(164)</sup>.

Il n'existe pas en droit belge d'obligation alimentaire en ligne collatérale, c'est-à-dire entre frères et sœurs, oncle et neveu ou collatéraux plus éloignés<sup>(165)</sup>, mais rien n'exclut qu'un paiement volontaire soit considéré comme une novation d'obligation naturelle (*infra*, n° 809).

**805. Ascendants déshérités : pension successorale.** Les ascendants de l'époux ou du cohabitant légal prémourant qui ne laisse pas de postérité<sup>(166)</sup> sont créanciers d'aliments à charge de sa succession<sup>(167)</sup> mais à concurrence des droits successoraux dont ils sont privés par des libéralités<sup>(168)</sup> que leur enfant aurait consenties à son conjoint/cohabitant légal survivant (art. 205*bis*, § 2, et 1477, § 6). Cette obligation alimentaire trouve son fondement dans la suppression par la loi du 14 mai 1981 de la réserve successorale des ascendants vis-à-vis du conjoint survivant (art. 915, al. 2)<sup>(169)</sup>. Les ascendants ne peuvent donc pas cumuler des

(162) Sur les obligations alimentaires dans la famille par adoption : *supra*, n°s 710-711. Si la filiation paternelle incestueuse est établie par un mariage annulé ensuite, l'obligation alimentaire subsiste : J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, o.c., p. 11, n° 9 ; J. ROODHOOF, « Art. 205 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n° 1.

(163) Civ. Brasschaat, 3 septembre 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 631, *J.D.J.*, 2003, n° 221, p. 43, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1063 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 650 (somm.) ; Civ. Mons, 10 avril 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1513 (somm.) ; Civ. Bruxelles, 8 octobre 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 334 ; Civ. Bruxelles (réf.), 19 juin 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 326, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1512 (somm.) ; J.P. Pâturages, 27 novembre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1586.

(164) A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, o.c., p. 76.

(165) S. DEMARS, « Les relations entre les frères et sœurs au sein de la famille en droit civil », o.c., pp. 79-81.

(166) Parce que si le conjoint prémourant laisse des enfants, ceux-ci sont tenus en vertu de l'article 205 de fournir des aliments à leurs grands-parents.

(167) R. BOURSEAU, *Les droits successoraux du conjoint survivant*, o.c., pp. 268-272.

(168) Donations entre vifs, institutions contractuelles, legs et avantages matrimoniaux dans la mesure où ceux-ci constituent des libéralités (art. 1458, al. 2, et 1464, al. 2 ; R. BOURSEAU, *Les droits successoraux du conjoint survivant*, o.c., p. 270).

(169) Voy. : P. DELNOY, *Les libéralités et les successions*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 233, n° 175.

droits successoraux avec cette prétention alimentaire. Ils doivent être dans le besoin, au sens strict<sup>(170)</sup>, au jour du décès.

Pour le surplus, le régime de la pension successorale est identique à celui de la créance alimentaire du conjoint survivant (art. 205bis, §§ 3 à 6 ; *supra*, n° 803).

**806. Alliés et beaux-enfants sociologiques.** L'obligation alimentaire entre alliés n'existe qu'en ligne directe et au premier degré, tout d'abord et à titre réciproque à charge des gendres et belles-filles envers leurs beaux-parents (art. 206 et 207 – belle famille au sens juridique)<sup>(171)</sup>, ensuite et sans réciprocité à charge de l'époux ou du cohabitant légal survivant envers les enfants de l'époux ou du cohabitant légal prémourant dont il n'est pas lui-même le père ou la mère (art. 203, § 3, et 1477, § 5 ; *supra*, n° 793 – belle famille au sens sociologique).

L'obligation entre alliés prend fin dans trois hypothèses : la belle-mère ou le beau-père se remarie (art. 206, 1°) ; l'époux qui créait le lien d'alliance et tous les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés (art. 206, 2°) ; les époux divorcent, qu'ils aient ou non retenu des enfants de leur mariage<sup>(172)</sup>.

L'obligation en faveur des enfants de l'époux prémourant n'est pas à charge d'une succession. Elle incombe au conjoint survivant personnellement, mais à concurrence de ce qu'il a recueilli dans la succession de son conjoint et des avantages que celui-ci aurait consentis par contrat de mariage, donation ou testament. Il n'est donc pas exonéré s'il renonce à la succession<sup>(173)</sup>.

### 3. Personnes tenues au sein de la « pseudo-famille »

**807. Paternité biologique. Tutelle officieuse.** Certaines personnes sont débitrices d'aliments alors qu'aucun lien de parenté n'existe avec le

(170) P. SENAËVE, « De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap », o.c., p. 240, n° 516 ; *contra*, semble-t-il : A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, o.c., pp. 84-85.

(171) Anvers, 26 juin 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 978, note K. VANWINCKELEN ; Civ. Bruxelles (réf.), 19 juin 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 326, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1512 (somm.). Voy. : N. GALLUS, « Les aliments », o.c., p. 291, n° 341 ; J. ROODHOFT, « Art. 206 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, feuil. mob.. Sur la qualification commune de la dette d'aliments d'un époux envers ses beaux-parents : Cass., 10 septembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 37, *J.T.*, 1988, p. 143, *R.C.J.B.*, 1990, p. 251, note S.J. NUDELHOLE, *R.G.D.C.*, 1989, p. 129, note J. GERLO, *Rev. not. belge*, 1987, p. 680.

(172) Cass., 26 octobre 1905, *Pas.*, 1906, I, p. 33 ; N. GALLUS, « Les aliments », o.c., p. 292, n° 343 ; A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, o.c., p. 81 ; J. ROODHOFT, « Art. 206 B.W. », n° 7.

(173) L. RAUCENT, *Les droits successoraux du conjoint survivant : premier commentaire de la loi du 14 mai 1981*, Bruxelles, Swinnen, 1981, p. 166, n° 174.

créancier, mais dont elles sont proches à des titres divers, voisins des rapports parentaux.

Ainsi le *père biologique* d'un enfant peut-il être condamné à verser une pension alimentaire pour son entretien, son éducation et sa formation (art. 336 ; *supra*, n° 677-3).

La *tutelle officieuse* investit, sur une base contractuelle, un tuteur officieux de la plupart des devoirs et des prérogatives parentaux (art. 475*bis* ; *supra*, n° 748)<sup>(174)</sup>. Il reprend à sa charge l'obligation parentale d'entretien (art. 203) et l'assume au besoin après la majorité de l'enfant, mais à titre personnel et sur décision du tribunal de la famille (art. 475*quinquies*, al. 1<sup>er</sup>)<sup>(175)</sup>.

#### 4. Personnes tenues d'une obligation naturelle

**808. Notion. Régime.** L'obligation naturelle est une « obligation de conscience », un « devoir moral » non susceptible d'exécution forcée, paralysant la répétition des paiements effectués spontanément (art. 1235, al. 2)<sup>(176)</sup>. Pour qu'une telle obligation soit reconnue dans le domaine alimentaire, il faut, d'une part, que celui qui a couvert spontanément les besoins d'un proche sans y être tenu s'y soit senti *moralement* obligé et, d'autre part, qu'un tel devoir jouisse d'une reconnaissance *sociale* à ce moment<sup>(177)</sup>.

La novation de l'obligation naturelle en obligation civile (payée) consiste soit en une exécution volontaire, soit en une promesse de continuer à s'exécuter formulée en termes clairs et en connaissance de l'absence d'obligation légale<sup>(178)</sup>. Seule cette dernière forme de novation, qui

(174) Civ. Bruxelles (jeun.), 25 octobre 1995, *J.D.J.*, 1996, p. 37 ; Gand, 10 décembre 1975, *R.W.*, 1977-1978, col. 1259, note J. PAUWELS. Voy. : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., pp. 1092-1095, n°s 1182-1186 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 8<sup>e</sup> éd., o.c., n°s 1306-1346.

(175) En cas de décès du tuteur officieux, sa succession sera tenue de fournir à l'enfant se trouvant dans le besoin des moyens de subsistance, déterminés soit à l'amiable par le représentant légal du mineur et les ayants droit à la succession du tuteur officieux, soit par le tribunal de la famille (art. 475*quinquies*, al. 2).

(176) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, *Les obligations* (2<sup>e</sup> partie), 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1950, p. 70.

(177) Pour plus de détails : N. GALLUS, « Les aliments », o.c., pp. 301 et s. ; J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, o.c., p. 331, n° 408 ; G. GENICOT, « L'obligation naturelle du père biologique de fournir des aliments à son enfant », note sous Liège, 15 juin 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 303 ; J. SOSSON, « L'obligation alimentaire naturelle », o.c., pp. 129-130 ; J. SOSSON, « Du devoir moral à l'obligation civile de fournir des aliments : utilité actuelle et limites de la théorie des obligations naturelles », o.c., pp. 513-513 ; A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, o.c., p. 93.

(178) J.P. Charleroi, 26 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 655, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 132, *R.G.D.C.*, 2002, p. 475, *R.R.D.*, 2002, p. 60 ; J. SOSSON, « L'obligation alimentaire naturelle », o.c., p. 132, n° 12 ; rappr. : G. GENICOT, « L'obligation naturelle du père biologique de fournir des aliments à son enfant », note sous Liège, 15 juin 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 311, n° 14.

n'est finalement rien d'autre qu'un engagement unilatéral de volonté<sup>(179)</sup>, permet de contraindre le débiteur à s'exécuter pour l'avenir, dans les modalités (prouvées<sup>(180)</sup>) de la promesse<sup>(181)</sup>. Telle est la limite inhérente à l'institution : la novation par exécution volontaire n'emporte pas promesse d'exécution pour l'avenir<sup>(182)</sup>, et n'emprunte pas automatiquement le régime des obligations alimentaires (adéquation aux besoins, variabilité, indexation, délégation de sommes, prescription, *etc.*).

**809. Applications.** Malgré ces restrictions, doctrine et jurisprudence se sont emparées de la notion d'obligation naturelle pour stabiliser des flux économiques intervenus entre personnes non légalement tenues, voire, de manière beaucoup plus audacieuse, contraindre des versements futurs<sup>(183)</sup>. Tel est le cas notamment entre frère et sœur<sup>(184)</sup>, entre tante et neveu<sup>(185)</sup>, entre cohabitants ou ex-cohabitants de fait (*supra*, n° 379). Les versements fournis hors du cadre strict des obligations légales ou en plus des subsides imposés par la loi risquent également de ne pas être répétables (ex. : père biologique<sup>(186)</sup>, conjoint ou partenaire du père ou de la mère d'un enfant d'une autre union<sup>(187)</sup>, prestations de soins au profit d'un parent malade<sup>(188)</sup>, entretien par une communauté religieuse de ses anciens membres<sup>(189)</sup>, frais funéraires<sup>(190)</sup>). Les parents ne sont pas tenus de procurer un « établissement » (art. 211), mais une dépense dans ce but pourrait constituer la novation d'une obligation naturelle<sup>(191)</sup>.

(179) Sur ce rapprochement : J. Sossion, « L'obligation alimentaire naturelle », *o.c.*, p. 132, n° 12 et réf. cit.

(180) Sur la preuve : J. Sossion, « L'obligation alimentaire naturelle », *o.c.*, pp. 132-136, n°s 13-15 ; A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, *o.c.*, pp. 95-96.

(181) J.P. Mons, 5 janvier 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 289 (motifs) (promesse du père biologique liée à l'autorisation de reconnaissance par la mère, qui la refuse).

(182) En ce sens et pour plus de détails : C. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil ?*, *o.c.*, p. 85, n° 44 et la note 268 ; S. DELVAL, « Le couple non marié », *Chron. dr. not.*, 2001, vol. XXXIV, p. 96, n° 92. *Contra*, à tort : J.P. Mons, 21 novembre 2007, *Act. jur. fam.*, 2009, p. 99.

(183) J.P. Mons, 21 novembre 2007, *Act. jur. fam.*, 2009, p. 99.

(184) N. GALLUS, « Les aliments », *o.c.*, p. 310, n° 394 ; S. DEMARS, « Les relations entre les frères et sœurs au sein de la famille en droit civil », *o.c.*, p. 79.

(185) J.P. Anderlecht, 16 mai 1991, *Rev. trim. dr. fam.*, 1992, p. 424.

(186) Liège, 15 juin 1998, *J.T.*, 1999, p. 29, *R.G.D.C.*, 1999, p. 303, note G. GENICOT, *R.R.D.*, 1999, p. 437 ; J.P. Mons, 5 janvier 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 289 (motifs).

(187) J. Sossion, « L'obligation alimentaire naturelle », *o.c.*, pp. 150-153, n°s 32-34.

(188) Bruxelles, 3 juin 1996, *A.J.T.*, 1996-1997, p. 328, note B. WYLLEMAN ; Civ. Hasselt, 21 avril 1993, *T. Not.*, 1999, p. 87, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 501. Rappr. : Civ. Namur (sais.), 2 janvier 1984, *R.R.D.*, 1984, p. 195 (versements supérieurs à l'obligation légale).

(189) Gand, 7 mai 1997, *A.J.T.*, 1997-1998, p. 126.

(190) *Supra*, n° 785.

(191) Anvers, 7 avril 1987, *R. W.*, 1987-1988, p. 199, note D. DELI.

## 5. Obligations de la collectivité

**810. Subsidiarité. Renvoi aux débiteurs d'aliments.** Le rôle des centres publics d'action sociale en matière alimentaire et du SECAL diffère sensiblement de celui des débiteurs légaux d'aliments<sup>(192)</sup>. La loi organique du 8 juillet 1976 sur les C.P.A.S., la loi du 26 mai 2002 concernant le droit à l'intégration sociale et la loi du 21 février 2003 créant le SECAL (modifiée par la loi du 12 mai 2014) véhiculent l'idée que la solidarité collective demeure subsidiaire par rapport à la solidarité familiale même si, dans les faits, elle la supplante parfois faute de débiteurs familiaux solvables ou non précarisés.

En principe, il est tenu compte de l'existence de débiteurs alimentaires légaux aux différents stades d'octroi des allocations (demande d'intervention, calcul des ressources du demandeur, recouvrement). Ce type d'intervention des C.P.A.S. doit être distingué de l'obligation d'octroyer des *avances* sur créances alimentaires, reprise par le SECAL au sein du S.P.F. Finances (*supra*, n<sup>os</sup> 507 et 799).

En vertu de l'article 4 de la loi du 26 mai 2002, il peut être imposé au demandeur du *revenu d'intégration sociale* de faire valoir ses droits à l'égard des personnes qui lui doivent des aliments, plus précisément contre son (ex-)conjoint, ses ascendants et descendants du premier degré, l'adoptant et l'adopté<sup>(193)</sup>. Le C.P.A.S. peut toutefois y renoncer pour des raisons d'équité<sup>(194)</sup>. Dans la pratique, ce renvoi à la solidarité familiale donne lieu à des mascarades judiciaires où le demandeur postule son

(192) Voy. : J.-M. BERGER, « Les centres publics d'aide sociale face aux obligés alimentaires », in *Les ressources de la famille* (E. VIEUJEAN éd.), Anvers, Kluwer, 1992, p. 313 ; J. FIERENS, « Aide sociale et famille », *o.c.*, p. 279 ; V. LÈBE-DESSARD, « Obligation alimentaire et droit social », in « Les aliments », *Rép. not.*, t. I, l. IV, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 386 et s. ; P. SENAËVE et D. SIMOENS, « De wet van 8 mei 1989 inzake het verlenen van voorschotten op en het invorderen van onderhoudsgelden door het O.C.M.W. », *o.c.*, p. 1239 ; P. SENAËVE, « Onderhoudsplicht en recht op een bestaansminimum », *T.P.R.*, 1978, p. 1 ; P. SENAËVE, « Onderhoudsplicht en O.C.M.W. », *T.P.R.*, 1987, p. 185.

(193) Sous l'ancienne législation instaurant le *minimex* : C. trav. Mons, 22 janvier 2002, *R.R.D.*, 2002, p. 129, note M. DUMONT ; C. trav. Liège, 13 janvier 2000, *J.D.J.*, 2000, n° 198, p. 37. En matière d'*aide sociale*, la loi ne prévoit pas expressément cette possibilité, mais un courant jurisprudentiel tend à la reconnaître sur la base dudit principe de subsidiarité : Mons, 6 décembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 665 ; Civ. Bruxelles, 5 décembre 2000, *J.J.P.*, 2001, p. 151 ; C. trav. Liège, 3 mars 1998, *R.R.D.*, 1998, p. 204 (somm.) ; C. trav. Liège, 28 août 1997, *J.D.J.*, 1998, p. 73. L'on recommande aussi que le C.P.A.S. s'assure de la suffisance de leurs ressources pour les recouvrements ultérieurs : C. trav. Mons, 23 février 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1054 (somm.) ; C. trav. Mons, 24 novembre 1998, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1053 (somm.) ; C. trav. Liège, 3 mars 1998, précité ; C. trav. Liège, 28 août 1997, précité ; C. trav. Mons, 17 juillet 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1791 ; J.P. Grâce-Hollogne, 16 avril 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1514 (somm.), note S.T. ; J.P. Grâce-Hollogne, 21 décembre 2001, *J.D.J.*, 2002, n° 218, p. 41. Comp. : Trib. trav. Namur (réf.), 2 novembre 2000, *J.D.J.*, 2001, n° 203, p. 49.

(194) Cass., 17 avril 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 798, *R.W.*, 2000-2001, p. 986, note D. SIMOENS, *J.D.J.*, 2001, n° 204, p. 43 ; Trib. trav. Liège, 28 juin 2000, *J.D.J.*, 2001, n° 201, p. 43 ; Civ. Bruges, 7 avril 2000, *J.D.J.*, 2001, n° 207, p. 60, note.

propre débouté<sup>(195)</sup>. Plus réaliste semble être le droit du C.P.A.S. d'agir directement contre les débiteurs alimentaires et les organismes dispensateurs d'allocations sociales (art. 4, § 3, L. du 26 mai 2002)<sup>(196)</sup>.

Lors de l'évaluation des ressources du créancier d'aliments, il est notamment tenu compte de celles des personnes avec qui il cohabite<sup>(197)</sup> ; il en va de même lors de l'évaluation des ressources du débiteur alimentaire subissant le recouvrement<sup>(198)</sup>.

**811. Recouvrement des subsides.** Le C.P.A.S. poursuit, sur la base d'un *droit propre*, le recouvrement des subsides contre les débiteurs alimentaires du bénéficiaire (art. 98, § 2, L. du 8 juillet 1976 ; art. 26, L. du 26 mai 2002)<sup>(199)</sup>. Il s'agit tantôt d'une obligation, tantôt d'une possibilité, selon la qualité du débiteur légal d'aliments et la nature des subsides à récupérer<sup>(200)</sup>. L'on hésite sur le point de savoir si les débiteurs peuvent soulever les *exceptions* qu'ils auraient été en droit d'opposer au créancier d'aliments<sup>(201)</sup>.

## § 2. Objet et conditions

### I. Situation du créancier

**812. Besoins, charges et ressources.** L'obligation alimentaire n'existe qu'en cas de « besoin », quand le créancier ne peut assurer seul la satisfaction de ses besoins élémentaires (art. 205 et 208)<sup>(202)</sup>. Ce critère légal

(195) J.P. Charleroi, 25 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1449, note. Adde : A.-Ch. VAN GYSEL, in *Précis de droit de la famille*, 1<sup>ère</sup> éd., o.c., p. 487.

(196) Les actions alimentaires liées au droit au revenu d'intégration sociale restent de la compétence du juge de paix et non du tribunal de la famille (art. 572bis, 7<sup>o</sup> jo. art. 591, 14<sup>o</sup> C. jud.).

(197) La loi du 7 août 1974 instaurant l'octroi au minimex précisait (art. 13) qu'un ménage de fait était constitué d'un homme et d'une femme vivant ensemble comme s'ils étaient mariés (sur le caractère discriminatoire de cette disposition : C. trav. Gand, 13 avril 2000, *J.D.J.*, 2001, n<sup>o</sup> 204, p. 43, note, *R.W.*, 2000-2001, p. 1135, note D. SIMOENS ; C. trav. Liège, 24 mars 1999, *J.D.J.*, 1999, n<sup>o</sup> 185, p. 44, note J. JACQMAIN ; Trib. trav. Bruges, 8 mars 1999, *J.D.J.*, 2000, n<sup>o</sup> 191, p. 45, note J. JACQMAIN, *R.W.*, 1999-2000, p. 565).

(198) Civ. Liège, 7 décembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1045, obs. E. von FRENCKELL, *R.G.D.C.*, 1999, p. 586.

(199) Anvers, 31 mars 2003, *NjW*, 2003, p. 931, note IVDS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 787 (somm.) ; Bruxelles, 5 février 1986, *R.G.D.C.*, 1987, p. 45, note J. GERLO ; Civ. Gand, 8 mai 2003, *NjW*, 2003, p. 1409, note RdC, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 787 (somm.) ; Civ. Turnhout, 28 juin 1994, *R.G.D.C.*, 1996, p. 60.

(200) Cass., 17 avril 2000, précité ; Civ. Bruges, 7 avril 2000, *J.D.J.*, 2001, n<sup>o</sup> 207, p. 60, note, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 180 (somm.), *R.W.*, 2000-2001, p. 1529, note D. SIMOENS ; J. FIERENS, « Aide sociale et famille », o.c., pp. 308-310, n<sup>os</sup> 142-151 ; J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, o.c., pp. 74-76, n<sup>os</sup> 92-97.

(201) En ce sens : Cass., 17 décembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 380 ; *contra* : Mons, 24 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1705. Pour plus de détails, voy. : C. PARIS, « À nouveau des questions sur les droits du C.P.A.S. à l'égard des débiteurs alimentaires », o.c., pp. 560-561, n<sup>o</sup> 21.

(202) Sur les conditions de déductibilité fiscale des contributions alimentaires fondées sur l'article 205 : Civ. Liège, 17 février 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 679, note V. NICAISE.

place les obligations alimentaires dites de droit commun à un niveau sensiblement inférieur à celles visant à faire partager un niveau de vie<sup>(203)</sup>. L'état de besoin n'en demeure pas moins relatif, fonction notamment de la situation personnelle et du milieu social du créancier<sup>(204)</sup>, ainsi que de ce qui est jugé indispensable à la vie dans une société recherchant le respect de la dignité humaine<sup>(205)</sup>. Concrètement, l'obligation alimentaire doit couvrir le minimum nécessaire au logement, à l'alimentation, à l'habillement et aux soins médicaux<sup>(206)</sup>. Pour le surplus, la plupart des conditions et procédés de calcul rencontrés en matière de divorce sont transposables aux obligations alimentaires de droit commun.

Les besoins du créancier incluent-ils ceux des personnes à sa charge, plus précisément les besoins de ses propres créanciers alimentaires<sup>(207)</sup> ? Une réponse affirmative<sup>(208)</sup> reporterait sur le débiteur principal les obligations alimentaires du créancier-débiteur. Une solution plus nuancée consiste à admettre ces charges – dûment établies par le créancier – jusqu'au point où elles auraient pour conséquence d'ajouter au débiteur principal un créancier alimentaire non prévu par la loi<sup>(209)</sup>.

L'obligation alimentaire ne prémunit pas contre l'oisiveté. Le créancier doit mettre tout en œuvre pour assurer seul sa subsistance avant d'en appeler à d'autres. En conséquence, à ses revenus effectifs actuels (du travail, du capital...), le tribunal peut ajouter un « revenu virtuel » si le créancier est en mesure d'accroître ses ressources en fonction de son niveau de formation ou d'autres facteurs personnels ou économiques<sup>(210)</sup>. Il n'y a pas lieu d'inclure dans ces revenus virtuels les éventuelles créances alimentaires contre d'autres débiteurs ; les règles de hiérarchie prescrivent que dans une telle configuration, chaque débiteur solvable en rang utile contribue à une partie de la dette totale (*infra*, n° 827). Les allocations

(203) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 484, n° 463.

(204) Civ. Bruxelles, 12 octobre 1999, *J.T.*, 1999, p. 812.

(205) Civ. Mons, 25 février 2000, *R.R.D.*, 2001, p. 18 ; A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, o.c., p. 75.

(206) N. GALLUS, « Les aliments », o.c., p. 111, n° 12 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 2187. *Adde* (implicitement) : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 487, n° 464, note 1.

(207) Cass., 2 janvier 1969, *Pas.*, 1969, I, p. 392, *R.W.*, 1968-1969, col. 1372. Sur la position des « dettes » d'obligation naturelle à caractère alimentaire : J. SOSSON, « L'obligation alimentaire naturelle », o.c., pp. 137-138.

(208) P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 2187.

(209) J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, o.c., p. 20, n° 21 ; J. ROODHOOF, « Art. 208 B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n° 26 ; A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, o.c., p. 77.

(210) À propos de l'obligation de contribution aux charges du mariage : Cass., 19 février 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 734, *Rev. trim. dr. fam.*, 1990, p. 330, *J.T.*, 1987, p. 466 ; Civ. Bruxelles, 26 avril 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 121 ; Bruxelles, 13 janvier 2005, *NjW*, 2005, p. 707, note GV. À propos de l'obligation parentale d'entretien : Bruxelles, 11 mars 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 859. On distinguera cette faculté de l'exception d'imputabilité de l'état de besoin au créancier, examinée ci-après.

sociales minimales ne peuvent être prises en compte dès lors que l'intervention du C.P.A.S. est subsidiaire à celle du débiteur familial ; celui-ci condamné, le C.P.A.S. sera exonéré à due concurrence<sup>(211)</sup>.

L'appréciation de l'état de besoin sera, le cas échéant, influencée par l'existence d'une fortune (importante) en capital, soit que le créancier n'en tire pas (le meilleur) revenu, soit que la réalisation de certains biens, principalement les immeubles, serait opportune et justifiée au regard de la conjoncture économique<sup>(212)</sup>. On prêterait toutefois attention au respect de la dignité humaine et au droit au logement<sup>(213)</sup>.

L'état de besoin s'apprécie au moment où le tribunal statue, tout comme les autres conditions de l'obligation alimentaire<sup>(214)</sup>. Sont intégrées les modifications des ressources intervenues en cours de procédure. Si la situation du créancier est instable, on établit une moyenne de ses ressources sur une période de référence pertinente<sup>(215)</sup>.

**813. Comportement compatible avec le droit aux aliments. Respect de la vie privée et familiale.** Si l'état de besoin du créancier ne doit pas lui être principalement imputable, les circonstances à l'origine de son dénuement ne doivent pas pour autant être « fortuites » au sens strict, certaines d'entre elles pouvant être liées à des choix et décisions qu'il convient de respecter s'ils relèvent de la vie privée et familiale (ex. : remariage, cohabitation<sup>(216)</sup>, procréation).

Le désœuvrement volontaire inexcusable et l'imputabilité personnelle de la situation de nécessité<sup>(217)</sup> sont sanctionnés soit par une

(211) Mons, 7 avril 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1090 ; Bruxelles, 13 janvier 2005, *NjW*, 2005, p. 707, note GV ; Civ. Liège, 6 décembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 347.

(212) Cass., 24 juin 1966, *Pas.*, 1966, I, p. 1366 ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 485, n° 463. Comp. : Civ. Bruxelles, 26 avril 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 121 : si, durant la vie commune, l'épouse créancière semble avoir utilisé une partie de son capital pour des extras, il ne peut être exigé en cas de séparation qu'elle puise encore sur ce capital. Seuls les revenus des capitaux peuvent être pris en considération. De même, il ne peut être exigé de l'époux, débiteur du secours alimentaire, de maintenir un train de vie que l'épouse a fait le choix, durant la vie commune, d'assumer elle-même par des ponctions dans son capital.

(213) Dans le même sens et prenant en considération l'attachement affectif aux biens : J. ROODHOOF, « Art. 208 B.W. », o.c., n° 24.

(214) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 484, n° 462bis.

(215) Rapp. : en matière de divorce, *supra*, n° 495-1.

(216) Pouvant diminuer le montant d'allocations sociales : Cass., 24 avril 2009, *Pas.*, 2009, p. 1028, *T.J.K.*, 2010, p. 318 (somm.), *R.W.*, 2010-2011, p. 61 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 922 (somm.), note, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 288 (somm.).

(217) Certains auteurs distinguent entre les erreurs du passé qui ont plongé le débiteur dans son état de besoin actuel et ses comportements futurs incompatibles avec le maintien de l'obligation alimentaire (H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 486, n° 463).

exception tendant à réduire l'obligation ou exonérer le débiteur<sup>(218)</sup>, soit par la comptabilisation d'un « revenu virtuel », comme on vient de le voir.

Les dettes souscrites par le débiteur ne sauraient évidemment minorer ses ressources pour le calcul de la pension alimentaire, sous peine de détourner celle-ci au profit de ses autres créanciers. Il est fait exception à ce principe pour les dettes contractées en vue de mener une existence digne<sup>(219)</sup> ou en attente de la condamnation alimentaire<sup>(220)</sup>.

Par contre, le comportement personnel du créancier d'aliments envers son débiteur ne saurait être pris en considération ; en droit commun, le débat alimentaire se veut dépassionné, sans exception d'indignité (*supra*, n° 796)<sup>(221)</sup>.

## 2. Situation du débiteur

**814. Ressources et charges.** L'obligation alimentaire manquerait son objectif si elle était absolue au point de plonger dans la misère celui qui doit en sortir un autre. S'il n'est pas exigé que le débiteur d'aliments soit dans l'aisance<sup>(222)</sup>, encore faut-il qu'il supporte la charge des aliments<sup>(223)</sup>. Une créance alimentaire peut ainsi demeurer insatisfaite après appel à tous les débiteurs légaux, d'où la nécessité d'une intervention subsidiaire de la collectivité.

En principe, les ressources du débiteur s'entendent de l'excédent de tous ses revenus sur ses dépenses nécessaires, y compris celles de

(218) Cass., 12 octobre 2001, *Pas.*, 2001, p. 1626, R.W., 2003-2004, p. 418, *J.L.M.B.*, 2003, p. 853 ; Cass., 5 février 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 663, obs., *J.T.*, 1987, p. 466, *Rev. not. belge*, 1988, p. 419 ; Civ. Liège, 18 avril 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1149 ; J.P. Hal, 12 juillet 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 902 ; Liège, 2 janvier 1985, *Rev. trim. dr. fam.*, 1987, p. 385 ; N. GALLUS, « Les aliments », *o.c.*, p. 112, n° 13 et « L'incidence du comportement du créancier d'aliments sur les droits à une pension alimentaire », *o.c.*, p. 5.

(219) J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, *o.c.*, p. 21, n° 23 ; E. VIEUJEAN, « Examen de jurisprudence (1965-1969) – Les personnes », *R.C.J.B.*, 1970, p. 559, n° 44.

(220) J. ROODHOOF, « Art. 208 B.W. », n° 27.

(221) Bruxelles, 9 mars 2005, *R.G.D.C.*, 2008, p. 68, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 897 (somm.), *NjW*, 2006, p. 656, note G.V. ; Civ. Bruxelles, 27 novembre 1990, *J.L.M.B.*, 1992, p. 555 ; Civ. Bruxelles, 5 février 1986, *R.G.D.C.*, 1987, p. 45 ; J.P. Molenbeek-Saint-Jean, 10 mai 1994, *A.J.T.*, 1994-1995, p. 63, note P. HOFSTRÖSSLER, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1593, *J.J.P.*, 1995, p. 318, note E. DE GROOTE ; N. GALLUS, « Les aliments », *o.c.*, p. 113, n° 13 ; *contra* : J.P. Hal, 12 juillet 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 902, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 526 (somm.) ; J.P. Ixelles, 14 novembre 1995, *J.T.*, 1996, p. 107, *J.D.J.*, 1996, p. 433. Sur la déchéance de l'autorité parentale qui entraîne la perte pour le parent déchu de son droit aux aliments à l'égard de ses enfants, *supra*, n° 754. Comp. en France : art. 207 C. civ. ; A. SÉRIAUX, « Tes père et mère tu honoreras. Réflexions sur l'autorité parentale en droit français contemporain », *o.c.*, p. 265.

(222) Cass., 4 février 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 649.

(223) Gand, 1<sup>er</sup> mars 2004, *R.A.B.G.*, 2004, p. 1233, note P. THIRIAR ; J.P. Gand, 23 août 2005, *T.G.R.*, 2005, p. 321 ; J.P. Grâce-Hollogne, 16 novembre 2000, *J.L.M.B.*, 2002, p. 659 (somm.). Le droit commun des obligations alimentaires ne connaît pas de limitation forfaitaire de la dette d'aliments au tiers des revenus du débiteur comme en matière de pension après divorce.

famille<sup>(224)</sup>, à l'exclusion de celles superflues ou par lesquelles il organiserait son insolvabilité<sup>(225)</sup>. Il sera tenu compte, comme pour le créancier, de ses potentialités d'accroître ses revenus du travail<sup>(226)</sup> ou du capital<sup>(227)</sup>, ainsi que de l'aliénation possible de certains capitaux<sup>(228)</sup>. Un faisceau d'indices – des signes extérieurs d'aisance – peut amener le tribunal à considérer que les revenus réels du débiteur sont supérieurs à ceux qu'il lui déclare<sup>(229)</sup>.

Ne sont par contre pas comptabilisés dans les ressources du débiteur les aliments qu'il perçoit de ses propres débiteurs alimentaires<sup>(230)</sup>.

(224) Cass., 5 septembre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 820, *J.L.M.B.*, 1998, p. 356, obs. Y.-H. LELEU, *Rev. not. belge*, 1998, p. 97, *R. Cass.*, 1998, p. 139, *Div. Act.*, 1998, p. 76, note A.-Ch. VAN GYSEL ; Cass., 21 avril 1983, *J.T.*, 1983, p. 663, note Th. AFSCHRIFT ; Cass., 27 juin 1969, *Pas.*, 1969, I, p. 998. (225) Civ. Bruxelles, 12 octobre 1999, *J.T.*, 1999, p. 812 ; Civ. Bruxelles, 28 avril 1987, *J.T.*, 1988, p. 86. Rapp. : Liège, 3 février 2004, *J.T.*, 2004, p. 383, *R.R.D.*, 2004, p. 14 (père en détention). Les revenus s'entendent nets d'impôts, mais idéalement, la déductibilité fiscale de la pension alimentaire devrait être intégrée au calcul des ressources (sur les conditions, voy. : A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, o.c., p. 123) ; Bruxelles, 14 février 2006, R.G. n° 2004/KR/130, inédit, cité in N. DANDOY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle (2006) de décisions de jurisprudence », o.c., p. 992 : majoration des revenus du débiteur d'aliments du montant que celui-ci aurait économisé s'il n'avait pas omis de déduire fiscalement les contributions alimentaires payées.

(226) Gand, 19 juin 2003, *R.A.B.G.*, 2004, p. 1260 (bénéfices sociétaires réservés) ; J.P. Zelzate, 26 décembre 2002, *R.A.B.G.*, 2004, p. 1249, note E. ALOFS ; J. ROODHOFT, « Art. 205 B.W. », n° 40. En matière d'obligation parentale d'entretien : Bruxelles, 18 avril 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 241 ; Bruxelles, 11 mars 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 859. *Contra* : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, o.c., n° 2194. Sur les difficultés suscitées par l'exercice de la profession en société, voy. : P.-A. FORIERS et J.-L. RENCHON, « La détermination des revenus de l'associé actif ou du gérant d'une société dans le contexte des litiges relatifs aux obligations alimentaires », in *Les sociétés et le patrimoine familial : convergences et confrontations*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 159. Une diminution volontaire de ses revenus par le débiteur d'aliments ne justifie pas une diminution de son obligation alimentaire : Cass., 17 octobre 2005, *Pas.*, 2005, p. 1948, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1072 ; Liège, 21 février 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1015 (perte de revenus suite à la commission de faits infractionnels) ; Liège, 3 février 2004, *R.R.D.*, 2004, p. 14 ; Civ. Namur, 6 octobre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 292, note (perte de revenus suite à un départ anticipé volontaire) ; J.P. Tournai, 20 avril 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 563 (perte du bénéfice d'une pension de survie suite à un remariage ayant pour seul but d'éviter au compagnon de la débitrice d'être expulsé) ; J.P. Tournai, 13 avril 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 877 (demande de prépension) ; J.P. Zelzate, 26 décembre 2002, *R.A.B.G.*, 2004, p. 1249, note E. ALOFS (choix de rester au chômage).

(227) En matière d'obligation parentale d'entretien : Bruxelles, 23 mars 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 775.

(228) On appliquera *mutatis mutandis* les restrictions envisagées à propos du créancier (dans le même sens : J. ROODHOFT, « Art. 208 B.W. », n° 41).

(229) P. SENAËVE, « De wet van 19 maart 2010 aangaande de objectivering van de onderhoudsbijdragen voor kinderen en andere wijzigingen in het alimentatierecht », o.c., n° 33. L'on ne peut évidemment pas se contenter de la seule affirmation du créancier d'aliments selon laquelle les revenus réels du débiteur seraient, compte tenu du type d'activité exercée, supérieurs à ceux déclarés (Cass., 9 novembre 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 223, *R.W.*, 2009-2010, p. 928 (somm.) – débit de boissons).

(230) Ex. : aliments procurés, par ses parents, à l'époux débiteur d'une pension après divorce : Cass., 30 octobre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 155, *T. Fam.*, 2009, p. 67, note I. MARTENS, *R.A.B.G.*, 2009, p. 253, note S. BROUWERS. *Contra* : Civ. Liège, 7 décembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1045, obs. E. von FRENCKEL, *R.G.D.C.*, 1999, p. 586 ; J.P. Vielsam, 28 février 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1753 (somm.) ; J.P. Liège, 17 novembre 1982, *J.L.*, 1982, p. 477.

La question des charges liées à une union libre a été examinée précédemment (*supra*, n° 793)<sup>(231)</sup>.

### § 3. Mise en œuvre judiciaire

**815. Pension alimentaire. Compétence judiciaire. Renvoi.** L'obligation alimentaire préexiste à l'action<sup>(232)</sup>. Si elle n'est pas exécutée à l'amiable sous forme de versements spontanés ou d'assistance matérielle, le créancier dispose d'une action à fins de réclamer une *pension alimentaire*, mode principal de mise en œuvre judiciaire de l'obligation de droit commun<sup>(233)</sup>.

Les pensions alimentaires relèvent de la compétence du tribunal de la famille, à l'exception de celles liées au droit au revenu d'intégration sociale qui demeurent la compétence du juge de paix (art. 572*bis*, 7° et 591, 14° C. jud.). Elles font partie des causes réputées urgentes et se voient appliquer le régime des articles 1253*ter*/4 à 1253*ter*/7 du Code judiciaire.

#### I. Variabilité de la pension alimentaire

**816. Autorité relative de la chose jugée. Révision judiciaire. Indexation.** Les pensions alimentaires sont essentiellement<sup>(234)</sup> variables et suivent l'évolution, à la hausse comme à la baisse, du besoin qui en conditionne l'octroi et des ressources sur lesquelles elles sont imputées (art. 209). En d'autres termes, les jugements rendus en matière d'aliments jouissent d'une autorité relative de la chose jugée, *rebus sic stantibus*<sup>(235)</sup>. En tant que causes réputées urgentes, les demandes alimentaires relèvent de la

(231) Rapp. : Cass., 24 avril 2009, *Pas.*, 2009, p. 1028, *T.J.K.*, 2010, p. 318 (somm.), *R.W.*, 2010-2011, p. 61 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 922 (somm.) note ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 288 (somm.) (diminutions d'allocations sociales en raison de la cohabitation).

(232) Cass., 5 septembre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 825, *J.T.*, 1998, p. 54, *R. Cass.*, 1998, p. 137, *Div. Act.*, 2000, p. 29, note A.-Ch. VAN GYSEL ; Gand, 18 décembre 2003, *R.A.B.G.*, 2004, p. 1278 ; Mons, 29 avril 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 646 ; Mons, 9 janvier 1998, *Div. Act.*, 1998, p. 69, note F. LIGOT, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1511 ; J.P. Gand, 8 janvier 1997, *T.G.R.*, 1997, p. 131, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 175 (somm.) ; A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, in *Précis de droit de la famille* (A.-Ch. VAN GYSEL dir.), 1<sup>re</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 507.

(233) Exceptionnellement, selon nous, l'obligation alimentaire de droit commun est exécutée en nature (comp. : art. 210 ; J.P. Vielsam, 29 juillet 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1641 (somm.) – mise à disposition d'un logement) ; moins restrictifs : A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, o.c., p. 77.

(234) Exceptions : pension alimentaire *conventionnelle* et stipulée non variable (art. 301, § 7 ; *supra*, n° 561) ; pension alimentaire déduite d'une promesse d'exécution volontaire dans le cadre d'une *obligation naturelle*, sans preuve d'un alignement du régime sur l'obligation légale de droit commun (*supra*, n° 808).

(235) Liège, 15 février 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1141 ; J.P. Tournai, 9 janvier 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 239 ; J.P. Kraainem-Sint-Genesius-Rode, 20 février 2003, *R.W.*, 2003-2004, p. 272 ; J.P. Westerlo, 29 mai 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 684 ; N. GALLUS, « Les aliments », o.c., p. 119, n° 22 ; A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, o.c., p. 5.

saisine permanente du tribunal de la famille et peuvent être ramenées devant le tribunal par dépôt de conclusions ou demande écrite faisant état d'éléments nouveaux, définis comme « des circonstances nouvelles propres aux parties ou aux enfants et susceptibles de modifier sensiblement leur situation » (art. 1253ter/7 C. jud.). La révision judiciaire de la pension suppose à notre avis une modification de circonstances réelle, substantielle, pertinente, indépendante de la volonté du demandeur<sup>(236)</sup> et postérieure à la décision<sup>(237)</sup>.

Combinée avec la préexistence du droit à l'action, cette caractéristique permet d'obtenir la modification ou la suppression de la pension alimentaire à partir du jour où les conditions (initiales) d'octroi n'ont plus été réunies<sup>(238)</sup>, mais dans les limites de la prescription quinquennale (art. 2277 – *infra*, n° 822).

Le juge peut anticiper la dégradation du pouvoir d'achat du créancier par une *indexation*, sur demande<sup>(239)</sup>. L'indexation n'est de droit qu'en matière de divorce pour désunion irrémédiable (art. 301, § 6) et de contribution parentale d'entretien (art. 203*quater*).

## 2. Délégation de sommes

**817. Modalité de paiement de l'obligation alimentaire.** La délégation de sommes est une autorisation judiciaire donnée au créancier d'aliments de percevoir directement, au nom et à l'exclusion du débiteur, dans les conditions et limites que le jugement fixe, les revenus de celui-ci ou toute autre somme à lui due par un tiers (art. 203*ter* et 221, al. 2)<sup>(240)</sup>.

(236) Rappelons que des choix et décisions d'autonomie et de vie privée (ex. : remariage, procréation...) doivent être considérés comme tels, sauf circonstances particulières, la limite étant l'abus de droit.

(237) N. GALLUS, « Les aliments », *o.c.*, n° 23.

(238) Cass., 2 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 4, *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 269 ; Liège, 15 février 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1141 (suppression rétroactive ; condamnation au remboursement des paiements indus) ; N. GALLUS, « Les aliments », *o.c.*, n° 26. Pour plus de détails : J.-P. MASSON, « La suppression et réduction rétroactives d'une pension alimentaire », note sous Cass., 14 mai 1990, *R.C.J.B.*, 1992, p. 45. *Adde* : S. THIELEN, « Sanction des dissimulations frauduleuses dans les procédures en matière d'aliments », note sous Civ. Liège, 21 septembre 2000, *Act. dr.*, 2001, p. 344 et réf. cit. (239) J. GERLO, « Recente ontwikkelingen in het alimentatierecht », *o.c.*, p. 49, n° 51 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, n° 2235. Application : J.P. Grâce-Hollogne, 21 mai 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1783 (somm.).

(240) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, *o.c.*, p. 651, n° 637 ; N. GALLUS, « Les aliments », *o.c.*, nos 431 et s. ; K. VANLEDE, « Art. 203*ter* B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n° 1. Voy. aussi : G. BAETEMAN, « De uitvoering van onderhoudsverplichtingen », in *Gezin en recht in een postmoderne samenleving. Twintig jaar post-universitaire cyclus Willy Delva (1973-1993)*, Gand, Mys & Breesch, 1994, pp. 159-200 ; N. GALLUS, « Le recouvrement des aliments en droit interne », *o.c.*, p. 96 ; J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, *o.c.*, pp. 84 et s., nos 113-144 ; M.-F. LAMPE, « L'obligation alimentaire des parents à l'égard de leur enfant mineur ou en cours de formation et la délégation de sommes », *o.c.*, p. 91 ; A.-Ch. VAN GYSEL et Ch. THOMASSET, « Du règlement collectif de dettes et d'autres modifications de la possibilité d'exécuter une décision

Elle est ordonnée lorsqu'il y a des raisons légitimes de craindre que le débiteur ne s'exécute pas spontanément et régulièrement<sup>(241)</sup>. Le tribunal apprécie l'opportunité de la mesure compte tenu des désagréments qu'elle cause aux tiers. Pour les obligations parentales d'entretien ou assimilées et celles entre ascendants et descendants<sup>(242)</sup>, le tribunal doit l'ordonner « en tout état de cause » sauf « circonstances exceptionnelles propres à la cause » (*sic*) si le débiteur s'est soustrait à son obligation de paiement, en tout ou partie, pour 2 termes consécutifs ou non durant les 12 mois précédant la demande (art. 203ter).

La délégation de sommes facilite sensiblement l'exécution de l'obligation alimentaire car, au contraire de la pension, elle supprime tout rapport direct entre débiteur et créancier. Elle porte sur tout type de revenu du débiteur d'aliments, régulier ou occasionnel, sur toute créance, même en capital.

La doctrine et la jurisprudence se divisent sur la nature juridique de l'institution, pourtant déterminante au vu de ses implications dans les situations de concours de créanciers<sup>(243)</sup>. La délégation de sommes n'est ni une mesure d'exécution forcée<sup>(244)</sup> ni un mandat judiciaire au profit du créancier<sup>(245)</sup>, elle n'emporte même pas condamnation à payer<sup>(246)</sup>,

---

en matière d'aliments », *o.c.*, p. 18 ; K. VANLEDE, « Het belang van een uniforme kwalificatie van de ontvangsmachtiging », *E.J.*, 2001, p. 38.

(241) Cass., 23 janvier 2009, *Pas.*, 2009, p. 212, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 520 (somm.) ; J.P. Deurne, 13 janvier 1978, *R.W.*, 1979-1980, col. 1999, note J.-M. PAUWELS (refus parce que l'épouse reconnaît recevoir des sommes suffisantes) ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n° 2245.

(242) Sur le champ d'application de cette disposition, qualifié discriminatoire : P. SENAËVE, « De wet van 19 maart 2010 aangaande de objectievering van de onderhoudsbijdragen voor kinderen en andere wijzigingen in het alimentatierecht », *o.c.*, n° 116.

(243) Sur les thèses en présence : N. GALLUS, « L'exécution en matière familiale », *o.c.*, pp. 187 et s. ; N. GALLUS, « Le recouvrement des aliments en droit interne », *o.c.*, p. 100 ; J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, *o.c.*, pp. 87-90, nos 121-125 ; M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Les vicissitudes de la délégation de sommes à la lumière de la loi du 31 mars 1987 », *R.G.D.C.*, 1988, p. 20 ; A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, *o.c.*, pp. 103-106.

(244) En ce sens : Liège, 28 janvier 1999, *J.T.*, 1999, p. 273 ; Anvers, 14 mai 1996, *R.W.*, 1997-1998, p. 1206 ; E. DIRIX et K. BROECKX, « Beslag », *o.c.*, p. 327, n° 635 ; *contra* : J.P. Tournai, 16 mai 2000, *Div. Act.*, 2000, p. 95 ; M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Les vicissitudes de la délégation de sommes à la lumière de la loi du 31 mars 1987 », *o.c.*, p. 24, n° 30 ; comp. : (mesure d'exécution simplifiée) : M.-T. CAUPAIN et E. LEROY, « Le recouvrement des créances alimentaires : état des lieux et perspectives », *o.c.*, p. 217 ; G. de LEVAL, « Saisie des meubles incorporels », in *Droit de l'exécution. Formation permanente des huissiers de justice*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1996, pp. 175-176 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n° 2241 ; A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, *o.c.*, pp. 103-104 ; K. VANLEDE, « Art. 203ter B.W. », n° 14.

(245) En ce sens : J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, *o.c.*, p. 90, n° 125 ; *contra* : E. LEROY, « De la condition du créancier alimentaire envers son débiteur et à l'égard des autres créanciers », *o.c.*, p. 482, n° 14.

(246) Cass., 13 octobre 1938, *Pas.*, 1938, I, p. 315 ; E. VIEUJEAN, « Les devoirs de secours et de contribution aux charges du mariage », *o.c.*, n° 234. La délégation de sommes ne peut être accordée d'office (Cass., 24 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 303, *Div. Act.*, 1995, p. 122, *R.W.*, 1994-1995, p. 829, *J.T.*, 1994, p. 479).

mais constitue une *modalité de paiement* d'une obligation alimentaire concrétisée par une décision judiciaire ou par une convention.

**818. Domaine d'application.** Depuis l'introduction de la délégation de sommes en droit belge par la loi du 20 juillet 1932, le législateur n'a cessé d'étendre son domaine d'application. La possibilité existe dans le cadre du devoir de secours entre époux et de l'obligation de contribution aux charges du mariage (art. 213 et 221)<sup>(247)</sup>, le plus souvent en cas de séparation (art. 223), de procédure de divorce ou de séparation de corps (art. 1253ter/5, 6° C. jud.) et après divorce pour désunion irrémédiable (art. 301, § 11). La loi du 31 mars 1987 a généralisé la mesure à la quasi-totalité des obligations alimentaires légales, celles « régies par les articles 203, 203bis, 205, 207, 336 ou 353-14 du présent Code ou (...) l'engagement pris en vertu de l'article 1288, alinéa 1<sup>er</sup>, 3°, du Code judiciaire » (art. 203ter)<sup>(248)</sup>. Demeurent exclues de la délégation de sommes, les obligations à charge de succession (art. 205bis), entre alliés (art. 206), entre cohabitants légaux (art. 1477, § 3)<sup>(249)</sup> et entre ex-époux divorcés ou séparés de corps par consentement mutuel<sup>(250)</sup>. La délégation de sommes ne sera en outre jamais accordée au conjoint reconnu coupable de (tentative de) violence conjugale (art. 221, al. 3 ; *supra*, n° 354).

**819. Réclamation rétroactive d'aliments et arriérés de pension alimentaire.** Selon la Cour de cassation, une délégation de sommes ne peut être accordée que « pour l'avenir ». Cela signifie qu'elle ne peut porter que sur des sommes que le débiteur d'aliments est appelé à recueillir après le jugement<sup>(251)</sup>. Toutefois, étant donné que l'obligation alimentaire pré-existe à l'action et que des aliments peuvent être alloués pour une période antérieure à la demande, la délégation de sommes doit pouvoir accompagner une décision judiciaire emportant *condamnation rétroactive*<sup>(252)</sup>.

(247) En matière de mariage, la délégation de sommes pallie non seulement un défaut d'exécution (art. 221, al. 2), mais aussi une impossibilité physique ou psychique de payer (art. 220, § 3 ; *supra*, n° 354). L'article 221, alinéa 2 (réd. L. 30 juillet 2013) stipule désormais que la délégation de sommes peut être demandée « sans qu'il soit besoin de prouver une faute », de sorte que l'ancienne controverse relative à cette exigence probatoire est devenue sans objet (*supra*, n° 352). Voy. pour plus de détails : J. LARUELLE, « L'incidence de la faute et des violences conjugales sur le devoir de secours au regard de la loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse », *o.c.*, p. 88, n°s 7-9.

(248) Civ. Charleroi, 4 septembre 2002, *Div. Act.*, 2003, p. 60, note M. SNOECK ; M.-F. LAMPE, « L'obligation alimentaire des parents à l'égard de leur enfant mineur ou en cours de formation et la délégation de sommes », *o.c.*, p. 91.

(249) Sauf à titre de mesure urgente (art. 1479 jo. art. 1253ter/6 C. jud ; *supra*, n°s 414 et 432).

(250) J.P. Bastogne, 12 mai 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1221 ; N. GALLUS, « Les aliments », *o.c.*, p. 333, n° 434 ; J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, *o.c.*, pp. 86-87, n° 119 ; A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, *o.c.*, p. 105.

(251) Cass., 14 septembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 33, note E. KRINGS, R.W., 1973-1974, col. 653.

(252) En ce sens : N. GALLUS, « Les aliments », *o.c.*, n° 447 ; D. TILLEMANS, « De maatregelen aangaande het onderhoudsgeld », in *Voorlopige maatregelen tussen echtgenoten* (P. SENAËVE éd.), Louvain, Acco, 1989, p. 204, n° 208.

Pour y parvenir, le tribunal déterminera le montant des sommes déléguées compte tenu des manquements passés du défendeur<sup>(253)</sup>. La délégation portera alors tant sur les échéances futures de la pension alimentaire que sur les sommes dues pour le passé, à concurrence d'un montant déterminé, jusqu'à apurement complet de celles-ci<sup>(254)</sup>.

Autre chose est de savoir si un créancier peut, par délégation de sommes, obtenir le *paiement d'arriérés* d'une pension alimentaire accordée par une décision judiciaire ou par une convention. La réponse est certainement affirmative en matière de divorce (art. 301, § 11)<sup>(255)</sup>. Pour les autres obligations alimentaires, elle était controversée et liée à la conception que le juge se faisait de la nature juridique – mesure d'exécution ou modalité de paiement – de la délégation de sommes<sup>(256)</sup>. La loi du 19 mars 2010 a tranché positivement cette controverse (art. 203ter).

**820. Procédure.** Dès la notification par le greffe et par pli judiciaire<sup>(257)</sup> de la décision autorisant la délégation de sommes, le tiers délégué a l'obligation de payer entre les mains du créancier d'aliments. Si, après que la délégation ait été portée à sa connaissance, il effectue un paiement au profit du débiteur d'aliments, il pourra s'en voir réclamer un second (art. 1242 C. jud.)<sup>(258)</sup>.

L'article 1390bis du Code judiciaire conditionne l'opposabilité de la délégation de sommes par le dépôt d'un avis de délégation<sup>(259)</sup>. Si plusieurs créanciers alimentaires de même rang réclament ou ont obtenu un secours, le tribunal saisi d'une demande de délégation de sommes peut déterminer la répartition à opérer entre eux, en fonction de leurs besoins respectifs (*supra*, n° 506).

(253) H. CASMAN, *Les régimes matrimoniaux*, Anvers, Kluwer, I/10, pp. 8-9 ; C. PANIER, « Problèmes d'application des articles 221 et 223 du Code civil », in *Le contentieux conjugal*, Liège, éd. Jeune Barreau, 1984, p. 26.

(254) J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, o.c., pp. 94-95, n° 138.

(255) Elle l'était aussi antérieurement à la réforme : N. GALLUS, *l.c.* ; J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, o.c., p. 95, n° 139 ; D. TILLEMANS, « De maatregelen aangaande het onderhoudsgeld », o.c., p. 204, n° 209.

(256) Voy. notre première édition, même numéro.

(257) Art. 1253quater, tel que mod. par L. du 19 mars 2010 ; en ce sens : C. const., 8 mai 2008, n° 76/2008, *J.T.*, 2009, p. 8, note G. CLOSSET-MARCHAL, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 993, *T.B.P.*, 2009, p. 227 ; *J.L.M.B.*, 2008, p. 1666. Pour plus de détails : N. GALLUS, « L'exécution en matière familiale », o.c., pp. 196-197. La notification par pli judiciaire n'est prévue ni dans l'article 221 ni dans l'article 301, § 11, pour lesquels la notification par pli simple reste en principe de mise, sauf à appliquer, par analogie l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 8 mai 2008 précité.

(258) Liège, 28 janvier 1999, *J.T.*, 1999, p. 273 ; N. GALLUS, « Les aliments », o.c., n° 443.

(259) Cet avis de délégation est notifié au greffier du tribunal de première instance du domicile de la personne qui subit la délégation, pour être joint aux avis de saisie.

La délégation de sommes ne porte pas préjudice aux droits des tiers ; les exceptions opposables par le tiers délégué au conjoint débiteur le sont également au créancier délégataire<sup>(260)</sup>.

### 3. Exécution

**821-1. Exécution provisoire.** Depuis la loi du 19 mars 2010, toute décision qui statue sur une pension alimentaire est de plein droit exécutoire par provision, sauf si le juge en décide autrement, sur demande d'une des parties (art. 1322/1 C. jud.)<sup>(261)</sup>.

**821-2. Exécution forcée. Saisies. Renvoi.** Quand le débiteur d'aliments ne paie pas et que la délégation de sommes est inopportune ou impossible, l'exécution forcée s'impose. Le créancier d'aliments muni d'un titre exécutoire bénéficie des voies d'exécution de tout créancier (saisie-arrêt, saisie mobilière, saisie immobilière). Les principales modalités de l'exécution forcée des pensions alimentaires ont été examinées au titre des effets du divorce (*supra*, n° 506)<sup>(262)</sup>. On rappellera que le créancier d'aliments jouit d'une protection renforcée quant à la saisissabilité des revenus du débiteur (art. 1412, al. 1<sup>er</sup>, C. jud.) et d'un privilège général sur meubles (art. 19, 3°*bis*, L. hyp.), que la saisie peut être pratiquée pour les termes *à échoir* de la pension (art. 1494, al. 2, C. jud.), et que le débiteur surendetté est éligible au règlement collectif de dettes (art. 1675/2 et s. C. jud.). Des instruments supranationaux améliorent la récupération internationale d'aliments<sup>(263)</sup>.

### 4. Prescription

**822. Aliments arréragent en 5 ans.** En dépit de la préexistence de l'obligation alimentaire par rapport à l'action, le créancier n'est recevable à demander des aliments avec effet rétroactif<sup>(264)</sup> que pour une période

(260) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, o.c., p. 654, n° 637, *litt. C* ; K. VANLEDE, « Art. 203ter B.W. », o.c., n° 64.

(261) Pour plus de détails : P. SENAËVE, « De wet van 19 maart 2010 aangaande de objectivering van de onderhoudsbijdragen voor kinderen en andere wijzigingen in het alimentatierecht », o.c., n° 125-134.

(262) *Adde* : N. GALLUS, « Les aliments », o.c., n°s 395-430 ; J.-L. RENCHON, « Obligations alimentaires et saisies », *Rev. trim. dr. fam.*, 1988, p. 271.

(263) Not. : Convention de La Haye du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille ; Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires ; Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires. Voy. I. BAMBUST, « Le règlement européen 4/2009 en matière d'obligations alimentaires », *J.T.*, 2009, p. 381 ; N. GALLUS, « L'exécution en matière familiale », pp. 199 et s.

(264) Pour une analyse approfondie : N. GALLUS, « Les aliments », o.c., n°s 26-32.

maximale de 5 ans. L'article 2277 du Code civil qui le prévoit opère le compromis entre l'imprescriptibilité de principe des pensions alimentaires (« Aliments n'arrangent pas ») et l'artifice à considérer un créancier inactif suffisamment alimenté<sup>(265)</sup>. Cette règle vise aussi à éviter qu'un créancier en arrive, par sa propre négligence, à réclamer un capital qui risquerait de réduire le débiteur à l'indigence<sup>(266)</sup>.

Selon certaine jurisprudence, condamnée par la Cour de cassation<sup>(267)</sup>, la période de rétroactivité peut être limitée en application de la théorie de l'abus de droit si elle révèle une trop longue inertie du créancier, que le débiteur n'était pas à même de contrer<sup>(268)</sup>. Cette jurisprudence ne peut pas s'appliquer à l'obligation parentale d'entretien, car elle réduirait l'obligation du parent débiteur au détriment d'enfants (mineurs) non responsables de l'inertie du parent créancier<sup>(269)</sup>.

Le débiteur exposé à une demande rétroactive est en droit de réclamer des dommages et intérêts contre le créancier négligent, si son inertie est fautive et lui cause un dommage, par exemple les intérêts liés à l'emprunt qu'il devrait contracter.

La prescription de droit commun, en règle 10 ans (art. 2262bis), s'applique à l'encontre des pensions alimentaires conventionnelles ou octroyées par décision de justice<sup>(270)</sup>. Elle ne court pas entre époux

(265) Cass., 25 mai 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 1165, *J.T.*, 1985, p. 77 ; J. GERLO, *Onderhoudsgelden, o.c.*, pp. 48-53, n<sup>os</sup> 61-68 ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes, o.c.*, pp. 505-507, n<sup>o</sup> 481 ; J.-L. RENCHON, « L'adage 'Aliments ne s'arrangent pas' », note sous Cass., 2 juin 1978, *Rev. trim. dr. fam.*, 1979, p. 7 ; A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires, o.c.*, p. 7 ; A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, in *Précis de droit de la famille*, 1<sup>ère</sup> éd., o.c., pp. 510-511. Pour plus de détails, surtout à propos de la prescription des intérêts, également soumise à l'article 2277 : Ch. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil ?*, o.c., pp. 381-383, n<sup>os</sup> 221-222. (266) Bruxelles, 26 février 2002, *Div. Act.* 2002, p. 67, note D. PIRE, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 414, note ; Bruxelles, 28 juin 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1500 ; Liège, 19 juin 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 150, obs. S. THIELEN, *R.R.D.*, 2001, p. 413 ; Civ. Liège, 26 novembre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1251, note.

(267) *Contra* : Cass., 30 septembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 1827, *R.A.B.G.*, 2014, p. 228, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 430 (somm.) qui estime, à propos d'une action alimentaire contre le père vraisemblable (art. 336), qu'« il n'existe pas de principe général du droit selon lequel un droit subjectif se trouve éteint ou en tout cas ne peut plus être invoqué lorsque son titulaire a adopté un comportement inconciliable avec ce droit, trompant ainsi la confiance légitime du débiteur et des tiers. Le seul fait de ne pas exercer un droit pendant un certain temps n'est pas, en soi, constitutif d'un abus de droit ».

(268) Mons, 9 mai 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1247 ; Mons, 28 novembre 2005, *J.T.*, 2006, p. 47, *Div. Act.*, 2006, p. 74

(269) J.P. Fontaine-l'Evêque, 26 décembre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 551.

(270) Cass., 7 mars 2003, *J.T.*, 2004, p. 845 (somm.), *R.W.*, 2004-2005, p. 225, *R.A.B.G.*, 2005, p. 7, note E. ALOFS ; Cass., 8 décembre 2000, *E.J.*, 2001, p. 48, note K. VANLEDE, *R.W.*, 2000-2001, p. 1172, *R.G.D.C.*, 2002, p. 365, note B. KOHL ; Liège, 16 octobre 2013, *Rev. not. b.*, 2014, p. 198 ; Gand, 25 juin 1996, *E.J.*, 1998, p. 2, note K. BROECKX ; *contra* : Liège, 18 octobre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1823, obs. B. KOHL, *R.R.D.*, 2000, p. 39 ; Civ. Liège, 7 novembre 2001, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1049.

pendant le mariage (art. 2253)<sup>(271)</sup> et est interrompue par la signification d'une citation en justice, d'un commandement de payer ou d'une saisie (art. 2244 et 2248), par le dépôt de conclusions en justice<sup>(272)</sup> par le créancier et par un paiement du débiteur impliquant reconnaissance par lui de l'existence de la créance.

## 5. Sanctions pénales

**823. Renvoi.** Le débiteur récalcitrant tombe sous l'incrimination d'abandon de famille ou d'enfant (*supra*, n° 779), voire d'organisation frauduleuse d'insolvabilité (art. 490bis C. pén.)<sup>(273)</sup>.

## SECTION 4

### Hiéarchie des créanciers et débiteurs alimentaires

**824. Absence de hiérarchie légale.** La loi désigne souvent plusieurs créanciers d'aliments pour un même débiteur et, réciproquement, offre parfois à un créancier plusieurs débiteurs, le tout sans préciser l'ordre dans lequel il y a lieu de diriger les actions, ou la répartition éventuelle de l'obligation. La jurisprudence et la doctrine ont donc établi des « directives » pour solutionner ce type de conflits, fondées en grande partie sur la proximité et l'actualité des liens entre créanciers et débiteurs<sup>(274)</sup>. Leur application suppose que les débiteurs soient solvables, le contraire obligeant à se reporter à un débiteur de rang plus éloigné dans la hiérarchie, cela jusqu'à la collectivité.

(271) C.A., 14 septembre 2006, n° 140/2006, *Div. Act.*, 2007, p. 8, note J.-C. BROUWERS, *E.J.*, 2006, p. 97, note P. SENAËVE, *J.T.*, 2007, p. 52, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 234 (absence de discrimination par rapport aux couples non mariés ; extension laissée à l'appréciation du législateur) ; Civ. Charleroi, 28 octobre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 866. N. GALLUS, « Les aliments », *o.c.*, n° 39.

(272) Rappr. : Gand, 9 novembre 2006, *NjW*, 2007, p. 706, note GV (introduction erronée, devant le juge de paix, par comparution volontaire, d'une procédure fondée sur l'art. 336 C. civ. ; interruption ; arg. art. 2246).

(273) B. DE SMET, « Strafrechtelijke betoegeling : familieverlating en achterlaten van kind in behoeftige toestand », in *Alimentatie & kinderen* (C.B.R. éd.), Anvers, Intersentia, 2010, p. 187 ; N. GALLUS, « Les aliments », *o.c.*, n° 473 et s.

(274) Voy. : S. BROUWERS, « Alimentatie », *o.c.*, n° 1014, pp. 617-618 ; E. de WILDE d'ESTMAEL, « Obligation alimentaire de droit commun – Pluralité de débiteurs – Hiérarchie », *Div. Act.*, 1996, p. 28 ; J. GERLO, « Recente ontwikkelingen in het alimentatierecht », *o.c.*, pp. 24-27 ; N. HUSTIN-DENIES, « Hiérarchie des débiteurs d'aliments », *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 279 ; N. GALLUS, « Les aliments », *o.c.*, n° 48 et s. ; J. ROODHOOF, « La hiérarchie entre les différents débiteurs d'aliments », *Div. Act.*, 1996, p. 25 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « La pluralité des créanciers et des débiteurs alimentaires », in *L'argent pour vivre : vers une réforme de l'obligation alimentaire* (A.-Ch. VAN GYSEL éd.), Bruxelles, Kluwer, 2000, p. 183 ; A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, *o.c.*, pp. 8-12.

## § I. Pluralité de débiteurs sollicités par un créancier

### 825. Présence d'un époux ou d'un ex-époux.

1. Selon la Cour de cassation, *le devoir de secours entre époux (art. 213) est dû prioritairement aux obligations alimentaires de droit commun au profit des parents (art. 205) et des alliés (art. 206)*<sup>(275)</sup>. L'obligation entre ex-époux prime aussi ces obligations de droit commun<sup>(276)</sup>.
2. Une tendance majoritaire en doctrine considère que *le devoir de secours entre époux ou entre ex-époux est dû prioritairement à l'obligation parentale d'entretien de l'enfant marié ou divorcé*<sup>(277)</sup>. Elle n'emportait pas l'adhésion de la jurisprudence de fond<sup>(278)</sup> mais la Cour de cassation a décidé en ce sens<sup>(279)</sup>. L'obligation parentale d'entretien subsiste et complète le cas échéant (*supra*, n° 790).

### 826. Présence de parents.

1. En présence de parents (et en l'absence de conjoint ou ex-conjoint), *l'obligation parentale d'entretien (art. 203) est due prioritairement aux obligations de droit commun des parents plus éloignés (art. 205) (ex. : les grands-parents)*<sup>(280)</sup> *et des alliés (art. 206) (ex. : les parents du conjoint)*<sup>(281)</sup>. Plus généralement, les obligations

(275) Cass., 7 avril 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 405, *Div. Act.*, 1996, p. 25, *E.J.*, 1996, p. 85, note J. ROODHOOF, *T. Noz.*, 1996, p. 283, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 423 ; Cass., 27 juin 1969, *Pas.*, 1969, I, p. 998 ; Bruxelles, 6 juin 2006, *T. Fam.*, 2007, p. 6, note, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 253 (somm.) ; Bruxelles, 20 janvier 2004, *J.D.J.*, 2007, p. 40 (somm.), *R.W.*, 2005-2006, p. 625, note R. BARBAIX ; Mons, 16 novembre 1999, *J.T.*, 2000, p. 201.

(276) Cass., 8 janvier 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 578 ; Civ. Bruxelles, 28 novembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 742.

(277) N. GALLUS, « Les aliments », *o.c.*, n° 54 ; J. GERLO, « Recente ontwikkelingen in het alimentatierecht », *o.c.*, p. 25, n° 4 ; W. PINTENS et Y.-H. LELEU, « Opleidingskosten en familiaal vermogensrecht », *o.c.*, p. 148, n° 7 ; A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, *o.c.*, p. 10 ; N. HUSTIN-DENIES, « Hiérarchie des débiteurs d'aliments », *o.c.*, p. 286 ; D. VAN LIERDE, « De ouderlijke verplichting tot het betalen van onderhoudsgeld aan het meerderjarige kind voor het volgen van een bijkomende opleiding », *o.c.*, p. 48.

(278) Civ. Bruxelles, 29 mars 1988, *J.T.*, 1988, p. 587 ; J.P. Charleroi, 25 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1449, note ; dans le même sens : A.-Ch. VAN GYSEL, « La pluralité des créanciers et des débiteurs alimentaires », p. 201.

(279) Cass., 20 avril 2007, *Pas.*, 2007, p. 744, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1009, *R.W.*, 2008-2009, p. 69.

(280) Mons, 13 janvier 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 382.

(281) Cass., 13 février 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 52. Sur l'obligation subsidiaire des *grands-parents* : Cass., 20 février 1964, *Pas.*, 1964, I, p. 656 ; Civ. Mons, 10 avril 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1513 (somm.) ; Civ. Bruxelles (réf.), 19 juin 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 326, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1512 (somm.) ; Civ. Charleroi, 24 juin 1998, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1741 ; Civ. Bruxelles, 6 janvier 1987, *Rev. trim. dr. fam.*, 1988, p. 139 ; J.P. Pâturages, 27 novembre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1586 (grands-parents). Voy. : J. SOSSON, « L'obligation alimentaire, miroir des conceptions de la famille ? », *o.c.*, p. 585. Sur le recours des grands-parents contre les parents : Civ. Bruxelles, 15 mars 1978, *R.W.*, 1979-1980, col. 2660 ; J.P. Verviers, 12 janvier 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1228.

- alimentaires dites élargies (partage de niveau de vie) priment celles limitées au minimum nécessaire<sup>(282)</sup>.
2. L'établissement de la filiation demeure pertinent : *l'obligation parentale d'entretien du père juridique (art. 203) est due prioritairement à l'obligation alimentaire du père biologique (art. 336)*<sup>(283)</sup> ; elle la remplace dès l'établissement de la filiation (art. 340).
  3. Entre débiteurs d'obligations alimentaires de droit commun, l'ordre d'appel dépend de la proximité des liens de parenté ou d'alliance, la première prévalant sur la seconde<sup>(284)</sup>. La Cour de cassation précise explicitement que *les parents sont débiteurs avant les alliés*<sup>(285)</sup>, et implicitement que *la proximité de degré détermine l'ordre d'appel des débiteurs*<sup>(286)</sup>. Dans cette optique, la loi donne priorité à l'obligation de l'adoptant (simple) sur celle de la famille d'origine (art. 353-14, al. 3).
  4. Sans être confirmée par la Cour de cassation, la doctrine majoritaire considère, en référence à un devoir de piété filiale, que *la ligne descendante est tenue avant la ligne ascendante*<sup>(287)</sup>.

**827. Pluralité de débiteurs solvables.** Si plusieurs débiteurs solvables de même rang sont appelés en vertu des règles prédécrites (ex. : deux petits-enfants, trois grands-parents), leur concours n'est pas organisé par un principe de solidarité passive, mais par la reconnaissance d'une *pluralité de dettes personnelles, contribuant chacune à une part de la créance calculée d'après les facultés relatives des codébiteurs*<sup>(288)</sup>. Autrement dit, chaque débiteur est tenu à concurrence d'un montant déterminé en fonction des aliments que les autres débiteurs, appelés ou non à la cause, sont

(282) Bruxelles, 20 janvier 2004, *J.D.J.*, 2007, p. 40 (somm.), *R.W.*, 2005-2006, p. 625, note R. BARBAIX ; N. GALLUS, « Les aliments », *o.c.*, n<sup>os</sup> 50 et s. ; A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, *o.c.*, p. 9.

(283) A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, *o.c.*, p. 10.

(284) Sur l'ancienne tendance doctrinale à mettre à charge de tous les débiteurs une obligation concurrente : N. HUSTIN-DENIES, « Hiérarchie des débiteurs d'aliments », *o.c.*, pp. 283-284.

(285) Cass., 16 mars 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 319, *Div. Act.*, 1996, p. 28, note E. de WILDE d'ESTMAEL, *R.W.*, 1995-1996, p. 743, note J. ROODHOFT, *J.T.*, 1995, p. 517, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 415, *T. Not.*, 1996, p. 277, *R. Cass.*, 1995, p. 305, note J. GERLO ; Bruxelles, 20 janvier 2004, précité.

(286) Civ. Brasschaat, 3 septembre 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 631, *J.D.J.*, 2003, n<sup>o</sup> 221, p. 43, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1063 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 650 (somm.).

(287) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, *o.c.*, pp. 497-498, n<sup>o</sup> 473 ; J. GERLO, « Recente ontwikkelingen in het alimentatierrecht », *o.c.*, p. 27, n<sup>o</sup> 6 ; N. HUSTIN-DENIES, « Hiérarchie des débiteurs d'aliments », *o.c.*, p. 284 ; *contra* : P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *o.c.*, n<sup>o</sup> 2219.

(288) Cass., 16 mars 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 319, *Div. Act.*, 1996, p. 28, note E. de WILDE d'ESTMAEL, *R.W.*, 1995-1996, p. 743, note J. ROODHOFT, *J.T.*, 1995, p. 517, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 415, *T. Not.*, 1996, p. 277, *R. Cass.*, 1995, p. 305, note J. GERLO ; Bruxelles, 20 janvier 2004, précité. Sur l'application de ce principe à l'obligation parentale d'entretien : *supra*, n<sup>o</sup> 792.

en mesure de fournir<sup>(289)</sup>. Dans la pratique, le créancier assignera tous les débiteurs solvables de même rang.

**828. Insolvabilité d'un débiteur. Recours contributoires.** Si un débiteur en ordre utile est insolvable, l'obligation alimentaire se reporte pour le tout d'abord sur ses coobligés, ensuite sur les débiteurs de rang ultérieur<sup>(290)</sup>, mais seulement le temps de son infortune.

Chaque débiteur ne peut être appelé qu'en raison de ses devoirs propres : si l'obligation des débiteurs subsidiaires est limitée au minimum nécessaire (ex. art. 205), elle le demeure même si le débiteur principal était tenu d'une obligation étendue (ex. art. 203).

Un débiteur qui paie la dette alimentaire alors qu'il n'était pas en ordre utile<sup>(291)</sup>, ou plus que sa part de dette<sup>(292)</sup>, exerce un recours dans les formes d'une action *de in rem verso*.

## § 2. Pluralité de créanciers sollicitant un débiteur

**829. Hiérarchie.** La loi n'impose aucune priorité de paiement au débiteur actionné par plusieurs créanciers alimentaires, et qui n'aurait pas les ressources suffisantes pour les satisfaire tous. On propose les directives suivantes :

1. Dans le domaine des obligations alimentaires limitées au minimum nécessaire (art. 205, 206), il doit être admis que les demandes des parents en ligne directe doivent être satisfaites prioritairement à celles des alliés, et qu'entre eux le débiteur doit privilégier les parents de degré le plus proche et, enfin, qu'à degré égal, les demandes des descendants doivent être privilégiées par rapport à celles des ascendants<sup>(293)</sup>.
2. Dans le domaine des obligations alimentaires élargies, la demande du conjoint prime celle de l'ex-conjoint. En principe, la demande des enfants mineurs ou en formation devrait primer celle du conjoint

(289) Bruxelles, 20 janvier 2004, précité ; Civ. Bruxelles, 12 octobre 1999, *J.T.*, 1999, p. 812.

(290) Civ. Bruxelles, 5 février 1986, *R.G.D.C.*, 1987, p. 45, note J. GERLO ; N. GALLUS, « Les aliments », *o.c.*, n° 61-62 ; P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht, o.c.*, n° 2220 ; A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires, o.c.*, pp. 11-12.

(291) J.P. Verviers, 12 janvier 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1228 ; J.P. Etterbeek, 24 avril 1998, *J.T.*, 1999, p. 69 ; J.P. Pâturages, 27 novembre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1586.

(292) Bruxelles, 28 janvier 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 549.

(293) Cass., 16 mars 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 319, *Div. Act.*, 1996, p. 28, note E. de WILDE d'ESTMAEL, R. W., 1995-1996, p. 743, note J. ROODHOFT, *J.T.*, 1995, p. 517, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 415, *T. Not.*, 1996, p. 277, *R. Cass.*, 1995, p. 305, note J. GERLO ; J. GERLO, « Recente ontwikkelingen in het alimentatierecht », *o.c.*, pp. 26-27.

et de l'ex-conjoint<sup>(294)</sup>, mais il est douteux qu'une telle hiérarchie soit compatible avec les devoirs alimentaires au sein de la famille nucléaire ; ces obligations relèvent toutes deux des charges du mariage (art. 221) et doivent être traitées de manière égale<sup>(295)</sup>.

**830. Répartition entre créanciers de même rang.** Si plusieurs créanciers de même rang réclament un secours, le tribunal saisi d'une demande de délégation de sommes peut déterminer la répartition à opérer entre eux, en fonction de leurs besoins respectifs (art. 1390*bis*, al. 6, C. jud. ; *supra*, n° 506). Dans les autres hypothèses, le concours se règle par une distribution par contribution<sup>(296)</sup>.

---

(294) J.P. Tournai, 25 mai 2004, *J.T.*, 2006, p. 293 ; J.P. Westerlo, 25 novembre 2002, *J.J.P.*, 2005, p. 458. On veillera à ne pas confondre cette hypothèse avec celle où l'enfant mineur ou en formation est *marié* et dispose de deux catégories de *débiteurs*, ses parents et son conjoint, le second devant intervenir en priorité (*supra*, n° 825).

(295) J. GERLO, « Recente ontwikkelingen in het alimentatierecht », *o.c.*, p. 27, n° 8.

(296) A.-Ch. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, *o.c.*, p. 114.

# INDEX ALPHABÉTIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes. Ceux indiqués en gras renvoient aux numéros où le sujet est traité à titre principal ou plus en profondeur.

## A

A.D.N. 115, 138, 604, 618

### Abandon

- — de famille 465, 507, 508, 779, 799, 823
- — moral (du conjoint) 349
- — de résidence conjugale (cause de divorce) 345, 446

*Voy. aussi* Désistement d'action/d'appel

### Absence

- administration (statut) 170
- notion 25
- bigamie 328
- présomption d'— 25-1
- déclaration d'— 28
- présomption de paternité 610

**Abus de droit** 398, 584, 822

**Acceptation de succession** *voy.* Option héréditaire

**Accession** 396-2

### Accouchement

- — anonyme 73, 74, 607, 608, 626, 660
- avis d'— 46
- filiation maternelle 607, 625
- recherche de maternité 673

*Voy. aussi* Maternité de substitution

**Accroissement** (clause d'—)

- capacité 186, 294
- cohabitation légale 425
- divorce (résiliation) 551
- union libre 397

### Achat

- capacité (immeuble/meuble) 192, 287, 295

### Acquiescement

- action d'état 35

- action en divorce 455

- capacité 195

**Acte authentique** *voy.* Acte d'état civil, Inscription de faux

**Acte conservatoire** 255, 258

### Acte d'état civil

- acte de décès 51-52, 268
- acte de déclaration d'enfant sans vie 48, 128
- acte de déclaration de mariage 54, 332, 333, 341
- acte de mariage 55, 336, 594
- acte de naissance 46-47, 607, 608, 615, 625, 632, 704
- acte de reconnaissance d'enfant 50, 632, 636
- copie 45, 54, 58, 60
- extrait 45, 58, 60, 62
- force probante 58, 337
- mention marginale 44, 50, 55, 64, 81, 607, 615, 704
- perte 64
- rectification 28, 46, 59, 64, 78, 79, 88, 91
- transcription 44, 57, 461-1, 462, 614-615, 626, 704, 735

**Acte de la vie courante** (minorité) 261

**Acte de notoriété** 54, 59

**Action alimentaire contre le père de fait** (art. 336)

- capacité 677-6
- délai 677-6
- empêchements à mariage 677-5
- preuve 677-7
- recherche de paternité après l'— 677-8

### Action d'état

- prescription 32, 36, 455

*Voy. aussi* Acquiescement, Créanciers, Désistement d'action/d'appel

**Action en justice**

- capacité 185, 256-258, 293, 309

**Actions de société** *voy.* Société

**Administrateur ad hoc**

- Capacité 180-2, 201-1, 202-1, 204
- Divorce 455

**Administrateur judiciaire** 165

- absent 28

**Administrateur** 179

**Administration légale** (parents du mineur)

- actes juridiques *voy.* Tuteur
- comptes et avoirs bancaires 301
- droit de jouissance légale 263, 295, 748, 751-752, 790
- libéralité (acceptation) 292
- notion 750
- opposition d'intérêts 263, 264-265, 292, 293, 612, 797
- représentation de l'enfant 262, 751-752
- reddition de compte 263, 283, 292, 751-752

*Voy. aussi* Autorité parentale

**Administration** (statut)

- certificat médical 176
- conditions 168-172
- cumul de statuts 182, 215
- mainlevée 181
- malades mentaux (L. du 26 juin 1990) 173
- nullité des actes irréguliers de l'incapable 200 à 200-2
- nullité des actes irréguliers du protecteur 204
- parents 206-208
- personne de confiance 167, 174, 175, 177, 178, 178-1, 179, 108-1, 180-2, 181, 182-5, 182-12, 183-1, 184, 200-3, 201, 202-1
- prodigalité 172
- publicité 180
- requérants 173, 173-1
- requête 175

**Administration** (régime)

- achat 192

- actes extrapatrimoniaux ou personnels 167, 172, 179, 182, 182-1, 182-3 à 182-8, 184-185, 195-3, 200, 204, 213, 402, 543, 615, 691
- action en justice 185
- acquiescement 195
- administrateur 179
- aliénation 186
- autorisation spéciale du juge de paix 184
- assistance 182-9 et 182-10
- bail 188
- capacité de la personne 162, 167, 182-1, 182-2, 182-3 à 182-8, 197-199
- commerce (continuation) 194
- contrat de mariage 182-4
- convention de cohabitation 402
- démission 181
- désignation 177, 179
- dispense d'inscription d'office 187
- emprunt 187
- garanties (à fournir par l'administrateur) 202
- hypothèque (constitution) 187
- libéralité (acceptation) 190
- libéralité (accomplissement) 180-2, 182-4, 200
- opposition d'intérêts 195
- option héréditaire 189
- rapport de gestion 201
- reddition de compte 201
- rémunération 203
- représentation 182-11 et s.
- révision des pouvoirs 181
- transaction 193, 195

**Adoption** (conditions)

- âge 686, 692
- apparentement 689, 732
- aptitude 687, 730-731, 739
- capacité 182-5, 253, 691
- consentement dépersonnalisé 699
- consentement personnalisé 698
- consentements 684, 691, 693, 695, 696, 698, 699, 701
- détournement 680
- droit international privé 741-743
- — endofamiliale (enfant du partenaire) 76, 679, 684, 686, 687, 688, 694, 701, 708, 712, 713, 726, 754

- état civil 704
  - filiation établie après l'— 685
  - homosexualité 76, 684, 706
  - intérêt supérieur de l'enfant 702
  - intérêts légitimes 702
  - justes motifs 680, 702
  - maternité de substitution 119, 607, 626, 680, 692, 703
  - nom 76-77, 706, 724
  - nouvelle — 77, 694, 701, 728
  - origines (recherche) 604, 704, 735
  - préparation 688, 701, 730
  - requête 701, 734
  - rétractation (de consentement) 697
  - rétroactivité 705, 723, 735
  - révision 714, 715, 727
  - subsidiarité 681, 729, 738
  - suivi post-adoptif 690
- Adoption plénière** (spécificités)
- autorité parentale 725-726
  - capacité 719
  - conversion en adoption simple 722, 743
  - effets 723-726-1
  - empêchement à mariage 762-1
  - irrévocabilité 728
  - nom 76, 724
  - obligation alimentaire 723
  - succession 723
- Adoption simple** (spécificités)
- autorité parentale 707-708
  - conversion en adoption plénière 722, 743
  - effets 705-713
  - empêchements à mariage 713
  - nom 77, 706, 716
  - obligation alimentaire 710-711
  - prénom 706
  - révocation 716, 717
  - succession 712
  - tutelle 709
- Adoption internationale** (spécificités)
- adoptabilité 738, 739
  - aptitude 730-731, 739
  - apparentement 732
  - contact préalable (interdiction) 736
  - déplacement de l'enfant 732, 733-733-1, 739
- droit international privé 741-743
  - encadrement 690, 732
  - — indépendante 732
  - notion 729
  - préparation 730
  - procédure 734, 740
  - rapatriement 736
  - suivi post-adoptif 690
- Adresse de référence** 101
- Adultère**
- constat 138, 464
  - notion 442
- Adultérin** (enfant —)
- information du conjoint 636
  - discrimination ancienne 603-604
  - nom 70
  - recherche de paternité 665, 668, 676, 677-4
- Agence matrimoniale** *voy.* Courtage matrimonial
- Aide à la jeunesse**
- capacité d'agir du mineur 254
- Alcoolisme**
- administration 170
  - cause de désunion irrémédiable 448
  - mariage (consentement) 325
  - traitement des malades mentaux (L. du 26 juin 1990) 242
- Alibei** 494
- Aliénation**
- capacité 186, 287, 308
  - — parentale 5, 761
- Aliments** *voy.* Pension alimentaire
- Alliance** 484
- Allocations familiales** 749-750, 754, 789, 790, 799
- Amour**
- lien d'affection (art. 375*bis*) 780-781
  - mariage de raison 314
- Animal** 12, 371
- Annulation** *voy.* Capacité, Nullité, Nullité du mariage, Reconnaissance
- Apparence**
- capacité 204, 303
  - domicile 97
  - union libre (mandat) 388-389

**Apport en communauté**

- divorce 514

**Aptitude à adopter** *voy.* Adoption (conditions)**Arbitrage** (convention d'—)

- capacité 193, 296

**Argent**

- conflits d'— (cause de désunion irrémédiable) 448
- mesures urgentes (en mariage) 371

*Voy. aussi* Administration légale (comptes et avoirs bancaires), Tuteur

**Arriération mentale** *voy.* Handicap (mental)

*Arriérés* *voy.* Délégation de sommes, Pension alimentaire

*Assistance* *voy.* Administration (régime) et Emancipation

**Assurance-groupe** 554

**Assurance-vie** 21, 108, 127, 131, 434-10, 514, 554

**Astreinte**

- autorité parentale 777-2
- cohabitation légale 411
- droits de la personnalité 115, 133, 157
- relations personnelles 782
- expertise génétique 623

**Atténuation des fautes (graves)** 488

*Voy. aussi* Divorce, Pension alimentaire

**Attestation** (preuve de désunion irrémédiable) 468

**Attribution préférentielle**

- violences intrafamiliales 366

**Audition de l'enfant en justice** 254, 475, 577, 701, 746, 761, 773

**Autodétermination**

- épanouissement personnel 2, 7, 91, 102, 311
- maîtrise de son corps *voy.* Corps humain
- maîtrise de sa vie 107-109

**Automutilation** 124

**Autopsie** *voy.* Dépouille mortelle

**Autorité centrale communautaire**

- adoption interne 679, 688, 689, 690, 701

- adoption internationale 679, 729, 730, 731, 732, 733, 733-1, 738, 739

**Autorité centrale fédérale** (adoption) 679, 704, 729, 731, 734, 737, 738, 739

**Autorité de la chose jugée**

- action d'état 38
- action relative à la filiation 614

**Autorité parentale** (prérogatives)

- adoption 707-708, 725-726
- — au sens large 747, 757, 762
- capacité requise 182-6, 255
- contraception 120
- déchéance *voy.* Déchéance (de l'autorité parentale)
- domicile de l'enfant 98, 763, 749-750, 775, 760-1
- droit aux relations personnelles 565, 749-750, 770, 780

*Voy. aussi* Relations personnelles

- droit d'administration des biens de l'enfant 751-752

*Voy. aussi* Administration légale

- droit d'éducation 284, 749-750
- droit de jouissance légale 263, 295, 748, 751-752, 790
- droit de surveillance 749-750, 764-765, 772
- droit d'information 749-750, 764-765, 772
- droit d'hébergement 749-750

*Voy. aussi* Hébergement de l'enfant

- impossibilité durable d'exercice 268
- interruption volontaire de grossesse 121
- médiation 760
- relations personnelles (droit aux) 764 (*modalités réparties dans l'index*)
- résidence de l'enfant 100
- traitement médical 113
- transsexuels 92

**Autorité parentale** (exercice)

- aménagement judiciaire 769 et s.
- conventions 748, 756, 760
- exécution forcée 746, 760, 770, 777

- exercice conjoint 564, 751-752, 756, 758, 7632, 770, 773, 775
- exercice exclusif généralisé 565, 758, 762-765, 774, 776
- exercice exclusif modalisé 566, 766-767
- présomption d'accord à l'égard des tiers 207, 757, 767, 775
- recours *a posteriori* 756, 764-765, 775-776
- recours *a priori* 756, 764-765, 773-774
- suspension 764-765, 770
- renonciation 565

**Avance**

- part de communauté 480
- pension alimentaire *voy.* Centre public d'action sociale, Service des créances alimentaires

**Avantage matrimonial**

- divorce 434-10, 514, 558
- séparation de corps 593
- *Voy. aussi* Institution contractuelle

**Avarice** 448**Aveu**

- preuve de la désunion irrémédiable 466
- preuve de la paternité biologique (art. 336) 677-7
- preuve en matière de filiation 624

*Voy. aussi* Collusion**Avis d'accouchement** 46**Avortement** *voy.* Interruption volontaire de grossesse**B****Bail**

- capacité 198, 290
- cohabitation légale 411, 422-1
- divorce par consentement mutuel 552
- union libre 397

**Beau-parent** *voy.* Recomposition familiale**Bénéfice d'inventaire** *voy.* Option héréditaire**Bigamie**

- présomption de paternité 610

*Voy. aussi* Absence, Nullité du mariage**Bonne foi**

- exécution de — des conventions préalables à divorce par consentement mutuel 584
- présomption d'accord parental 757, 767, 775

**C****Cadavre** *voy.* Dépouille mortelle**Cadeaux**

- fiançailles 316

**Caducité**

- avantages matrimoniaux 434-10, 514
- conventions préalables à divorce par consentement mutuel 581
- fiançailles 316
- mesures urgentes 363, 368, 474, 517
- provision alimentaire 479, 592

**Calomnie** 157, 448**Caméra** *voy.* Vidéosurveillance**Capacité (généralités)**

- — d'exercice 162
- — de jouissance 11, 162
- notion 162

*Voy. aussi* Incapacité de fait**Capitalisation (pension alimentaire)** 511**Capitiaux**

- — de la personne sous tutelle 278
- — du mineur (réception et quittance) 300, 309
- — du mineur (gestion) 284, 295, 299
- contribution alimentaire pour l'enfant (art. 203) 790
- pension alimentaire après divorce 495-2, 496
- pension alimentaire de droit commun 812, 814

**Caricature** 153, 156, 157**Carte d'identité** 62**Carte de crédit** 187, 195-1, 288**Célibat (clause de —)** 315**Censure** 133, 136**Centre public d'action sociale (C.P.A.S.)**

- administration 173

- tutelle 270
- Voy. *aussi* Pension alimentaire
- Certificat de composition de ménage**
  - preuve de la cause de divorce 468
  - preuve en matière de filiation 624
- Certificat médical**
  - divorce (preuve de désunion irrémédiable) 468
  - incapacité 176
  - malades mentaux (L. du 26 juin 1990) 245, 246
  - vie privée 131
- Chat** 469, 764-765
- Voy. *aussi* Téléphone, GSM, E-mail
- Chômage** (pension alimentaire) 495-2, 496, 586, 794
- Clientèle** 553
- Coffre** voy. Compte bancaire et coffre
- Cohabitant**
  - adoption (définition de —) 684, 708, 726
  - — légal voy. Cohabitation légale
- Cohabitation légale**
  - adoption 684, 708, 726
  - charges de la cohabitation 406, 426
  - cohabitation effective 402, 405
  - conditions 402, 403
  - convention de cohabitation 403, 423-426
  - déclaration 403
  - devoir d'entretien des enfants (art. 203) 406, 793
  - logement (protection) 411, 415
  - pension alimentaire 414, 431, 432
  - régime patrimonial 415
  - rupture 427 et s.
  - succession 422-1
- Voy. *aussi* Mesures urgentes (en cohabitation légale)
- Collocation** 241
- Collusion**
  - divorce (preuves) 463, 466
  - filiation 624
- Comaternité**
- Voy. coparente
- Commerce**
  - capacité 194, 278, 297
  - divorce par consentement mutuel 553
  - émancipation 306
  - mesures urgentes (en mariage) 370
- Commission fédérale de contrôle et d'évaluation** (euthanasie) 109
- Communauté universelle** 514
- Communication** (secret de la —) 144
- Compensation des fautes (graves)** 488
- Voy. *aussi* Divorce, Pension alimentaire
- Compte bancaire et coffre**
  - convention de vie commune 397
  - mesures urgentes (en mariage) 371
  - union libre 392
- Voy. *aussi* Administration légale, Tuteur
- Conception** (date de la —) 19, 675
- Conciliation**
  - action alimentaire contre le père de fait (art. 336) 677-4
  - reconnaissance d'enfant 638
- Concubinage** voy. Union libre
- Conflit d'intérêts** voy. Opposition d'intérêts
- Conseil supérieur de l'adoption** 679
- Consentement éclairé** 109, 113, 115, 117, 120, 122
- Consentement renforcé** voy. Insanité d'esprit
- Consommation** (non- — du mariage) 326
- Constat d'adultère** 464
  - protection de la vie privée 347, 464
- Constitution de partie civile**
  - capacité 185, 258, 293
- Contestation de filiation maternelle**
  - capacité 612
  - décès 613
  - délai 618
  - inconstitutionnalités 625
  - possession d'état 620 à 621-1, 625
  - preuve 623-624 (*contenu réparti dans l'index*)
  - séparation de fait 610-1, 628
  - titulaires 616
- Voy. *aussi* Maternité de substitution, Procréation médicalement assistée
- Contestation de filiation paternelle**
  - capacité 612

- décès 613
  - délai 618
  - dénégation 628, 630
  - inconstitutionnalité 619, 621
  - nom (incidence sur le) 71-72
  - père biologique 617
  - possession d'état 620 à 621-1
  - preuve 623-624, 629, 630, 631  
(*contenu réparti dans l'index*)
  - preuve de la désunion irrémédiable 465
  - séparation de fait 345
  - titulaires 616
- Voy. aussi* Procréation médicalement assistée
- Contestation de reconnaissance**
- délai 644
  - inceste 639
  - inconstitutionnalité 645, 647, 661, 663
  - pluralité de reconnaissances 635
  - possession d'état 646, 647-659
  - preuve 623-624, 662 (*contenu réparti dans l'index*)
  - titulaires 642
  - vice de consentement 662
- Voy. aussi* Maternité de substitution, Procréation médicalement assistée
- Contraception** 120
- Contrat de mariage**
- capacité 182-4, 253, 309, 323
  - mariage *in extremis/in articulo mortis* 319
- Contrat de travail**
- capacité 253
  - démission (d'emploi) 501
  - vie privée et — 139
- Contre-lettre** 579
- Convention de cohabitation** *voy.* Cohabitation légale, Union libre
- Convention de New York relative aux droits de l'enfant** 604 **Convention de vie commune** *voy.* Cohabitation légale, Union libre
- Convention européenne des droits de l'homme**
- art. 2 12, 105-106, 109, 121
  - art. 3 111, 161
- art. 5 161
  - art. 6 80, 161, 241, 434, 748
  - art. 8 (vie privée) 66, 79, 90, 124, 131, 136, 144, 161, 315, 326, 376, 434, 463-464, 469, 470, 604
  - art. 8 (vie familiale) 66, 79, 90, 94, 241, 315, 375, 434, 604, 613, 618, 681, 746, 762, 764, 771, 780
  - art. 10 131, 136, 150, 157
  - art. 12 90, 315, 326, 336, 375, 376, 434, 681
  - art. 14 29, 90, 315, 604, 748
- Conventions préalables** *voy.* Divorce par consentement mutuel
- Coparente** 602, 609, 616, 617, 631, 677-2
- Copie** *voy.* Acte d'état civil
- Corps humain**
- intégrité physique (protection) 111, 115, 119, 445, 623
  - maîtrise du corps (disposition) 90, 115-1, 116, 162, 176, 182-7, 242, 376, 445, 446
- Correspondance** 139, 143, 469, 749-650
- Coups et blessures** 113, 124, 366, 447, 465, 489
- Courtage matrimonial** 317
- Créanciers**
- action d'état 37
  - action en divorce 455
  - divorce par consentement mutuel 555
  - union libre 394
- Crémation** *voy.* Sépulture
- D**
- Décès**
- constatation 22, 129
  - effets 21
  - déclaration judiciaire de — 24, 51
  - périnatal 48
- Voy. aussi* Droits de la personnalité
- Déchéance**
- — de l'autorité parentale 179, 211, 454, 695, 754, 791, 799
- Voy. aussi* Avantage matrimonial, Institution contractuelle
- Déclaration anticipée** *voy.* Euthanasie

**Déclaration d'absence** 25, 28  
**Déclaration de mariage** 332-333  
 – acte de — *voy.* Acte d'état civil  
**Déclaration de naissance** 46  
**Déclaration judiciaire de décès** 24  
**Délégation de sommes** 817-820  
 – avis de — 820  
 – arriérés de pension alimentaire 819  
 – cohabitation légale 407, 414  
 – devoir d'entretien (art. 203) 799  
 – mariage 354, 367  
 – procédure de divorce 479  
 – divorce par consentement mutuel 568  
 – divorce pour cause de désunion irrémédiable 505  
 – pension alimentaire successorale 803  
 – rétroactivité 819  
**Déménagement** (autorité parentale) 770  
**Démission** (d'emploi – pension alimentaire) 501  
**Dépouille mortelle**  
 – autopsie 127, 182-8  
 – filiation (recherche de) 623, 667  
 – image 149  
 – protection 12, 125  
 – *Voy. aussi* Sépulture  
**Dépression**  
 – divorce pour désunion irrémédiable 441  
 – euthanasie 109  
**Désaveu de paternité** *voy.* Contestation de filiation paternelle  
**Désistement d'action/d'appel** 35, 455, 461, 613, 667  
**Désolidarisation** 555  
**Détective privé** 139, 150, 468  
**Détention**  
 – administration (statut) 170  
 – aliments 814  
 – autorité parentale/tutelle 268  
 – correspondance 143  
*Voy. aussi* Malades mentaux  
**Devoir d'investigation** *voy.* Bonne foi  
**Diagnostic prénatal** 16  
**Diffamation** 133, 156, 157

**Dignité humaine** 116, 812  
**Diplôme**  
 – devoir d'entretien des enfants 794-795  
 – obligation alimentaire 495-2  
**Discernement**  
 – adoption 691  
 – reconnaissance d'enfant 633  
*Voy. aussi* Mineur  
**Disparition** 23-24  
**Dispense d'inscription d'office** 187  
**Dissolution du mariage**  
 – dates et rétroactivité 350, 462, 477, 479, 512, 575, 580  
 – liquidation du régime matrimonial 369, 480, 495-2, 512-513, 593  
 – filiation (contestation de —) 483  
 – nationalité 486  
 – nom 485  
*Voy. aussi* Avantage matrimonial, Indivision post-communautaire, Pension alimentaire  
**Divorce par consentement mutuel**  
 – capacité 182-4, 543  
 – conditions 542-544  
 – convention relative aux époux 548-561-1 (*contenu réparti dans l'index*)  
 – convention relative aux enfants 562-569 (*contenu réparti dans l'index*)  
 – décès en cours de procédure 557-558, 575  
 – délégation de sommes 568  
 – erreur 586-1  
 – filiation paternelle (contestation/établissement) 610-1, 628  
 – inventaire 546-547  
 – lésion qualifiée 586-1  
 – modification des conventions 567-569, 578, 582, 583, 584, 585  
 – passerelle entre procédures 591  
 – résidence des époux 559  
 – requête 571  
 – révision judiciaire des conventions 561-1, 576, 584-585  
 – transcription du jugement 575  
 – voies de recours 575

*Voy. aussi* Autorité parentale, Dissolution du mariage, Pension alimentaire

**Divorce pour cause de désunion irrémédiable**

- action d'état 455
- abandon du domicile 446
- adultère 138, 442, 464
- avantage patrimoniaux (déchéance) 434-10, 514
- capacité 182-4, 455
- causes de désunion irrémédiable 442-448 (*contenu réparti dans l'index*)
- comparution 458
- décès en cours de procédure 455
- délais 439, 440
- demande ampliative 460,
- demande conjointe 440, 462-1
- demande reconventionnelle 457, 460
- demande unilatérale 439, 462-1
- dépens 462-1
- droit transitoire 434-1 et s.
- filiation paternelle 626
- homologation (accords sur mesures urgentes) 458, 459, 472
- introduction de la demande 457
- notion 441
- passerelle entre procédure 591
- preuve 463-470 (*contenu réparti dans l'index*)
- représentation (incapable) 182-4, 455
- séparation de fait (preuve) 438, 463
- transcription du jugement 57, 461-1, 482
- violences 447
- voies de recours 461

*Voy. aussi* Autorité parentale, Dissolution du mariage, Mesures urgentes (en instance de divorce), Pension alimentaire

**Dol**

- divorce par consentement mutuel 554, 586
- reconnaissance 660, 662

*Voy. aussi* Nullité du mariage

**Domicile**

- — apparent 97

- — civil 95-96
- — de droit 97
- élection de — 99
- enfant mineur 98, 749-750, 760-1
- — judiciaire 95-96
- violation de — 145
- — professionnel 97

**Dommages-intérêts**

- action alimentaire contre le père de fait 677-4
- administration (nullité d'un acte) 200, 204
- adultère et infidélité 347
- aliments 822
- autorité parentale 769, 775
- contre-lettre 579
- décès du partenaire affectif 374
- divorce par consentement mutuel 586
- droit aux relations personnelles 782
- droits de la personnalité 133, 150
- expérimentation sur sujets humains 115-1
- fiançailles (rupture) 316j
- ournaliste 157
- mandataire (protection extrajudiciaire) 219
- mariage (officier de l'état civil) 325
- maternité de substitution 119
- protection du nom 66
- responsabilité des parents (art. 1384, al. 2) 251, 303
- responsabilité médicale 113
- secret des communications 144
- tuteur 284, 303
- union libre (rupture) 380
- *wrongful life/birth/pregnancy* 121

**Don manuel** *voy.* Libéralité

**Donation** *voy.* Libéralité

**Données nominatives** (traitement automatisé des —) *voy.* Vie privée

**Donneur** (de sperme) *voy.* Procréation médicalement assistée

**Dopage** 123

**Dossier répressif** 464, 465, 624

**Dot** 326

**Droit de réponse** 134, 157

**Droits de la personnalité**

- décès 54, 103 et s.
- *Voy. aussi* Corps humain, Honneur, Image, Mineur, Vie, Vie privée, Voix

**Droits des patients** *voy.* Traitement médical

**Droits transitoire (divorce)** 434-1 et s.

**E**

**Écoute téléphonique** 137-139, 144

**Éducation** *voy.* Obligation parentale d'entretien, d'éducation et de formation

**E-mail**

- autorité parentale 764-765
- droit aux relations personnelles (art. 375*bis*) 782
- preuve de la désunion irrémédiable 469
- vie privée en milieu professionnel 139

*Voy. aussi* Correspondance, Téléphone, GSM, Chat

**Émancipation**

- actes juridiques *voy.* Tuteur
- assistance 308-309
- capacité résiduelle 307
- capacité à demander l'— 254
- cessation de la tutelle 282
- curateur 306, 309
- euthanasie 109, 306
- opposition d'intérêts 306
- sort des actes irréguliers du mineur 310

**Embryon** 12, 106, 115-1, 117, 117-1, 118, 182-7, 618, 626, 672, 677-2

**Empêchements à mariage** *voy.* Nullité du mariage

**Emprisonnement** *voy.* Détention

**Emprunt**

- capacité 187, 288, 308
- divorce par consentement mutuel 551

**Endofamiliale** (adoption —) *voy.* Adoption, Recomposition familiale

**Enfant mort-né** 17, 48, 128

**Enfant trouvé** 49

**Enlèvement d'enfant**

- adoption (révision) 714
- adoption internationale 736
- enlèvement international d'enfant 736, 778

**Enquête**

- — sociale (art. 1253ter/6 C. jud.) 475
- — sociale (adoption) 687, 696, 701, 761-1

*Voy. aussi* Témoignage

**Enregistrement** (audiovisuel)

- preuve de la cause de désunion irrémédiable 470
- données nominatives (L. du 8 décembre 1992) 140, 152

**Enrichissement sans cause** 379, 828

**Environnement** (droit à un — sain) 145

**Épargne** (du mineur) 752

**Erreur**

- divorce par consentement mutuel 554, 586, 586-1
- reconnaissance 662

*Voy. aussi* Nullité du mariage

**Espace-rencontres** 764-765, 782

**Établissement judiciaire de la filiation** *voy.* Recherche de maternité/paternité

**État** (des personnes) 29 et s.

- cohabitation légale 400, 404
- indisponibilité 31, 397

**État civil**

- officier de l'— (compétence) 41-42, 91, 128, 325, 326, 403, 429-430, 610-1, 615, 632, 636, 675, 677-7, 735
- registres des actes 43-44
- registre d'attente pour les candidats réfugiés 60
- registre de la population 53, 60, 62, 180, 404, 423, 429-430
- registre des étrangers 60
- Registre national des personnes physiques 61, 180, 404

*Voy. aussi* Acte d'état civil

**État liquidatif** 512

**Étranger** *voy.* État civil

**Études** *voy.* Autorité parentale, Obligation parentale d'entretien, d'éducation et de formation

**Euthanasie** 5, 6, 21, 22, 52, 107, 109, 109-1, 182-7, 213, 253, 306.

*Exceptio plurium concubentium* 675, 677-7

**Exception dilatoire** *voy.* Mineur (action en justice)

**Exécution forcée** *voy.* Autorité parentale, Notaire, Saisie

**Exercice conjoint/exclusif** *voy.* Autorité parentale

**Exhumation** *voy.* Sépulture

**Expérimentation** (sur sujet humains) 115-1, 117

**Expertise**

- — génétique 115, 623, 630, 662, 673
- — médicale 176
- — psychologique 746, 761-1
- — sanguine 115, 623

*Voy. aussi* Enquête (sociale), Étude sociale

**Expulsion du logement** 411

**Extrait** *voy.* Acte d'état civil

## F

**Facture** 438

*Fama* *voy.* Possession d'état

**Famille d'origine** *voy.* Adoption

**Famille recomposée** *voy.* Recomposition familiale

**Faux**

- — serment 547

*Voy. aussi* Inscription de faux

**Fécondation *in vitro*** *voy.* Procréation médicalement assistée

**Femme au foyer** 495, 495-1, 495-2

**Fiançailles** 316

**Fidélité** *voy.* Mariage (effets)

**Filature** 137-139

**Filiation comaternelle** (légale) 609

**Filiation maternelle** (légale) 607-608

**Filiation paternelle** (légale)

- conflit de paternité 610
- présomption (et désactivation) 483, 609-610-1, 636, 666

**Fiscalité** 4

- adoption 712

- autorité parentale 749-750

- cohabitation légale 400

- devoir d'entretien des enfants (art. 203) 786

- domicile 98

- mariage 344

- pension alimentaire 495-2, 496

- preuve de la désunion irrémédiable 448

- union libre 398

**Fœtus** 12, 48, 106, 121, 128

**Fonds de commerce** *voy.* Commerce

**Formation** *voy.* Autorité parentale, Obligation parentale d'entretien, d'éducation et de formation

**Frais funéraires** 785, 809

**Fraude**

- aliments 823

- adoption 680, 736

- reconnaissance 657

**Funérailles**

- mode de — 53, 128

- frais funéraires 785, 809

*Voy. aussi* Sépulture

## G

**Gage**

- capacité 187, 289, 308

**Gamète** *voy.* Procréation médicalement assistée

**Garde** *voy.* Autorité parentale

**Gériteur** *voy.* Action alimentaire contre le père de fait, Contestation de filiation paternelle, Reconnaissance

**Gestation pour autrui** *voy.* Maternité de substitution

**Gestion d'affaires**

- incapacité de fait 165, 209

**Grands-parents**

- adoption 703, 707, 725

- aliments 804, 826

- autorité parentale 771

- devoir d'entretien (art. 203) 791

- relations personnelles 781

**Grossesse**

- durée de la — 19, 128, 675

- reconnaissance prénatale 634

*Voy. aussi* Maternité de substitution

*GSM voy.* Téléphone, SMS, E-mail, Chat

## H

### Handicap

- adoption 731
- capacité 176, 182-2
- divorce par consentement mutuel 578
- préjudice lié au — 121
- tutelle scindée 272

**Harcèlement** 145, 365, 448, 476

### Hébergement de l'enfant

- — principal/secondaire 564, 759, 786
- — égalitaire 98, 564, 565, 759, 763, 788
- — par un tiers 564, 749-750, 756, 759
- médiation 760
- règlement amiable 355-356, 760

### Héritiers

- action d'état 37, 455, 613, 667
- action en nullité 200-2

*Voy. aussi* Obligations alimentaires (successorales)

**Hiérarchie** *voy.* Obligations alimentaires

### Hermaphrodite 88

### Homologation

- — convention relative à l'autorité parentale 760
- déclaration du choix de l'administrateur 179
- déclaration parentale de choix du tuteur 270
- divorce par consentement mutuel 574
- mesures urgentes (divorce pour cause de désunion irrémédiable) 458, 459, 472
- règlement conventionnel de la pension alimentaire 493
- transaction sur pension alimentaire 510

### Homosexualité

- adoption 679, 684, 708
- adultère ou infidélité 346, 443
- autorité parentale 746, 749-750, 753
- cohabitation légale 400

- droit aux relations personnelles (art. 375*bis*) 781
- mariage 92, 324
- procréation médicalement assistée 118

*Voy. aussi* Recomposition familiale

### Honneur (droit à l'—)

- affaires judiciaires 138
- cause de désunion irrémédiable 448
- décès 156
- journaliste (déontologie) 157
- personne publique 157
- notion 102-103, 156
- satire 157

**Huissier de justice** 464, 777-1

### Hypothèque (constitution d'—)

- capacité 187, 289, 308

## I

### Image (droit à l'—)

- caricature 150, 156
- consentement 150
- décès 149
- dommages-intérêts 133
- lieu public 150
- notion 147
- personne publique 150
- photographe 150
- portrait 147, 149
- publication du jugement 134
- vidéosurveillance 150

**Imitation (spectacle)** 154

### Impossibilité

- — durable d'exercer l'autorité parentale 268

**Imprévision (théorie de l'—)** 560, 584

**Incapacité de fait** (sans statut de protection) 113, 120, 122, 164-165, 200-1, 228, 455

**Inceste** *voy.* Mariage (empêchements), Recherche de paternité, Reconnaissance (acte)

**Incinération** *voy.* Sépulture

### Indemnité d'occupation

- mariage 366, 369
- cohabitation légale 406, 411
- instance en divorce 477, 479, 512

Voy. *aussi* Indivision post-communautaire

**Indice**

- — des prix à la consommation 499, 561, 799
- — santé 499, 561

**Indignité** (exception d'—) 478, 796, 813

**Indivision**

- pacte d'— (capacité) 191, 294, 308
- pacte d'— (divorce par consentement mutuel) 549, 552

*aussi* Attribution préférentielle, Indivision post-communautaire, Présomption (de propriété, d'indivision)

**Indivision post-communautaire**

- date de début 462, 477, 512
- mesures urgentes (en mariage) 369

Voy. *aussi* Indemnité d'occupation

**Inexistant** (mariage —) voy. Nullité du mariage

**Infans**

- fiction *Infans conceptus* 18

Voy. *aussi* Discernement

**Information** (droit à l'—) voy. Vie privée, Autorité parentale

**Inhumation** voy. Sépulture

**Insanité d'esprit** 164, 200-2

Voy. *aussi* Consentement renforcé

**Inscription de faux** 58, 464

**Insémination artificielle** voy. Procréation médicalement assistée

**Institution contractuelle**

- divorce 514, 558

Voy. *aussi* Avantage matrimonial

**Insulte** 448

**Intégrité physique** voy. Corps humain

**Intérêt de l'enfant**

- adoption 679, 681, 683, 702-703, 707, 726
- autorité parentale 745, 754, 757, 759, 770, 773
- droit aux relations personnelles (art. 375bis) 781
- appréciation *in concreto* en droit de la filiation 7, 638, 645, 647, 661, 670, 675, 677-1
- recherche de paternité 671-1

- reconnaissance d'enfant 634-3, 637, 655

**Interruption thérapeutique de grossesse** 16, 48, 121, 608

**Interruption volontaire de grossesse** 12, 48, 106, 121, 182-7

**Intersexuel** 88

**Intervalle lucide** 200, 325

**Inventaire**

- — complémentaire 547
- divorce par consentement mutuel 546-547
- tutelle 277

**J**

**Journal intime** 139, 469

**Journaliste** voy. Honneur, Image, Vie privée

**L**

**Laïcité** 6, 139

**Légitimation par adoption** 679

**Legs** voy. Libéralité

**Lésion** voy. Rescision pour lésion

**Lettre** (confidentielle) voy. Correspondance

**Libéralité**

- acceptation de — (capacité) 190, 292, 309
- capacité d'accomplir une — (capacité) 164, 180-2, 182-4, 200, 254, 285, 307
- divorce par consentement mutuel 558
- donation aux enfants communs 552
- union libre 375

**Liberté d'expression et de presse** voy. Convention européenne des droits de l'homme (art. 10), Presse

**Liquidation** (du régime matrimonial) voy. Dissolution du mariage

**Livret de mariage** 56

**Logement**

- administration 184-1, 186
- cohabitation légale 411
- mariage 366, 559
- union libre 397

**Loisirs** *voy.* Obligation parentale d'entretien, d'éducation et de formation

## M

**Maison de retraite** 184-1, 248, 348

**Majorité** *voy.* Minorité

**Malades mentaux** (L. du 26 juin 1990)

- conditions 242
- maintien en traitement 247
- mise en observation 245-246
- personne de confiance 245
- rapport médical 245, 246
- soins en milieu familial 248
- traitement médical 161

*Voy. aussi* Incapacité de fait

**Maîtrise de son corps** *voy.* Corps humain

### Mandat

- — apparent 389
- divorce par consentement mutuel 573
- incapacité de fait 165

### Mandat de protection extrajudiciaire

- contrat 210-213
- début 214
- fin 220-239
- juge de paix 214, 215
- mandant 210
- mandataire 211
- obligations 217
- opposition d'intérêts 217
- personne de confiance 213
- pouvoirs 215, 216
- principes directeurs 213
- publicité 214
- responsabilité 218, 219

**Marckx** (arrêt —) 375, 605

### Mariage

- âge nubile 321, 340
- administration 182-4
- célébration 336, 340
- consentement 325, 340
- consentement parental 323
- déclaration de — 54, 332-333, 340
- dispense d'âge 322
- émancipation 305
- empêchements 330-331, 340, 484, 669, 677-4
- —(s) homosexuels 92, 324

- — *in extremis/in articulo mortis* 319
- mineur 253, 255
- — posthume 319
- — putatif 336, 342
- — de raison 314
- — forcé 327
- — simulé 326, 340

*Voy. aussi* Nullité du mariage

### Mariage (effets du —)

- devoir d'assistance 348, 349, 448, 594
- devoir de cohabitation 344-345, 376, 405, 446, 594, 609
- devoir de contribution aux charges du mariage 351, 377
- devoir de fidélité 346-347, 376, 405, 444, 593, 609
- devoir de secours 350, 377, 414, 593
- régime matrimonial 343
- solidarité pour les dettes ménagères 344, 351, 369, 559

*Voy. aussi* Mesures urgentes (en mariage)

### Maternité de substitution

- adoption 680, 692, 695, 703
- contestation de filiation maternelle 626
- contestation de reconnaissance 660
- filiation maternelle (légale) 607, 608
- notion 119
- recherche de maternité 675

**Média** *voy.* Droit de réponse, Honneur, Image, Vie privée

**Médiation familiale** *voy.* Modes de règlement alternatifs des conflits

**Mention marginale** *voy.* Acte d'état civil

**Mère porteuse** *voy.* Maternité de substitution

### Mesures urgentes (en mariage)

- conditions 357-359, 362
- compte bancaire et coffre 371
- délégation de sommes 367
- durée 363, 368, 371
- enfants 368
- faute (incidence) 367

- filiation paternelle (contestation/établissement) 628, 665
- inventaire 372
- patrimoine 369, 413, 480
- procédure 360-361
- profession 370
- scellés 372
- secours alimentaire 367
- séparation (organisation) 362, 365
- violences intrafamiliales 366

**Mesures urgentes (en instance de divorce)**

- autorité parentale 517
- accord sur les —458
- délégation de sommes 479
- durée 474
- faute (incidence) 478
- filiation paternelle (contestation/établissement) 610-1, 628
- introduction de la demande 457
- provision alimentaire 350, 478
- révision 474
- mesures concevables 476 et s. et *voy.* Mesures urgentes (en mariage)

**Mesures urgentes (en cohabitation légale)**

- conditions 408
- délégation de sommes 407, 414
- durée 410
- — liées à la rupture 432
- mesures concevables *voy.* Mesures urgentes (en mariage)
- procédure 409
- violence 411

**Méthode Renard** 568, 585, 789**Meurtre** 447, 448, 489**Mineur**

- actes extrapatrimoniaux ou personnels 109-1, 252, 255, 262, 272, 285, 307, 612, 667, 691, 751, 752
- actes de la vie courante 261
- action en justice 256, 797
- autorisation préalable du juge de paix *voy.* Tutelle
- autorité parentale (exercice par le —) 255
- capacité résiduelle 252-258
- discernement 251
- droit à l'image 149
- émancipé 304 et s.

- euthanasie 109-1
- organes (prélèvement et transplantation) 117, 254
- traitement médical 113, 775

*Voy. aussi* Minorité et Emancipation**Mineur étranger non accompagné** 49**Minimex** *voy.* Revenus (d'intégration sociale)**Minorité**

- nullité des actes irréguliers 259-261
- notion 251
- responsabilité civile (art. 1384, al. 2) 251
- suspension de la prescription 668

**Modes de règlement alternatifs des conflits** 355-1, 361

chambres de règlement amiable 355-2, 409

médiation familiale 207, 356, 381, 409, 458, 760

**Mort** *voy.* Décès**N****Naissance** 16, 46**Nationalité** 30, 486**Naturel** (enfant —) 603, 677-4, 703**Nom**

- changement 79
- choix parental 70
- double nom 70
- droit de la personnalité 66
- — du conjoint 485
- enfant sans filiation 75
- — de famille 68
- notion 66
- transmission par adoption *voy.* Adoption
- transmission par filiation 69-75, 632
- rectification *voy.* Acte d'état civil

**Nomen** *voy.* Possession d'état**Non-représentation d'enfant** 750, 777, 779**Notaire**

- absence 26
- adoption 698
- administrateur 179

- convention de vie commune 397
- convention de cohabitation légale 423
- divorce par consentement mutuel 545, 546, 551, 558, 572-573
- liquidation-partage 512
- mandat de protection extrajudiciaire 212
- personne de confiance 178
- reconnaissance d'enfant 632, 636
- tutelle 270, 277
- tutelle officieuse 748

#### Nullité

- capacité 200-200-2, 204, 219, 259-261, 310
- reconnaissance *voy.* Contestation de reconnaissance
- restitutions 200, 204, 219, 259-261, 310

#### Nullité du mariage

- âge nubile 321, 340
- bigamie 28, 328, 340, 610
- célébration (défaut de) 340
- clandestinité 340
- consentement (défaut de) 182-4, 340
- dol 327
- erreur 327, 340
- inceste 329-331
- incompétence de l'officier d'état civil 340
- inexistance 325, 336
- simulation 326, 340
- violence (mariage forcé) 327, 340

#### ○

#### Obligation naturelle (patrimoniales)

- cohabitation légale 406
- union libre 379

*Voy. aussi* Obligations alimentaires

#### Obligation parentale d'entretien, d'éducation et de formation

- action contre les parents 797, 798
- adoption 710, 711
- conjoint du parent 793

*Voy. aussi* Recomposition familiale

- cohabitation légale 406, 793
- contribution parentale 788, 792

- déchéance de l'autorité parentale 791
- divorce par consentement mutuel 567-569
- durée 794-796
- frais extraordinaires 568, 787-1
- hébergement et — 786, 787
- manquement à l'— (cause de désunion irrémédiable) 448
- paiement à l'enfant 568, 798
- père biologique (art. 336) 677-8, 791, 807, 818
- recours contributoire 798
- tuteur officieux 807
- union libre 793

*Voy. aussi* Pension alimentaire

#### Obligations alimentaires

- adoption 710, 711
- alliés 484, 806
- cohabitation légale 431
- conventionnelle (divorce par consentement mutuel) 545, 560-561-1, 582-583, 584, 586-586-1, 822
- — conventionnelles (union libre) 378, 397, 822
- — après divorce pour cause de désunion irrémédiable 487 et s.
- hiérarchie des — 378, 496, 814, 824-830
- mariage 350-354
- — naturelles 379, 406, 677-5, 785, 786, 791, 793, 804, 808-809
- parents en ligne directe 804
- séparation de corps 592
- solidarité passive 792
- — successorales 422-1, 500, 595, 677-8, 793, 803, 805

*Voy. aussi* Obligation parentale d'entretien, d'éducation et de formation, Pension alimentaire

**Officier** (de l'état civil) *voy.* État civil

#### Omission

- — d'un bien de l'inventaire 547
- — d'un bien des conventions patrimoniales 550

**Opposition d'intérêts** *voy.* Administration légale, Administration, Emancipation,

*Mandat de protection extrajudiciaire et Tuteur*

**Opting** (*in/out*) *voy.* Organes

**Option héréditaire**

- capacité 189, 291, 308
- frais funéraires 785, 809

**Organes**

- prélèvement et transplantation 22, 117, 117-1, 129, 254
- opposition au prélèvement 129

**Organisme d'adoption agréé**

- adoption interne 688, 689, 690
- adoption internationale 730, 732, 738

**Origines** (droit à la connaissance des —) 605, 704, 735

**Orphelin** 268, 736

**Oubli** (droit à l' —) 137

**Ovocyte** *voy.* Procréation médicalement assistée

## P

**Pacte de séparation** *voy.* Séparation de fait

**Pacte sur succession future** 397, 423, 557

**Paiement indu** 396-3

**Parenté sociale** *voy.* Recomposition familiale

**Parents d'origine** *voy.* Adoption

**Partage**

- — complémentaire 550
- — inégal (clause de —) *voy.* Avantage matrimonial

**Partage** (successoral ou de régime matrimonial)

- capacité 186, 287, 291, 308
- — provisoire 480

**Participation aux acquêts** 512

**Partie civile** *voy.* Constitution de partie civile

**Parts de société** *voy.* Société

**Passeport** 63

**Patient** (droits du —) *voy.* Traitement médical

**Patrimoine commun** 512

**Pédophilie**

- autorité parentale 454, 759

**Pension alimentaire**

- arriérés 506, 822
- besoin (divorce) 487, 490, 495
- besoin (droit commun) 812
- capitalisation 511
- cessation 498-3
- charges 495-2, 496, 497, 812
- cohabitation légale (incidence) 498-3
- C.P.A.S. 507, 799, 810-811
- décès du créancier 498-3, 561
- décès du débiteur 498-3, 561
- délégation de sommes 505, 817 et s.
- durée 434-8, 498-1, 498-2
- exécution forcée 506, 545, 568, 799, 821-2
- exécution provisoire 504-1, 821-2
- faute grave 488
- indexation 499, 503, 561, 569, 803, 816
- niveau de vie (partage) 479, 495, 804
- oisiveté 812
- — provisionnelle 489
- réciprocité 804
- règlement collectif de dettes 506
- remariage (incidence) 498-3, 496, 501, 503, 561, 585
- renonciation 510, 561
- ressources du créancier 495-2, 812
- ressources du débiteur 496-498, 561, 814
- révisabilité des conventions 434-9, 561-561-1, 584-585, 816
- révision 500, 561-561-1, 584-585
- saisie 506
- SECAL 507, 799, 810
- suppression 488, 489, 490, 502, 503
- transaction 510
- union libre (incidence) 496, 498-3, 503, 561, 585, 810
- variabilité 500-504, 561, 569, 583, 803, 816
- violence 489

*Voy. aussi* Délégation de sommes, Fiscalité, Obligation parentale d'entretien, d'éducation et de formation, Obligations alimentaires, Prescription

**Père biologique** *voy.* Action alimentaire contre le père de fait, Contestation de filiation paternelle, Reconnaissance

**Perquisition** 138

**Personne âgée**

- sénilité 170, 242

**Personne de confiance**

- administration 167, 174, 175, 177, 178, 178-1, 179, 108-1, 180-2, 181, 182-5, 182-12, 183-1, 184, 200-3, 201, 202-1
- euthanasie 109
- malades mentaux (L. du 26 juin 1990) 245
- mandat de protection extrajudiciaire 213

**Photographe** *voy.* Image

**Photographie**

- preuve de la désunion irrémédiable 470

*Voy. aussi* Image

**Pilule du lendemain** 120

**Piercing** 123-1

**Polygamie** 328

**Pornographie** 444

**Porte-fort** (clause de —) 165, 186

**Portrait** *voy.* Image

**Possession d'état**

- état civil (preuve par la —) 59, 337
- autorisation de reconnaissance 646
- contestation de filiation comaternelle 620
- contestation de filiation maternelle 620
- contestation de filiation paternelle 620
- contestation de reconnaissance 646
- inconstitutionnalités 621, 647
- notion 620
- recherche de comaternité 677-2
- recherche de maternité 673
- recherche de paternité 675

**Pouvoir** *voy.* Capacité

**Préciput** *voy.* Avantage matrimonial

**Prélèvement** *voy.* Organes

**Prénom**

- changement 84

- choix 82

- notion 66

**Prescription**

- action alimentaire 492, 509, 822
- action d'état 32, 36
- action en nullité 200, 259
- actions relatives à la filiation 618-619, 644, 668
- reddition de compte de tutelle 283
- responsabilité administrateur 205

**Présomption**

- d'accord des administrateurs 195-3, 200-3, 207
- d'accord des tuteurs 272
- — d'accord parental *voy.* Autorité parentale
- — d'absence 25-1
- — de paternité *voy.* Filiation paternelle

**Presse** *voy.* Droit de réponse, Honneur, Image, Vie privée

**Prêt** *voy.* Emprunt

**Prison** *voy.* Détention

**Procès-verbal des litiges ou difficultés** 512

**Procréation médicalement assistée (P.M.A.)**

- capacité 182-7
- contestation de filiation comaternelle 616-617
- contestation de filiation paternelle 622, 626-627
- contestation de reconnaissance 660
- donneur anonyme 660, 672
- embryon 12, 106
- insémination artificielle 622, 630, 672
- licéité 118
- ovocyte 12, 118, 626, 674
- recherche de filiation 672

*Voy. aussi* Maternité de substitution

**Prodigue** 172

**Propriété** *voy.* Cohabitation légale, Titre de propriété, Union libre

**Prostitution** 444, 759

**Protection extrajudiciaire** *voy.* Mandat de protection extrajudiciaire

**Protection judiciaire** *voy.* Administration  
**Protutelle** *voy.* Déchéance (de l'autorité parentale)

**Provision alimentaire** *voy.* Mesures urgentes (en instance de divorce)

**Pseudonyme** 66

**Puissance paternelle** 603, 745, 756

## Q

**Question préjudicielle** (filiation) 604, 611, 619, 621, 639, 645, 670

**Quotité insaisissable** *voy.* Saisie

## R

**Rapt** (parental) *voy.* Enlèvement d'enfant  
**Recel** 547, 550

**Recherche de comaternité** 677-2

**Recherche de maternité**

- capacité 182-5
- décès 667
- preuve 673 (*contenu réparti dans l'index*)
- titulaires 667

**Recherche de paternité**

- capacité 182-5
- décès 667
- délai 668
- consentement de l'enfant 677
- consentement de la mère 677
- enfant adultérin (art. 323) 665
- inceste 669, 670
- inconstitutionnalités 675
- intérêt de l'enfant 675, 677-1
- preuve 675 (*contenu réparti dans l'index*)
- procréation médicalement assistée 672
- signification à l'épouse 676
- titulaires 667

**Récompense** 556

**Recomposition familiale**

- adoption endofamiliale 76, 679, 684, 686, 687, 688, 694, 701, 708, 712, 713, 726, 754
- aliments 806
- autorité parentale 746, 753
- devoir d'entretien (art. 203) 793
- multiplicité 3

- nouvelle adoption 694

- tutelle officieuse 748

**Réconciliation** 575, 594, 595, 610-1, 628

**Reconnaissance**

- acte de — *voy.* Acte d'état civil
- capacité 182-5, 255, 633
- délai 644
- — de complaisance 631, 642
- inceste 639, 674
- intérêt de l'enfant 638, 639
- mandat 633
- notion 631
- — prénatale 634
- — posthume 634
- preuve de la désunion irrémédiable 465
- rétroactivité 631

*Voy. aussi* Contestation de reconnaissance

**Reconnaissance maternelle**

- consentement de l'enfant 637
- notification/signification 636
- présomption de paternité 636

*Voy. aussi* Accouchement (anonyme), Contestation de reconnaissance

**Reconnaissance paternelle et comaternelle**

- consentement de l'enfant 637
- consentement de la mère 637
- inconstitutionnalités 638, 639
- nom 70, 632

*Voy. aussi* Nom (transmission par filiation)

- possession d'état 620
- — prénatale 634

*Voy. aussi* Contestation de reconnaissance

**Recouvrement** *voy.* Centre public d'action sociale, SECAL

**Rectification** *voy.* Acte d'état civil

**Reddition de compte** 181, 201, 202, 208, 263, 274, 277, 281, 283, 284, 292, 297, 301, 752

**Réduction**

- action en — *voy.* Réserve héréditaire
- — pour excès (émancipation) 310

**Réfugié** *voy.* Séjour

**Régime matrimonial** 343, 480, 512, 513, 514, 594

**Registre de la population** *voy.* État civil

**Registre national des personnes physiques** *voy.* État civil

**Règlement collectif de dettes** 506

**Règlement transactionnel** *voy.* Divorce par consentement mutuel

**Relations personnelles** (hors autorité parentale — art. 375*bis*)

- conditions 781
- parents d'origine (adoption) 707, 781
- père biologique (art. 336) 677-4

*Voy. aussi* Autorité parentale

**Relations sexuelles** 124, 344, 375, 442, 443, 445, 609, 677-7, 622

**Religion**

- autorité parentale 746, 749-750, 762, 770
- influence et laïcisation 5, 6, 137, 336

**Remariage** 482, 496, 501, 561, 586, 610, 612, 813, 825

**Renonciation**

- — à succession *voy.* Option héréditaire
- pension alimentaire 510

**Représentation** *voy.* Capacité *et Administration (régime)*

**Répudiation** 6, 328

**Rescision pour lésion**

- mineur 261
- mineur émancipé 310
- majeur protégé 200

**Réserve héréditaire** 397, 422-1, 515, 557, 805

**Résidence**

- capacité 184-1
- — conjugale 100, 344, 345, 365, 366, 456, 559
- enfant mineur 100

**Respect** (obligation de —) 796

**Responsabilité civile** *voy.* Dommages-intérêts

**Retour immédiat** *voy.* Enlèvement d'enfant

**Retraite**

- pension alimentaire 495, 496, 498-1, 501, 503, 561

*Voy. aussi* Maison de retraite

**Revenus**

- — de l'enfant en formation (art. 203) 790
- — du mineur 284
- — du créancier d'aliments 479, 495-2, 812
- — du débiteur d'aliments 496, 814
- — d'intégration sociale 479, 495-2, 810
- — virtuels 495-2, 496, 812, 813, 814

**Révocation**

- donation entre époux 558
- testament 515

*Voy. aussi* Adoption

**Rupture** *voy.* Cohabitation légale, Fiançailles, Union libre

## S

**Sadomasochisme** 124

**Saisie**

- pension alimentaire 506, 507, 817, 821-2
- quotité insaisissable 506

**Satire** 157

**Scellés** 279, 372

**Scarification** 123-1

**SECAL** *voy.* Pension alimentaire

**Secret médical** 141, 468, 469

**Secte** 448

**Sécurité sociale**

- administration provisoire (allocations sociales) 185
- mineur (capacité résiduelle) 253

**Séjour** 60, 326, 486, 632, 703, 736

**Sénilité** *voy.* Personne âgée

**Seniorie** *voy.* Maison de retraite

**Séparation de biens** 351, 593, 594

**Séparation de corps**

- causes 589
- demande ampliative 591
- demande reconventionnelle 591
- effets 592-593

- fin 594-596-599
- réconciliation 594

*Voy. aussi* Autorité parentale, Pension alimentaire

**Séparation de fait**

- divorce (preuve) 438
- autorité parentale 758 et s.
- mesures urgentes 362, 365
- pactes de — 344

**Sépulture**

- inhumation 53, 128
- concession funéraire (gestion) 128
- crémation 53, 128
- enfant mort-né 128
- exhumation 128

**Séquestration** 241, 447

**Séquestre** 371

**Serment**

- acte de naissance (déclaration de mariage) 54
- inventaire 277, 546-547
- preuve de la désunion irrémédiable 463
- preuve en matière de filiation 624

**Serrurier** 347, 464

**Service des créances alimentaires** *voy.* SECAL

**Sexe**

- composantes 87

*Voy. aussi* Intersexuel, Relations sexuelles, Transsexuel

**Simulation** (de mariage) *voy.* Mariage (simulé)

**SMS**

- autorité parentale 764-765
- droit aux relations personnelles (art. 375*bis*) 782
- preuve de la désunion irrémédiable 469

*Voy. aussi* Téléphone, GSM, E-mail, Chat, Skype

**Société**

- — d'acquêts 512
- apport en société (capacité) 186, 297, 308
- divorce par consentement mutuel 553

- pension alimentaire (revenus) 495-2
- protection du logement familial 370

**Soins palliatifs** 109

**Solidarité**

- dettes ménagères *voy.* Cohabitation légale, Mariage, Union libre
- dettes alimentaires *voy.* Obligations alimentaires

**Soulte** 551

**Souvenirs** (aliénation des —) 186, 298, 308

**Sports** (dangereux) 123

**Skype** 468, 749-750, 764-765, 782

*Voy. aussi* Téléphone, GSM, E-mail, Chat

**Stérilisation** (volontaire)

- autodétermination 120
- capacité 182-7
- cause de désunion irrémédiable 441

**Stérilité**

- cause de désunion irrémédiable 441
- preuve de la désunion irrémédiable 468
- preuve en matière de filiation 623, 629

**Subrogé tuteur** 273, 274, 277, 278, 281, 282, 283, 284, 285, 287, 300, 306, 696

**Subrogé tuteur *ad hoc*** 273

**Subsidiarité** (principe de —)

- adoption 681, 729, 738
- capacité 160, 163, 209, 242

**Substitution d'enfants** 607, 625

**Suicide**

- — autonome 108
- — médicalement assisté 109
- tentative de — (cause de désunion irrémédiable) 108, 448

**Supposition d'enfant** 607, 625-626

**Surveillance** (droit de —) *voy.* Autorité parentale

**T**

**Tatouage** 102, 123-1, 147

**Télécommunication** *voy.* Communication

**Téléphone**

- autorité parentale 749-750, 764-765
- droit aux relations personnelles (art. 375bis) 782
- preuve de la désunion irrémédiable 468

*Voy. aussi* Correspondance, Écoute téléphonique, GSM, E-mail, Chat, Skype

**Témoignage**

- preuve de la désunion irrémédiable 467
- preuve de la filiation 624

**Testament**

- capacité 180-2, 182-4, 200, 285, 307
- déclaration relative à la tutelle 270
- — exhéredatif du conjoint 345, 515, 803
- reconnaissance d'enfant (non) 632

**Titre de noblesse** 66

**Tontine** (clause —) *voy.* Accroissement

**Toxicomanie**

- administration 170
- autorité parentale 759
- cause de désunion irrémédiable 448
- mariage (consentement) 325
- traitement des malades mentaux (L. du 26 juin 1990) 242

**Tractatus** *voy.* Possession d'état

**Travail** *voy.* Contrat de travail, Pension alimentaire

**Train de vie** *voy.* pension alimentaire

**Traite d'enfant** (révision de l'adoption) 714

**Traitement médical**

- aliments 812
- arrêt de — 109, 113
- autorité parentale 758
- capacité 184-2
- conditions de licéité 113
- mineur 254
- refus de — (cause de désunion irrémédiable) 448

*Voy. aussi* Malades mentaux, Obligation parentale d'entretien, d'éducation et de formation,

**Transaction**

- capacité 193, 195, 296, 308
- divorce par consentement mutuel 548, 586
- pension alimentaire 510, 560

**Transcription** *voy.* Acte d'état civil, Conventions préalables

**Transgenderisme** 87

**Transplantation** *voy.* Organes

**Transsexuel**

- autorité parentale 92
- chirurgie 124-1
- droits fondamentaux 90
- mariage 92, 315
- rectification de l'acte de naissance 91

**Tutelle**

- adoption 709
- dossier de — 280
- fin 282
- inventaire 277
- mesures urgentes 263, 270, 279, 297
- nullité des actes irréguliers du mineur 259-261
- nullité des actes irréguliers du tuteur 302
- — officieuse 748, 807
- ouverture (conditions) 268
- ouverture (formalités) 278

**Tuteur**

- — *ad hoc* 264, 273, 612, 696, 715, 738, 797
- achat 295
- action en justice 287, 293
- acquiescement 293
- adoption 695, 696
- aliénation 287
- bail 290
- comptes et avoirs bancaires 278, 288, 291, 295, 300
- commerce (continuation) 278, 290, 297
- budget 278, 284
- décès 282
- démission 282
- désignation 270
- destitution 273, 281, 283
- émancipation (requête) 306

- emprunt 288, 295
- enrichissement sans cause 396-4
- exclusion 271
- garanties (à fournir par le —) 278, 283, 300
- hypothèque (constitution) 289, 295
- incapacité 271
- libéralité (acceptation) 292
- libéralités (accomplissement) 285
- opposition d'intérêts 273, 285, 291, 612
- option héréditaire 291
- pacte d'indivision 294
- pluralité de —s 272
- rapports annuels 281, 297
- reddition de compte 274, 281, 283, 296
- transaction 296

**U****Union libre**

- adoption 708, 726
- charges du ménage 376, 377, 379, 397
- convention de vie commune 376, 397
- devoir d'entretien (art. 203) 793
- mesures urgentes/de crise 381
- régime patrimonial 382, 397
- rupture 376, 379

**Université** *voy.* Obligation parentale d'entretien, d'éducation et de formation

**Usufruit**

- divorce par consentement mutuel 552
- droit de jouissance légale 752
- droit successoral du cohabitant légal 422-1

**V****Vente**

- — d'enfant (révision de l'adoption) 714

- — d'enfant (adoption internationale) 736

*Voy. aussi* Aliénation

**Vêtements** *voy.* Obligation parentale d'entretien, d'éducation et de formation

**Viabilité** 16

**Vidéosurveillance** 132, 136, 137, 139, 140, 150

**Vie**

- droit à la vie (titularité) 106
- maîtrise de sa — 107-109

*Voy. aussi* Vie privée

**Vie privée** (protection de la —)

- décès 132
- dommages-intérêts 133
- données nominatives (L. du 8 décembre 1992) 140-141
- droit de réponse 134
- information (droit à l') 132, 137
- journaliste 157
- laïcité 137-139
- milieu professionnel 139
- notion 131
- personne publique 137-139
- publication du jugement 134

*Voy. aussi* Convention européenne des droits de l'homme

**Viol** 344, 465, 489, 640, 671, 779

**Violences**

- divorce par consentement mutuel 586
- — intrafamiliales 344, 366, 411, 434, 447
- obligations alimentaires 489, 796
- reconnaissance 638, 662

**Visite** (droit de —) *voy.* Autorité parentale

**Voies de fait** (union libre) 381

**Voix** (droit à la —) 154

**W**

*Wrongful life/birth/pregnancy* 5, 121



# TABLE DES MATIÈRES

<b>Remerciements</b> .....	7
<b>Liste des abréviations</b> .....	9
<b>Introduction</b> .....	17
1    Droit des personnes et des familles.....	17
<b>§ 1. Un objet actualisé</b> .....	17
2    Toutes les personnes.....	17
3    Toutes les familles.....	18
4    Voisins.....	19
5    Sciences périphériques. Droit positif et interactions.....	21
<b>§ 2. Une méthode révisée</b> .....	25
6    Structurer les individus, les familles et la société par la norme de droit familial ? .....	25
7    Accompagner des besoins juridiques nouveaux.....	32
<b>§ 3. Une prétention modérée</b> .....	36
8    Situation. Conventions.....	36
9    Division.....	36
10   Bibliographie des ouvrages et articles généraux .....	37

## TITRE I

### Les personnes

11	Personnes et choses.....	39
12	Ni personnes ni choses ? Embryons, dépouilles mortelles et animaux.....	40
13	Personne et personnalité. Division.....	42

## CHAPITRE I

### Le statut civil des personnes physiques

14	Division.....	43
----	---------------	----

## Section I

### L'acquisition et la perte de la personnalité

<b>§ 1. Acquisition de la personnalité</b> .....	43
15   Bibliographie.....	43
1. <i>La naissance</i> .....	44
16   Naissance et viabilité.....	44
17   Enfant mort-né.....	45

2.	<i>La conception</i> .....	45
18	Fiction <i>infans conceptus</i> .....	45
19	Détermination du moment de la conception.....	46
<b>§ 2. Perte de la personnalité</b> .....		47
20	Bibliographie.....	47
1.	<i>Le décès</i> .....	47
21	Effet du décès.....	47
22	Définition de la mort.....	48
2.	<i>La disparition</i> .....	49
23	Traitement légal des incertitudes quant au décès.....	49
24	Disparition. Déclaration judiciaire de décès.....	49
3.	<i>L'absence</i> .....	51
25	Incertitude de la mort et de la vie.....	51
25-1	Présomption d'absence. Procédure.....	52
26	(suite) Droits personnels du présumé absent.....	52
27	(suite) Droits patrimoniaux du présumé absent.....	52
28	La déclaration d'absence. Effets personnels et patrimoniaux.....	54

## Section 2 L'état des personnes

29	Notion. Division.....	54
30	Nationalité et état (des personnes).....	55
<b>§ 1. Caractères généraux</b> .....		57
1.	<i>L'état des personnes relève de l'ordre public</i> .....	57
31	Indisponibilité.....	57
32	Imprescriptibilité.....	57
33	Indivisibilité.....	58
2.	<i>Caractères des actions d'état</i> .....	58
34	Notion. Compétence exclusive du tribunal de la famille.....	58
35	Indisponibilité. Acquiescement et désistement.....	59
36	Prescriptibilité.....	60
37	Caractère personnel.....	60
38	Autorité absolue de la chose jugée.....	60
<b>§ 2. La preuve de l'état des personnes par les actes de l'état civil</b> .....		61
39	Bibliographie.....	61
40	Notions. Division.....	61
1.	<i>Organisation de l'état civil</i> .....	62
1°	Les officiers de l'état civil.....	62
41	Niveau communal.....	62
42	Situations extraterritoriales.....	63
2°	Les registres et leur publicité.....	63
43	Une réglementation obsolète.....	63

44	Contenu des registres.....	64
45	Extraits et copies.....	65
2.	<i>Les actes d'état civil</i> .....	66
1°	Actes en rapport avec la naissance.....	66
46	Établissement.....	66
47	Mentions.....	67
48	Décès périnatal. Acte de déclaration d'enfant sans vie.....	67
49	Enfant trouvé ou sans filiation établie.....	69
50	Acte de reconnaissance d'enfant.....	70
2°	Actes en rapport avec le décès.....	70
51	Établissement.....	70
52	Mentions.....	71
53	Inhumation ou crémation. Foetus.....	72
3°	Actes en rapport avec le mariage.....	73
54	Acte de déclaration de mariage.....	73
55	Acte de mariage.....	75
56	Livret de mariage.....	76
57	Décision prononçant le divorce.....	76
3.	<i>La force probante des actes de l'état civil</i> .....	76
1°	Preuves légales de l'état des personnes.....	76
58	Force probante authentique.....	76
59	Preuve exclusive. Exceptions.....	77
2°	Preuves basées sur le registre de la population.....	79
60	Registre de la population. Tenue et contenu.....	79
61	Registre national des personnes physiques.....	80
62	Carte d'identité.....	82
63	Passeport.....	83
4.	<i>La rectification des actes de l'état civil</i> .....	83
64	Domaine.....	83

### Section 3

#### L'identification des personnes

§ 1.	<b>Le nom et le prénom</b> .....	84
65	Bibliographie.....	84
1.	<i>Généralités</i> .....	85
66	Notion. Droits de la personne en rapport avec son nom.....	85
67	Caractères généraux.....	87
2.	<i>Le nom de famille</i> .....	88
68	Nom patronymique ? Division.....	88
1°	Transmission.....	89
69	Division.....	89
(i)	<i>Établissement simultané des filiations</i> .....	89
70	Transmission égalitaire du nom ?.....	89

(ii) <i>Établissement successif des filiations</i> .....	92
71    A. Filiation paternelle ou comaternelle établie après la filiation maternelle.....	92
72    (suite) Déclaration parentale conjointe d'attribution du nom paternel ou comaternel.....	92
73    B. Filiation maternelle établie après la filiation paternelle.....	93
(iii) <i>Unicité et absence de filiation</i> .....	93
74    Filiation unique : nom du seul parent.....	93
75    Absence de filiation : nom choisi par l'officier de l'état civil.....	94
(iv) <i>Filiation adoptive</i> .....	94
76    Modification du nom de l'adopté.....	94
77    (suite) Dérogations en cas d'adoption simple.....	95
(v) <i>Dispositions transitoires</i> .....	95
2° <i>Rectification</i> .....	96
78    Une jurisprudence critiquable de la Cour de cassation.....	96
3° <i>Changement</i> .....	97
79    Notion. Motifs de changement.....	97
80    Procédure.....	99
81    Effets.....	100
3. <i>Le prénom</i> .....	100
1° <i>Attribution</i> .....	100
82    Notion. Autonomie de la volonté.....	100
83    Titulaires du choix.....	102
2° <i>Changement</i> .....	102
84    Procédure administrative.....	102
<b>§ 2. Le sexe</b> .....	104
85    Bibliographie.....	104
86    Importance juridique du sexe.....	104
1. <i>Détermination</i> .....	106
87    Mention d'un seul sexe aux composantes multiples.....	106
88    Intersexualisme. Action en rectification de l'acte de naissance.....	107
2. <i>Changement</i> .....	108
89    Transsexualisme. Position de la question.....	108
90    Droits fondamentaux.....	108
91    Procédure de modification de l'acte de l'état civil. ....	111
92    Conséquences de la modification du sexe dans l'acte de naissance.....	113
<b>§ 3. Le domicile</b> .....	114
93    Bibliographie.....	114
94    Généralités. Division.....	114
1. <i>Domicile</i> .....	115
95    Notion et caractères.....	115
96    Domicile civil et domicile judiciaire : domaines d'application.....	116
97    Domiciles de droit : domicile professionnel et domicile apparent.....	116

98	Domicile dérivé : mineurs.....	117
99	Domicile élu.....	118
2.	Résidence et adresse de référence .....	119
100	Résidence.....	119
101	Adresse de référence.....	120

## CHAPITRE 2

### Les droits de la personnalité

#### Section 1

##### Généralités

102	Notion. Sources.....	123
103	Caractères.....	125
103-1	Nomenclature.....	128

#### Section 2

##### Droit à la vie

104	Bibliographie. ....	128
§ 1.	Droit au respect de la vie .....	130
105	Notion. Sources.....	130
106	Titularité. Embryon et fœtus.....	131
§ 2.	Droit à la maîtrise de sa vie .....	132
107	Acceptation juridique.....	132
108	Suicide (autonome).....	132
109	Euthanasie et suicide (médicalement) assisté.....	133
109-1	(suite) Patients mineurs.....	138

#### Section 3

##### Protection et maîtrise du corps

110	Bibliographie.....	140
§ 1.	Droit à la protection du corps .....	142
111	Notion. Sources.....	142
112	Exceptions.....	143
113	(suite) A. Atteintes commises par un médecin.....	143
114	(suite) B. Protection de l'intégrité physique d'autrui.....	145
115	(suite) C. Administration de la preuve.....	146
115-1	(suite) D. L'expérimentation sur sujet humain.....	147
§ 2.	Droit à la disposition de son corps et des éléments de celui-ci .....	148
116	Maîtrise du corps : droit de la personnalité.....	148
117	Prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules sur un sujet vivant à des fins de transplantation thérapeutique. ....	149
117-1	Prélèvement de tissus, cellules et matériel humain destinés à des applications médicales humaines ou à des fins de recherche scientifique..	152

118	Procréation médicalement assistée (P.M.A.) et recherche sur embryons <i>in vitro</i> .....	155
119	(suite) Maternité de substitution.....	161
120	Stérilisation chirurgicale. Contraception.....	166
121	Interruption volontaire de grossesse. <i>Wrongful life, wrongful birth, wrongful pregnancy</i> .....	169
122	Loisirs dangereux, pratique sportive et dopage.....	173
123	Tatouages, piercing et scarifications.....	174
124	Sadomasochisme.....	174
124-1	Chirurgie transsexuelle.....	176
<b>§ 3. Protection de la dépouille mortelle</b> .....		177
125	Bibliographie.....	177
1. <i>Droit d'exiger le respect de la dépouille mortelle</i> .....		177
126	Titularité du droit.....	177
127	Autopsies.....	178
2. <i>Liberté de disposer de sa dépouille mortelle</i> .....		179
128	Funérailles et sépultures. ....	179
129	Prélèvement d'organes, tissus ou cellules <i>post mortem</i> . ....	181

## Section 4

### Droit au respect de la vie privée

130	Bibliographie.....	183
<b>§ 1. Généralités</b> .....		184
131	Notion. Sources. Division. ....	184
132	Caractéristiques.....	186
<b>§ 2. Sanctions</b> .....		187
133	Réparation et prévention du dommage.....	187
134	Publication du jugement. Droit de réponse.....	189
135	Irrecevabilité des preuves en justice. Nullité partielle des contrats.....	190
<b>§ 3. Restrictions</b> .....		190
136	Pondération législative ou jurisprudentielle des intérêts en présence.....	190
137-139	(suite). Synthèse. Renvoi.....	192
<b>§ 4. Réglementations particulières</b> .....		193
1. <i>Protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel</i> .....		193
140	Domaine d'application.....	193
141	Régime.....	195
2. <i>Secret de la communication</i> .....		198
142	Division.....	198
143	Secret de la correspondance.....	198
144	Secret des télécommunications.....	199
3. <i>Droit à la tranquillité</i> .....		200
145	Répression du harcèlement.....	200

## Section 5

### Droit à l'image

146	Bibliographie.....	202
147-148	Notion. Sources.....	202
149	Caractéristiques.....	204
150-153	Restrictions et sanctions (renvoi).....	205

## Section 6

### Droit à la voix

154	Notion. Sanctions.....	206
-----	------------------------	-----

## Section 7

### Droit à l'honneur

155	Bibliographie.....	207
156	Notion. Sources.....	207
157-158	Restrictions et sanctions (renvoi).....	208

## CHAPITRE 3

### Les incapacités : protection des personnes vulnérables

#### Section 1

##### Généralités

159	Bibliographie.....	211
160	Protection juridique des personnes vulnérables.....	211
161	Droits fondamentaux.....	213
162	Définitions et notions voisines.....	215
163	Règles d'interprétation et autonomie de la volonté.....	217
164	Le cas du déficient mental sans mesure de protection. Sort des actes juridiques.....	217
165	(suite) Mesures de protection conventionnelles ou prétoriennes.....	218

#### Section 2

##### Personnes vulnérables en raison de leur état mental ou physique

§ 1. Mesure de protection .....	220	
166	Bibliographie.....	220
167	Généralités. Principes directeurs.....	220
I. Conditions d'application .....	222	
168	Précision et souplesse.....	222
169	A. La personne inapte doit être majeure.....	222
170	B. État de santé.....	222
171	C. La protection des intérêts de la personne est nécessaire.....	224
172	D. Prodigalité.....	224

2. Mesure de protection judiciaire .....	224
1° Procédure .....	224
173 Personnes habilitées à demander la mesure. ....	224
173-1 (suite) Limitations.....	226
174 Compétence.....	226
175 Requête unilatérale. Contenu.....	227
176 Examen de l'état de santé de la personne.....	229
177 Instruction de la cause.....	231
178 Désignation d'une personne de confiance.....	232
178-1 (suite) Missions et responsabilité.....	233
179 Désignation de l'administrateur.....	234
180 Publicité.....	236
180-1 Dossier administratif.....	237
180-2 Intervention judiciaire en cours d'administration.....	238
181 Levée et modification de l'administration. Démission ou révocation de l'administrateur.....	239
2° Régime de protection .....	240
(i) Missions de l'administrateur .....	240
182 Assistance ou représentation personnalisée.....	240
182-1 Capacité ou incapacité personnalisée. ....	242
182-2 Exception : état de santé grave. Arrêté Royal.....	242
(ii) Pouvoirs de l'administrateur .....	243
a) ACTES INTERDITS .....	243
182-3 L'administrateur ne peut pas agir.....	243
182-4 Autorisation.....	243
182-5 Avis.....	244
182-6 Décision d'un tiers.....	244
182-7 Impossibilité d'accomplir l'acte.....	245
182-8 Régimes particuliers.....	245
b) MISSION D'ASSISTANCE .....	246
182-9 Principes.....	246
182-10 Intervention.....	246
c) MISSION DE REPRÉSENTATION .....	247
182-11 Principe.....	247
182-12 Intervention.....	247
183 Actes que l'administrateur peut accomplir seul.....	248
183-1 Gestion des finances de la personne protégée.....	248
184 Actes soumis à l'autorisation spéciale du juge de paix. Énumération limitative.....	249
184-1 A. Changement de résidence de la personne protégée.....	250
184-2 B. Exercer les droits du patient.....	250
185 C. Représentation en justice comme demandeur dans les procédures et actes.....	251
186 D. Aliénation de biens.....	252
187 E. Emprunt et affectation en hypothèque.....	255

188	F. Conclusion et renouvellement d'un bail.....	255
189	G. Option héréditaire.....	256
190	H. Acceptation de libéralités à titre particulier.....	257
191	I. Conclusion d'un pacte d'indivision.....	257
192	J. Achat d'un bien.....	257
193	K. Transaction ou convention d'arbitrage.....	258
194	L. Poursuite du commerce de la personne protégée.....	258
195	M. Acquiescement à une demande relative à des droits immobiliers.....	258
195-1	N. Autorisation pour apposer un signe distinctif sur des instruments de paiement.....	259
195-2	O. Donation au nom et pour le compte de la personne protégée.....	259
195-3	Actes mixtes.....	259
196	Actes interdits.....	259
(iii)	<i>Capacité de la personne protégée</i> .....	260
197-199	Principe de capacité.....	260
200	Nullité des actes irréguliers accomplis par la personne protégée après le prononcé de la mesure de protection.....	260
200-1	Actes accomplis par la personne protégée avant le début de la protection.....	261
200-2	Action des héritiers en cas de décès.....	262
(iv)	<i>Contrôle et sanctions de la gestion</i> .....	262
200-3	Informations. Coopérations.....	262
201	Rapports multiples.....	263
201-1	(suite) Décharge de l'administrateur des biens chargé d'une mission de représentation.....	265
202	Garanties.....	265
202-1	Opposition d'intérêts : administrateur <i>ad hoc</i> .....	266
203	Rémunération.....	266
204	Actes irréguliers accomplis par l'administrateur.....	268
205	Responsabilité.....	269
(v)	<i>Administration par les parents</i> .....	270
206	Principes.....	270
207	Exercice conjoint de l'administration. Conflit.....	270
208	Contrôles.....	271
3.	<i>Mesure de protection extrajudiciaire</i> .....	271
209	Généralités.....	271
1°	Contrat de mandat.....	272
210	Le mandant.....	272
211	Le mandataire.....	273
212	Forme du contrat.....	273
213	Contenu du contrat.....	274
2°	Mesure de protection .....	275
214	Début de la mesure.....	275
215	Pouvoirs du juge de paix.....	276
216	Pouvoirs du mandataire.....	277

217	Obligations du mandataire.....	277
218	Rapport avec les tiers.....	278
219	Annulation et responsabilité du mandataire.....	278
220-239	Fin de la mesure.....	278

<b>§ 2. La protection de la personne des malades mentaux en vue de leur traitement médical</b> .....		279
1. <i>Généralités</i> .....		279
240	Bibliographie.....	279
241	Évolution de la réglementation. Droits fondamentaux.....	280
2. <i>Règles communes aux mesures de protection</i> .....		281
242	Conditions d'application.....	281
243	Protection de la personne. Capacité d'exercice.....	282
3. <i>Traitement en milieu hospitalier</i> .....		283
244	Phasage.....	283
245	Mise en observation. A. Procédure de droit commun.....	283
246	(suite) B. Procédure d'urgence.....	286
247	Maintien en traitement.....	287
4. <i>Soins en milieu familial</i> .....		288
248	Description.....	288
249	Procédure et modalités.....	289

### Section 3

#### Personnes vulnérables en raison de leur l'âge : les mineurs

250	Bibliographie.....	289
251	Généralités. Division.....	291
<b>§ 1. Capacité résiduelle du mineur</b> .....		293
1. <i>Actes juridiques pouvant être accomplis par le mineur</i> .....		293
252	Typologie.....	293
253	Actes requérant la collaboration d'autres personnes.....	294
254	Actes pouvant être accomplis à partir d'un certain âge.....	295
255	Actes pouvant être passés par le mineur seul.....	296
256	Actions en justice.....	297
257	(suite) Exception dilatoire.....	297
258	(suite) Exceptions jurisprudentielles.....	298
2. <i>Sort des actes irréguliers</i> .....		300
259	Nullité et dispense de restitution.....	300
260	A. Nullité de plein droit.....	301
261	B. Rescision pour lésion.....	301
<b>§ 2. Protection du mineur sous autorité parentale</b> .....		302
262	Administration et représentation par le(s) parent(s).....	302
263	Différences entre la gestion parentale et la gestion tutélaire des biens du mineur.....	303

264	Conflits d'intérêts. A. Opposition d'intérêts entre le mineur et ses parents.....	304
265	(suite) B. Opposition d'intérêts et désaccord entre les père et mère.....	305
<b>§ 3. Protection du mineur sous tutelle .....</b>		
266	Bibliographie.....	306
267	Généralités.....	307
1.	<i>Ouverture de la tutelle .....</i>	307
268	Mineurs.....	307
269	Majeurs.....	309
2.	<i>Organes .....</i>	310
1°	Tuteur et subrogé tuteur.....	310
270	Tuteur : choix et désignation.....	310
271	(suite) Empêchements : incapacité et exclusion.....	311
272	(suite) Nomination de plusieurs tuteurs.....	312
273	Subrogé tuteur. Tuteur et subrogé tuteur <i>ad hoc</i> .....	313
274	Caractères des charges.....	314
2°	Juge de paix et ministère public .....	314
275	Juge de paix : compétence territoriale.....	314
276	Ministère public : missions.....	315
3.	<i>Organisation .....</i>	316
1°	Formalités d'ouverture de la tutelle .....	316
277	Inventaire.....	316
278	Ordonnance initiale : budgets, relations bancaires, garanties, commerce....	316
279	Mesures urgentes.....	318
2°	Documents de tutelle .....	318
280	Dossier individuel de procédure.....	318
281	Rapports annuels.....	319
3°	Fin de la tutelle.....	319
282	Causes de cessation des fonctions de tuteur.....	319
283	Compte définitif de tutelle.....	320
4.	<i>Régime .....</i>	321
284	Gestion personnelle et patrimoniale encadrée.....	321
285	Actes interdits ou soumis à des restrictions de principe.....	322
1°	Actes soumis à l'autorisation spéciale du juge de paix .....	323
286	Énumération limitative.....	323
287	1. Aliénation.....	323
288	2. Emprunt.....	326
289	3. Hypothèque et gage.....	326
290	4. Baux.....	327
291	5. Option héréditaire.....	327
292	6. Acceptation de libéralité à titre particulier.....	328
293	7. Action en justice.....	330
294	8. Pacte d'indivision.....	331

295	9. Achat d'un bien immeuble.....	331
296	10. Transaction et convention d'arbitrage.....	333
297	11. Continuer un commerce.....	333
298	12. Souvenirs et objets à caractère personnel.....	334
299	13. Disposer de biens indisponibles en application des articles 379 ou 776 ou d'une ancienne décision du conseil de famille.....	334
2°	Gestion des capitaux et de l'épargne .....	335
300	Gestion financière par le tuteur.....	335
301	Gestion financière par les titulaires de l'autorité parentale.....	336
3°	Sanction des actes irréguliers .....	337
302	Nullité.....	337
303	Responsabilité du représentant et des tiers.....	338
<b>§ 4. Protection du mineur émancipé .....</b>		<b>339</b>
1.	<i>Notion et conditions</i> .....	339
304	Notion. Intérêt.....	339
305	Émancipation légale par le mariage.....	339
306	Émancipation judiciaire.....	339
2.	<i>Régime de protection</i> .....	340
307	Incapacité partielle et limitée.....	340
308	Autorisation spéciale du juge de paix.....	341
309	Assistance du curateur.....	341
310	Sort des actes irréguliers.....	341

## TITRE 2

### Les couples

311	Des couples et des statuts.....	343
-----	---------------------------------	-----

## CHAPITRE I

### Le mariage

312	Bibliographie.....	347
-----	--------------------	-----

#### Section 1

#### Généralités

313	Droit, histoire et sociologie.....	348
314	Définition.....	350
315	Mariage et droits fondamentaux.....	350
316	Liberté matrimoniale. A. Fiançailles.....	352
317	(suite) B. Courtage matrimonial.....	354

#### Section 2

#### Conditions du mariage

318	Division. Conditions et causes de nullité.....	355
-----	--	-----

<b>§ 1. Conditions de fond</b> .....	355
1. <i>Vie et santé</i> .....	355
319 Mariage posthume et mariage <i>in articulo mortis</i> .....	355
320 Dissimulation d'un problème de santé.....	356
2. <i>Âge et capacité</i> .....	356
321 Âge nubile. Fondement.....	356
322 Dispense judiciaire.....	356
323 Consentement des parents du mineur.....	357
323-1 Personne expressément déclarée incapable de contracter mariage.....	358
3. <i>Sexe</i> .....	359
324 Ouverture du mariage aux personnes de même sexe.....	359
4. <i>Consentement</i> .....	360
325 Notion. Existence du consentement.....	360
326 Mariage simulé.....	361
327 Vices du consentement.....	365
5. <i>Absence de mariage non dissous</i> .....	367
328 Bigamie, polygamie successive et ordre public atténué.....	367
6. <i>Absence de lien de parenté</i> .....	368
329 Inceste : des sanctions inadaptées.....	368
330 Empêchements à mariage.....	369
331 Tempéraments et dispense.....	372
<b>§ 2. Conditions de forme</b> .....	373
1. <i>Déclaration du mariage</i> .....	373
332 Notion (renvoi).....	373
333-335 Effets. Sanction.....	373
2. <i>Conclusion du mariage</i> .....	374
336 Célébration civile.....	374
337 Preuve du mariage.....	376
<b>§ 3. Annulation du mariage</b> .....	376
338 Généralités. Division.....	376
339 Règles communes.....	377
340 Sanction des conditions de fond.....	378
341 Sanction des conditions de forme.....	378
342 Rétroactivité. Mariage putatif.....	379

### Section 3

#### Effets du mariage

343 Devoirs personnels et patrimoniaux. Renvois.....	381
<b>§ 1. Le devoir de cohabitation</b> .....	383
344 Communauté de vie. Obligations.....	383
345 Sanctions indirectes.....	384
<b>§ 2. Le devoir de fidélité</b> .....	385

346	Infidélité et adultère.....	385
347	Sanctions indirectes. Preuve de l'adultère.....	386
<b>§ 3. Le devoir d'assistance.....</b>		
348	Obligation morale.....	386
349	Sanctions indirectes.....	387
<b>§ 4. Le devoir de secours et de contribution aux charges du mariage.....</b>		
1. <i>Notions</i> .....		
350	Devoir de secours.....	387
351	Devoir de contribution aux charges du mariage.....	388
2. <i>Sanctions</i> .....		
352	Sanctions directes. Incidence de la faute.....	389
353	Pension alimentaire.....	390
354	Délégation de sommes. Renvoi.....	390
<b>§ 5. Les mesures urgentes.....</b>		
355	Présentation.....	391
355-1	Modes alternatifs de règlement des conflits.....	392
355-2	(suite) Chambres de règlement amiable.....	393
356	(suite) Médiation familiale.....	393
1. <i>Conditions</i> .....		
357	Conditions alternatives.....	396
358	Manquement grave aux devoirs du mariage.....	396
359	Entente sérieusement perturbée.....	397
2. <i>Procédure</i> .....		
360	Compétence du tribunal de la famille.....	397
361	Déroulement de la procédure.....	398
3. <i>Mesures</i> .....		
1° Généralités.....		
362	Urgence : réputée ou présumée.....	399
363	Durée de validité des mesures.....	401
364	Choix des mesures. Division.....	402
2° Séparation des époux.....		
365	Résidences séparées.....	402
366	(suite) Attribution du logement à la victime de violences physiques émanant du conjoint.....	403
3° Pension alimentaire entre époux.....		
367	Devoir de secours et incidence de la faute.....	406
4. <i>Mesures relatives aux enfants</i> .....		
368	Renvoi.....	407
5. <i>Mesures patrimoniales</i> .....		
369	Restrictions. 1. Interdiction de mesures définitives.....	407
370	(suite) 2. Autonomie professionnelle.....	408
371	Gestion et usage de biens. Avoirs financiers.....	409
372	Apposition de scellés et inventaire.....	410

## CHAPITRE 2

### L'union libre

373	Bibliographie.....	413
-----	--------------------	-----

#### Section 1

##### Généralités

374	Notion. Statut de l'union libre.....	414
375	Protection minimale de l'union libre par les droits fondamentaux.....	416

#### Section 2

##### Absence d'effets personnels

§ 1. Cohabitation et fidélité .....	419	
376	Absence d'obligations de cohabitation et de fidélité.	
	Conventions relatives à la rupture.....	419
§ 2. Secours .....	420	
377	Absence de devoir de secours et d'obligation de contribution	
	aux charges du ménage.....	420
378	Obligation alimentaire conventionnelle.....	421
379	Obligation naturelle de secours.....	422
380	Ersatz : la responsabilité civile.....	424
§ 3. Résolution des crises entre partenaires .....	425	
381	Absence de mesures urgentes spécifiques.....	425

#### Section 3

##### Effets patrimoniaux.

##### Conventions de vie commune

382-396	Effets patrimoniaux. Renvoi.....	426
397-398	Conventions de vie commune.....	426

## CHAPITRE 3

### La cohabitation légale

399	Bibliographie.....	429
400	Généralités.....	430

#### Section 1

##### Accès au statut

401	Définition.....	431
402	Conditions de fond.....	432
403	Déclaration écrite remise à l'officier de l'état civil.....	432
404	Inscription au registre de la population.....	433
404-I	Cohabitation légale simulée ou forcée.....	433

## Section 2

### Effets personnels

§ 1. Cohabitation et fidélité .....	435
405 Renvois.....	435
§ 2. Contribution aux charges de la vie commune .....	435
406 Notion.....	435
407 Délégation de sommes.....	436
§ 3. Mesures urgentes pendant la cohabitation légale.....	436
1. Conditions .....	436
408 Entente sérieusement perturbée.....	436
409 Compétence et procédure.....	436
410 Caractères.....	437
2. Mesures .....	437
411 Séparation des cohabitants.....	437
412 Mesures relatives aux enfants.....	438
413 Mesures patrimoniales.....	438
414 Mesures alimentaires.....	439

## Section 3

### Effets patrimoniaux

415-422 Régime patrimonial impératif mais précaire. Analogie législative. Renvoi.....	439
§ 1. Droits successoraux .....	439
422-1 Droits successoraux du cohabitant légal survivant.....	439
§ 2. Convention de cohabitation légale .....	441
423-425 Conditions. Opposabilité aux tiers.....	441
426 Contenu (renvoi).....	441

## Section 4

### Cessation de la cohabitation légale

§ 1. Modalités .....	442
427 Liberté de rupture.....	442
428 Cessation de plein droit.....	442
429 Cessation amiable.....	442
430 Cessation unilatérale.....	443
§ 2. Effets .....	443
431 Absence de conséquences alimentaires.....	443
432 Mesures urgentes et provisoires d'aménagement de la rupture.....	444

## CHAPITRE 4

### Le divorce et la séparation de corps

#### Section 1

##### Généralités

433	Notion. Divorce et faute.....	447
434	Droits fondamentaux.....	449

#### Section 2

##### Droit transitoire de la loi du 27 avril 2007

434-1-434-6	Finalité des dispositions transitoires. Déconstruction jurisprudentielle.....	450
434-7	Maintien à titre transitoire des conditions d'acquisition ou d'exclusion de la pension alimentaire.....	451
434-8	Application immédiate de la limitation de durée de la pension alimentaire.....	452
434-9	La révisabilité des conventions alimentaires entre époux préalables à d'anciens divorces par consentement mutuel.....	454
434-10	La déchéance des avantages patrimoniaux.....	455

#### Section 3

##### Le divorce pour cause de désunion irrémédiable

435	Bibliographie.....	455
<b>§ 1. Conditions</b> .....		
436	La désunion irrémédiable « cause » de divorce. Division.....	457
1. <i>La règle : établissement de la désunion irrémédiable par l'écoulement de délais</i> .....		
437	Principes.....	458
438	Séparation de fait : notion et preuve.....	458
439	Demande unilatérale : délais d'1 an.....	459
440	Demande conjointe : délais de 6 ou 3 mois.....	460
2. <i>L'exception : preuve de la désunion irrémédiable</i> .....		
441	Principes.....	460
442	Ancien catalogue. Adultère.....	462
443	(suite) Relations homosexuelles.....	462
444	(suite) Infidélités non constitutives d'adultère.....	463
445	(suite) Impossibilité ou excès de relations sexuelles.....	464
446	(suite) Abandon du domicile conjugal.....	464
447	(suite) Violences.....	465
448-454	(suite) <i>Varia</i> .....	465
<b>§ 2. Procédure</b> .....		
1. <i>Caractères de l'action</i> .....		
455	Action d'état.....	468
2. <i>Déroulement de l'instance</i> .....		
456	Compétence.....	469

457	Introduction de la demande.....	470
458	Audience d'introduction. Comparution personnelle.....	471
459	Audiences ultérieures éventuelles.....	472
460	Demandes nouvelles et accessoires.....	473
461	Prononcé du divorce. Voies de recours.....	474
461-1	Transcription dans les registres de l'état civil.....	475
462	Dates de la dissolution du mariage.....	475
462-1	Dépens.....	476
3.	<i>Administration de la preuve</i> .....	477
463	Généralités.....	477
464	Constat d'adultère.....	478
465	Actes de procédure.....	480
466	Aveu.....	480
467	Témoignages.....	482
468	Attestations et certificats.....	483
469	Correspondance. Journal intime.....	484
470	Photographies. Enregistrements.....	485
<b>§ 3.</b>	<b>Mesures urgentes</b> .....	486
471	Notion. Division.....	486
1.	<i>Conditions</i> .....	486
472-473	Compétence matérielle.....	486
474	Urgence et provisoire. Durée de validité. Renvoi.....	487
2.	<i>Procédure</i> .....	488
475	Procédure comme en référé. Renvoi.....	488
3.	<i>Mesures envisageables</i> .....	488
476	Occupation du logement.....	488
477	(suite) Occupation gratuite d'un logement commun ou indivis à titre provisoire.....	489
478	Provision alimentaire.....	490
479	(suite) Montant. Ressources. Modalités.....	491
480	Autres mesures.....	495
<b>§ 4.</b>	<b>Effets du divorce pour cause de désunion irrémédiable</b> .....	495
481	Généralités. Division.....	495
1.	<i>Effets personnels entre époux</i> .....	496
482	Droit au remariage.....	496
483	Aménagements de la présomption de paternité.....	496
484	Disparition des liens d'alliance.....	496
485	Usage du nom du conjoint.....	497
486	Nationalité et droit au séjour.....	497
2.	<i>Effets alimentaires entre ex-époux</i> .....	497
1°	<i>Conditions de fond</i> .....	497
487	À défaut d'accord, le « besoin ».....	497
488	Cause de suppression facultative de la pension : la faute grave.....	499

489	Cause de suppression de plein droit de la pension : la violence conjugale.....	504
490	Cause de suppression ou de réduction facultative de la pension : le besoin créé.....	504
2°	Procédure.....	505
491	Compétence matérielle.....	505
492	Prescription.....	506
3°	Montant de la pension alimentaire.....	506
493	Règlement conventionnel.....	506
494	Règlement judiciaire. Critères légaux.....	508
(i)	<i>Le créancier</i> .....	508
495	Standard de référence : au minimum la couverture de l'état de besoin. ....	508
495-1	Dégradation significative en raison du mariage ou en raison du divorce ? .....	511
495-2	Ressources personnelles et charges.....	514
495-3	Modalités liées à la situation du créancier.....	517
(ii)	<i>Le débiteur</i> .....	518
496	Capacités actuelles et virtuelles.....	518
497	Limitation de la pension au 1/3 des revenus du débiteur.....	520
498	Moment de l'évaluation des ressources du débiteur.....	520
4°	Durée de la pension .....	521
498-1	Limitation à la durée du mariage.....	521
498-2	Possibilité de prolongation.....	522
498-3	Causes de suppression de la pension : décès et nouveau couple.....	522
5°	Variations .....	523
499	Indexation.....	523
500	Révision après le divorce. Généralités.....	524
501	Aggravation des besoins du créancier. Augmentation de la pension.....	525
502	Diminution des besoins du créancier. Diminution de la pension.....	525
503	Diminution des capacités financières du débiteur: Diminution de la pension.....	526
504	Augmentation des capacités financières du débiteur: Absence d'incidence.....	526
6°	Paiement et sanctions .....	527
504-1	Exécution provisoire de plein droit.....	527
505	Délégation de sommes. Renvoi.....	527
506	Saisie.....	527
507	Intervention des pouvoirs publics : SECAL et CPAS.....	529
508	Abandon de famille. Renvoi.....	531
7°	Modalités.....	531
509	Prescription.....	531
510	Transaction et renonciation.....	531
511	Capitalisation à la demande du débiteur.....	532
3.	<i>Effets patrimoniaux</i> .....	532

512	Dissolution du régime matrimonial. Liquidation-partage.....	532
513	Exclusion de biens ou de dettes de la liquidation de la communauté.....	533
514	Caducité des avantages matrimoniaux.....	534
515	Droits successoraux. Exhérédation du conjoint séparé.....	534
4.	<i>Effets à l'égard des enfants</i> .....	535
516	Absence d'incidence du divorce sur les droits et devoirs parentaux. Renvoi.....	535
517	Maintien des mesures provisoires ou de l'accord des époux entériné.....	536
518	Modification judiciaire des dispositions relatives aux enfants.....	536
519-539	Modification amiable des dispositions relatives aux enfants.....	537

## Section 4

### Le divorce par consentement mutuel

540	Bibliographie. ....	537
541	Généralités.....	538
§ 1.	<b>Conditions</b> .....	540
542	Consentement mutuel et persévérant.....	540
543	Capacité.....	540
544	Absence de condition de durée du mariage.....	540
§ 2.	<b>Conventions préalables</b> .....	541
545	Généralités. Force obligatoire et force exécutoire.....	541
1.	<i>Inventaire</i> .....	542
546	Caractère facultatif.....	542
547	Omissions.....	543
2.	<i>Conventions relatives aux droits et devoirs des époux</i> .....	543
1°	Généralités.....	543
548	Domaine de la transaction.....	543
549	Forme et publicité.....	544
550	Règlement transactionnel lapidaire. Omissions.....	545
2°	Immeubles communs et indivis .....	546
551	Attribution ou vente.....	546
552	Autres possibilités.....	546
3°	Biens professionnels .....	547
553	Poursuite de l'activité et valorisation.....	547
4°	Contrats et prestations d'assurance-vie .....	548
554	Incidence des arrêts d'inconstitutionnalité.....	548
5°	Dettes, récompenses et créances .....	550
555	Objet et portée des conventions préalables.....	550
556	Récompenses et créances entre époux.....	550
6°	Décès d'un époux en cours d'instance .....	551
557	Pacte successoral autorisé.....	551
558	Avantages matrimoniaux et libéralités.....	552

7° Résidence des époux .....	553
559 Liberté.....	553
8° Pension alimentaire entre époux .....	553
560 Nature de la convention. Domaine de la transaction.....	553
561 Variations conventionnelles.....	555
561-1 Révision judiciaire après le divorce.....	556
3. <i>Convention relative aux enfants des époux</i> .....	557
562 Matières d'ordre public. Applicabilité immédiate.....	557
1° Autorité parentale .....	558
563 Objet des conventions.....	558
564 Exercice conjoint de l'autorité parentale. Hébergement de l'enfant.....	558
565 Exercice exclusif de l'autorité parentale. Prérogatives du parent non attributaire de l'exercice.....	559
566 Exercice modalisé de l'autorité parentale. Mini pouvoir exclusif ou conjoint.....	560
2° Contribution à l'entretien, l'éducation et la formation des enfants .....	560
567 Contribution et obligation.....	560
568 Montant et modalités de paiement.....	561
569 Variations.....	563
<b>§ 3. Procédure</b> .....	564
570 Division.....	564
1. <i>Procédure « sans incidents »</i> .....	564
571 Introduction de la demande.....	564
572 Procédure écrite (séparation de plus de 6 mois).....	565
573 Comparution des parties (séparation de moins de 6 mois) .....	565
574 Jugement.....	566
575 Voies de recours et transcription. Date des effets du divorce.....	566
2. <i>Incidents de procédure</i> .....	567
576 Modification des conventions relatives aux enfants mineurs à l'initiative du juge.....	567
577 Audition des enfants mineurs.....	568
578 Modification des conventions préalables sur proposition conjointe.....	568
579 (suite) Contre-lettres.....	569
<b>§ 4. Effets</b> .....	570
1. <i>Date des effets des conventions préalables</i> .....	570
580 Autonomie de la volonté.....	570
581 Caducité si le divorce n'est pas prononcé. Abandon de la procédure.....	570
2. <i>Modifications amiables</i> .....	571
582 Consensualisme.....	571
583 Clauses de variabilité (renvoi).....	571
3. <i>Modifications sur demande unilatérale</i> .....	571
584 Conventions relatives aux époux.....	571
585 Conventions relatives aux enfants.....	572

4. Annulation des conventions pour vices du consentement .....	574
586 Dol : l'arrêt de la Cour de cassation du 16 juin 2000.....	574
586-1 Erreur ou lésion qualifiée : les arrêts de la Cour de cassation du 9 novembre 2012.....	576

### Section 5

#### La séparation de corps

587 Bibliographie.....	577
588 Généralités.....	577
§ 1. Causes.....	578
589 Parallélisme.....	578
§ 2. Procédure.....	578
590 Renvoi législatif.....	578
591 Modification de la demande.....	578
§ 3. Effets.....	578
592 Maintien du mariage.....	578
593 Relâchement du lien matrimonial.....	580
§ 4. Cessation.....	580
594 Réconciliation.....	580
595 Décès.....	581
596-599 Divorce après séparation de corps.....	581

## TITRE 3

### Les enfants

600 Des familles et des enfants.....	583
--------------------------------------	-----

#### CHAPITRE I

#### La filiation

601 Bibliographie.....	585
------------------------	-----

#### Section I

#### Généralités

602 Notion.....	586
603 Évolution socio-historique. I. Le droit législatif de la filiation .....	587
603-1 (suite) II. Le droit judiciaire de la filiation.....	590
604 Droits fondamentaux.....	593
605 Division.....	598

#### Section 2

#### La filiation légale

606 Incidence non discriminatoire du mariage.....	598
---	-----

§ 1. Établissement	599
1. Filiation maternelle	599
607 <i>Mater semper certa est</i>	599
608 (suite) Accouchement anonyme	600
2. Filiation paternelle ou comaternelle	601
609 <i>Pater/mater is est quem nuptiae demonstrant</i>	601
610 Domaine de la présomption	603
610-1 Inapplicabilité de la présomption de paternité	604
§ 2. Contestation	606
1. Procédure	606
611 Tribunal de la famille	606
612 Parties à la cause. Incapacités. Opposition d'intérêts	607
613 Décès de l'enfant ou du titulaire	608
614 Autorité de chose jugée	609
615 Mentions dans les registres d'état civil	609
2. Titulaires	610
616 Extension et unification des titulaires	610
617 Contestation « 2 en 1 » de la filiation légale par le père biologique ou par la coparente	611
3. Délais	614
618 Brefs délais légaux	614
619 (suite) Constitutionnalité des délais légaux : empêchements absolus vs. intérêts en présence	617
619-1 Repenser de <i>lege lata</i> les pouvoirs du juge du fond	620
4. Fins de non-recevoir	622
620 Possession d'état. Fonction légale. Fonction future. Notion actuelle	622
621 (suite) Constitutionnalité de la possession d'état comme fin de non-recevoir : empêchements absolus vs. intérêts en présence	625
621-1 Repenser de <i>lege lata</i> les pouvoirs du juge du fond	627
622 Consentement à une procréation médicalement assistée : fin de non-recevoir (absolue ?)	628
5. Fondement des actions	630
623 Liberté de preuve. Preuve scientifique	630
624 (suite) Autres modes de preuve	631
625 I. Filiation maternelle : critère de l'accouchement	632
626 (suite) P.M.A. et gestation pour autrui	633
627 II. Filiation paternelle : deux fondements de contestation	636
628 (suite) Contestation par dénégation	636
629 (suite) Contestation par preuve contraire	637
630 III. Filiation comaternelle	638

### Section 3

#### La filiation volontaire (reconnaissance)

<b>§ 1. Établissement</b>		639
	631 Acte juridique unilatéral ? Division	639
1. <i>Conditions de forme et procédures</i>		640
	632 Acte authentique	640
	633 Capacité	641
	634 Reconnaissance prénatale ou posthume	641
	635 Conflit de reconnaissances	643
	636 Notifications au conjoint	643
2. <i>Conditions de fond</i>		644
	637 Consentements préalables	644
	638 Contrôles de la vérité biologique et de l'intérêt de l'enfant. Censures constitutionnelles	645
	639 Inceste. Constitutionnalité	647
	640 Viol de la mère. Constitutionnalité	650
<b>§ 2. Contestation</b>		651
1. <i>Procédure</i>		651
	641 Renvoi	651
2. <i>Titulaires</i>		651
	642 Action réservée	651
	643 (suite) Exclusion des tiers intéressés. Ministère public	653
3. <i>Délais</i>		654
	644 Brefs délais légaux	654
	645 (suite) Constitutionnalité : empêchements absolus vs. intérêts en présence. Office actuel du juge du fond. Renvoi	655
4. <i>Fins de non-recevoir</i>		656
	646 Possession d'état	656
	647-659 (suite) Constitutionnalité : empêchements absolus vs. intérêts en présence. Office actuel du juge du fond. Renvoi	657
	660 Procréation médicalement assistée. Maternité de substitution	657
5. <i>Conditions de fond</i>		658
	661 Absence d'incidence de l'intérêt de l'enfant	658
	662 Preuve d'un vice de consentement	659
	663 Contestation par le parent biologique. Constitutionnalité	660

### Section 4

#### La filiation établie par décision de justice

<b>§ 1. Domaine</b>		660
	664 Absence de filiation	660
	665 (suite) Enfant adultérin <i>a matre</i>	661
<b>§ 2. Procédure</b>		661

666	Règles communes.....	661
667	Titulaires, Parties à la cause, Décès.....	662
<b>§ 3. Délais</b> .....		<b>663</b>
668	Prescription trentenaire extensible.....	663
<b>§ 4. Fins de non recevoir</b> .....		<b>664</b>
669	Inceste. ....	664
670	(suite) Constitutionnalité : empêchements absolus vs. intérêt de l'enfant.....	664
671	(suite) Viol de la mère.....	664
672	(suite) Procréation médicalement assistée.....	664
<b>§ 5. Conditions</b> .....		<b>665</b>
673	I. Action en recherche de maternité.....	665
674	(suite) Maternité de substitution.....	665
675	II. Action en recherche de paternité.....	665
676	(suite) Enfant adultérin <i>a patre</i> .....	666
677	Consentements requis.....	667
677-1	Vérité biologique et intérêt de l'enfant.....	667
677-2	III. Action en recherche de comaternité.....	667

## Section 5

### L'action alimentaire contre le père vraisemblable

677-3	Bibliographie.....	668
677-4	Alternative à l'établissement de la filiation paternelle.....	668
<b>§ 1. L'action</b> .....		<b>669</b>
677-5	Domaine d'application.....	669
677-6	Procédure.....	670
677-7	Conditions.....	671
<b>§ 2. La contribution alimentaire</b> .....		<b>671</b>
677-8	Renvoi.....	671

## CHAPITRE 2

### L'adoption

678	Bibliographie.....	673
-----	--------------------	-----

#### Section I Généralités

679	Notion. Aperçu historique.....	674
680	Détournement de l'adoption.....	678
681	Droits fondamentaux.....	679
682	Division.....	681

## Section 2

### Adoption simple

<b>§ 1. Conditions de fond</b> .....		681
683	Conditions et finalité de l'adoption. Renvoi.....	681
1. <i>Adoptant</i> .....		682
684	Définitions. État civil.....	682
685	(suite) Lien de filiation avec l'adopté.....	683
686	Âge et différence d'âge.....	684
687	Aptitude à adopter.....	684
688	Préparation à l'adoption.....	685
689	Apparement.....	686
690	Suivi de l'adoption.....	687
2. <i>Adopté</i> .....		688
691	Consentement.....	688
692	Âge.....	688
693	État civil. Consentement du partenaire de l'adopté.....	689
694	(suite) Absence d'adoption antérieure. Nouvelle adoption.....	689
3. <i>Parents de l'adopté</i> .....		690
695	Consentement parental. Titulaires.....	690
696	Refus.....	692
697	Rétractation.....	693
<b>§ 2. Conditions de forme</b> .....		694
1. <i>Recueil des consentements</i> .....		694
698	Consentements personnalisés.....	694
699	Consentements non personnalisés.....	694
2. <i>Procédure</i> .....		695
700	Compétence.....	695
701	Instruction de la cause.....	695
702	Jugement. Opportunité de l'adoption.....	697
703	(suite) Jurisprudence.....	698
704	Formalités d'état civil. Accès aux données d'origines.....	699
<b>§ 3. Effets</b> .....		700
705	Étendue des effets. Division.....	700
1. <i>Nom et prénoms</i> .....		701
706	Larges possibilités de changement .....	701
2. <i>Autorité parentale</i> .....		702
707	Principe : transfert d'autorité parentale. Droits résiduares.....	702
708	Adoption « endofamiliale » simple : partage d'autorité parentale.....	703
709	Tutelle.....	703
3. <i>Obligations alimentaires</i> .....		704
710	Dans la famille adoptive.....	704
711	Dans la famille d'origine.....	704

4. <i>Droits successoraux</i> .....	704
712 <i>Droit civil et droit fiscal. Synthèse</i> .....	704
5. <i>Empêchements à mariage</i> .....	705
713 <i>Superposition. Renvoi</i> .....	705
<b>§ 4. Révision</b> .....	706
714 <i>Notion. Conditions</i> .....	706
715 <i>Procédure</i> .....	706
<b>§ 5. Révocation</b> .....	706
716 <i>Notion. Conditions</i> .....	706
717 <i>Procédure</i> .....	707

### Section 3 Adoption plénière

<b>§ 1. Conditions de fond</b> .....	708
718 <i>Conditions requises dans le chef de l'adoptant</i> .....	708
719 <i>Conditions requises dans le chef de l'adopté</i> .....	708
720 <i>Consentements</i> .....	708
<b>§ 2. Conditions de forme</b> .....	708
721 <i>Procédure</i> .....	708
722 <i>Conversions</i> .....	708
<b>§ 3. Effets</b> .....	709
723 <i>Étendue des effets</i> .....	709
1. <i>Nom et prénoms</i> .....	709
724 <i>Changement</i> .....	709
2. <i>Autorité parentale</i> .....	710
725 <i>Principe : transfert d'autorité parentale. Droits aux relations                   personnelles</i> .....	710
726 <i>Adoption « endofamiliale » plénière : partage d'autorité parentale</i> .....	710
3. <i>Empêchements à mariage</i> .....	711
726-1 <i>Renvoi</i> .....	711
<b>§ 4. Révision</b> .....	712
727 <i>Renvoi</i> .....	712
<b>§ 5. Irrévocabilité</b> .....	712
728 <i>Principe. Nouvelle adoption</i> .....	712

### Section 4 Adoption internationale

729 <i>Avertissement. Division</i> .....	713
<b>§ 1. Enfant résidant habituellement dans un État étranger</b> .....	714
730 <i>Préparation à l'adoption</i> .....	714
731 <i>Qualification et aptitude à adopter. Procédure de constat</i> .....	715
732 <i>Apparentement. Encadrement par un organisme agréé ou par l'A.C.C.</i> .....	716

733	Conditions du déplacement de l'enfant vers la Belgique en vue de son adoption.....	718
733-1	Hypothèse où le pays d'origine ne connaît ni l'adoption, ni le placement en vue de l'adoption.....	720
734	Procédure judiciaire d'établissement de l'adoption en Belgique.....	721
735	Formalités d'état civil. Accès aux données d'origines.....	722
736	Mesures de sauvegarde. Conciliation des intérêts en présence.....	722
<b>§ 2. Enfant résidant habituellement en Belgique .....</b>		<b>723</b>
737	Désir d'adoption.....	723
738	Adoptabilité de l'enfant. Procédure de constat.....	724
739	Conditions du déplacement de l'enfant à l'étranger en vue de son adoption.....	725
740	Poursuite de la procédure d'adoption à l'étranger.....	725
<b>§ 3. Droit international privé.....</b>		<b>726</b>
741	Synthèse des règles légales.....	726
742	Statut personnel. Règles spéciales d'applicabilité.....	726
743	Conversion, révision, révocation.....	727

## CHAPITRE 3

### L'autorité parentale

744	Bibliographie.....	729
-----	--------------------	-----

#### Section I

##### Généralités

745	Notion.....	732
746	Droits fondamentaux.....	732
747	Autorité parentale au sens strict et prérogatives sur l'état de l'enfant.....	737
748	Tutelle officieuse.....	737

#### Section 2

##### Prérogatives

749-750	I. Droit d'éducation et de contact avec l'enfant.....	739
751-752	II. Administration du patrimoine du mineur: Représentation. Jouissance légale.....	742

#### Section 3

##### Titularité

753	Notion. Parenté sociale.....	745
754	Déchéance de l'autorité parentale.....	746

#### Section 4

##### Exercice

755	Notion.....	747
-----	-------------	-----

<b>§ 1. Exercice conjoint</b> .....	748
756 Parents cohabitants. Principe.....	748
757 Présomption d'accord parental à l'égard des tiers de bonne foi.....	748
758 Parents séparés : maintien de l'exercice conjoint et de la présomption d'accord. Hébergement de l'enfant.....	750
759 Hébergement alternatif. Formules courantes.....	751
760 Règlement conventionnel de l'hébergement.....	754
760-1 Règlement judiciaire de l'hébergement de l'enfant. Priorité à l'hébergement égalitaire.....	755
761 Audition de l'enfant.....	759
761-1 Mesures d'investigations. Expertise.....	761
<b>§ 2. Exercice exclusif</b> .....	762
762 Condition : désaccords fondamentaux. Conséquences.....	762
763 Hébergement de l'enfant.....	765
764-765 Droits du parent n'exerçant pas l'autorité parentale. Relations personnelles. Surveillance. Information.....	765
<b>§ 3. Exercices conjoint et exclusif combinés</b> .....	768
766 Exercice conjoint tempéré.....	768
767 Exercice exclusif tempéré.....	768

## Section 5

### Contrôle judiciaire

768 Division.....	769
<b>§ 1. Aménagement de l'exercice de l'autorité parentale</b> .....	769
769 Compétence. Saisine permanente.....	769
770 Objet des demandes.....	771
771 Titulaires du droit d'action. Grands-parents. Tiers.....	773
<b>§ 2. Recours contre un acte de l'autorité parentale</b> .....	774
772 Compétence.....	774
773 Recours <i>a priori</i> . Exercice conjoint.....	774
774 (suite) Exercice exclusif.....	775
775 Recours <i>a posteriori</i> . Exercice conjoint. Situation des tiers.....	776
776 (suite) Exercice exclusif.....	777
<b>§ 3. Exécution des décisions judiciaires</b> .....	778
777 Procédure. Mesures de contrainte. Modification du règlement.....	778
777-1 Reprise forcée de l'enfant.....	779
777-2 Astreinte.....	781
778 Enlèvement international d'enfants.....	782
<b>§ 4. Sanctions pénales</b> .....	786
779 Abandon de famille. Non-représentation d'enfant.....	786

## Section 6

### Relations personnelles hors autorité parentale

780 Notion.....	787
-----------------	-----

781	Titulaires.....	788
782	Régime.....	791

## CHAPITRE 4

### Les obligations alimentaires

783	Bibliographie.....	793
-----	--------------------	-----

#### Section 1

##### Généralités

784	De la parenté proche à la famille élargie.....	794
785	Division. Frais funéraires.....	796

#### Section 2

##### Obligation parentale d'entretien, de formation et d'éducation des enfants

§ 1. Contenu et montant .....	797	
786	Contenu matériel, éducatif et financier.....	797
787	Montant : obligation.....	800
787-1	(suite) Frais extraordinaires.....	801
788	(suite) Contribution.....	803
789	Fixation amiable ou judiciaire. Méthode de calcul.....	807
790	Affectation des ressources personnelles de l'enfant.....	811
§ 2. Débiteurs .....	814	
791	Les parents. Effet de la filiation.....	814
792	(suite) Obligation de chaque parent non solidaire mais proportionnelle à sa part dans les facultés cumulées.....	815
793	Nouveau conjoint ou cohabitant du parent.....	816
§ 3. Durée .....	817	
794	Enfant mineur.....	817
795	Enfant majeur.....	818
796	Incidence du comportement de l'enfant.....	819
§ 4. Sanctions .....	820	
797	Action personnelle de l'enfant contre le(s) parent(s). Représentation du mineur.....	820
798	Recours contributoire des parents.....	821
799	Modalités : indexation ou adaptation de plein droit, délégation de sommes (renvoi), compte-enfant, saisies, avances et sanctions pénales.....	821

#### Section 3

##### Obligations alimentaires liées à la parenté ou l'alliance

800	Présentation.....	824
§ 1. Débiteurs et créanciers .....	824	
801	Division.....	824

1. Personnes tenues en vertu du mariage.....	825
802 Conjoints et ex-conjoints vivants.....	825
803 Conjoints et ex-conjoints décédés : pension successorale.....	825
2. Personnes tenues en vertu de la parenté et de l'alliance .....	827
804 Parents et enfants sans limitation de degré.....	827
805 Ascendants déshérités : pension successorale.....	827
806 Alliés et beaux-enfants sociologiques.....	828
3. Personnes tenues au sein de la « pseudo-famille ».....	828
807 Paternité biologique. Tutelle officieuse.....	828
4. Personnes tenues d'une obligation naturelle .....	829
808 Notion. Régime.....	829
809 Applications.....	830
5. Obligations de la collectivité .....	831
810 Subsidiarité. Renvoi aux débiteurs d'aliments.....	831
811 Recouvrement des subsides.....	832
<b>§ 2. Objet et conditions .....</b>	<b>832</b>
1. Situation du créancier .....	832
812 Besoins, charges et ressources.....	832
813 Comportement compatible avec le droit aux aliments. Respect de la vie privée et familiale.....	834
2. Situation du débiteur .....	835
814 Ressources et charges.....	835
<b>§ 3. Mise en œuvre judiciaire .....</b>	<b>837</b>
815 Pension alimentaire. Compétence judiciaire. Renvoi.....	837
1. Variabilité de la pension alimentaire .....	837
816 Autorité relative de la chose jugée. Révision judiciaire. Indexation.....	837
2. Délégation de sommes .....	838
817 Modalité de paiement de l'obligation alimentaire.....	838
818 Domaine d'application.....	840
819 Réclamation rétroactive d'aliments et arriérés de pension alimentaire.....	840
820 Procédure.....	841
3. Exécution .....	842
821-1 Exécution provisoire.....	842
821-2 Exécution forcée. Saisies. Renvoi.....	842
4. Prescription .....	842
822 Aliments arrérages en 5 ans.....	842
5. Sanctions pénales .....	844
823 Renvoi.....	844
<b>Section 4</b>	
<b>Hierarchie des créanciers et débiteurs alimentaires</b>	
824 Absence de hiérarchie légale.....	844

§ 1. Pluralité de débiteurs sollicités par un créancier .....	845
825    Présence d'un époux ou d'un ex-époux.....	845
826    Présence de parents.....	845
827    Pluralité de débiteurs solvables.....	846
828    Insolvabilité d'un débiteur: Recours contributoires.....	847
§ 2. Pluralité de créanciers sollicitant un débiteur .....	847
829    Hiérarchie.....	847
830    Répartition entre créanciers de même rang.....	848
<b>Index alphabétique .....</b>	<b>849</b>