

Section 1

Les devoirs et droits conjugaux durant la séparation de fait

SOUS-SECTION 1. GÉNÉRALITÉS

1.1. «*Les époux ont le devoir d'habiter ensemble; ils se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance*» (art. 213 C.civ.).

A la lecture de cette disposition, le mariage se révèle «*être une communauté de vie matérielle et charnelle, qui suppose l'exclusivité et impose la solidarité*»¹.

Les règles énoncées sont incontestablement impératives² et constituent le «régime primaire», lequel régit les droits et devoirs respectifs des époux aussi longtemps que dure le mariage³.

La séparation de fait des époux entraîne de nombreuses conséquences, notamment sur le plan des relations des parents séparés avec les enfants, mais également sur le plan patrimonial.

Cependant, les époux restent tenus et liés par les droits et devoirs du mariage, et ce même si la séparation de fait se prolonge durant plusieurs années.

Le devoir de fidélité subsiste de même que le devoir de secours et d'assistance.

Le devoir de cohabitation n'est suspendu que si le juge le prévoit expressément⁴.

La protection du logement familial ne cesse pas en raison d'une séparation de fait sauf si celle-ci se prolonge anormalement (*art. 215 C.civ.*)⁵.

Il serait cependant faux de dire que le relâchement du lien matrimonial entre époux séparés de fait est dépourvu de conséquences sur l'application du régime primaire. Ainsi, par exemple, la solidarité passive entre conjoints pour le paiement d'une dette contractée dans l'intérêt du ménage va cesser avec la séparation des époux,

¹ Y.-H. LELEU, «Le devoir de cohabitation, fidélité, secours et assistance», *Les régimes matrimoniaux – Les droits et devoirs des époux*, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 55, n° 37.

² «On serait tenté de ranger le régime primaire dans la catégorie des règles impératives d'ordre privé dont le but est la protection d'intérêts privés», L. RAUCENT, «Introduction générale», *Les régimes matrimoniaux – Les droits et devoirs des époux*, o.c., p. 42, n° 19; Cass., 6 décembre. 1956, *R.C.J.B.*, 1960, p. 156 et note BAETEMAN; J. DE GAVRE et M.F. LAMPE, «Le régime primaire ou les droits et devoirs respectifs des époux», *La réforme des droits et devoirs respectifs des époux et des régimes matrimoniaux (loi du 14 juillet 1976)*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 1977, pp. 87 et 88, n°s 3 et 4; H. CASMAN et M. VAN LOOK, *Régimes matrimoniaux*, I/1, pp. 10 et s.

³ L. RAUCENT, «Introduction générale», *Les régimes matrimoniaux – Les droits et devoirs des époux*, o.c., p. 45, n° 23.

⁴ Rappelons cependant que le devoir de cohabitation n'est pas susceptible d'exécution forcée ni directe, ni sous astreinte; d'autre part, les parties peuvent également fixer des résidences séparées de commun accord et dans cette éventualité, le juge se bornera à acter l'accord des époux; F. RIGAUX, *Les personnes*, t.1, Bruxelles, Larcier, 1971, n° 1565; Y.-H. LELEU, o.c., p. 56, n° 38.

⁵ M. VERWILGHEN, «La protection du logement familial», *Les régimes matrimoniaux – Les droits et devoirs des époux*, Larcier, 1997, p. 78, n° 76.

V.III.2.1. – LES DEVOIRS ET DROITS CONJUGAUX DURANT LA SÉPARATION DE FAIT

mais cela n'empêchera pas le créancier de se prévaloir de la solidarité des époux, s'il est de bonne foi et s'il ignorait la séparation de fait des époux¹.

Si la suspension du devoir de cohabitation ordonnée par le juge durant le mariage n'empêche pas celui-ci d'accorder une pension alimentaire à titre temporaire à un conjoint, sans rechercher le responsable de la séparation, le devoir de secours (art. 213 C.civ.) et l'obligation de contribuer aux charges du mariage (art. 221 C.civ.) ne s'appliqueront qu'en faveur de l'époux innocent².

SOUS-SECTION 2. LE DEVOIR DE COHABITATION

§ 1. Introduction et définition

1.2. L'article 213 du Code civil énumère les obligations mutuelles qui lient les époux dans leurs rapports personnels.

Cohabiter signifie incontestablement «vivre sous le même toit» ou encore vivre ensemble dans le même immeuble, «la résidence conjugale».

La notion de cohabitation implique une «communauté de vie» entre les époux; en d'autres termes, la cohabitation reflète «une dimension affective et psychologique des devoirs conjugaux»; elle suppose en principe, pour les époux, l'obligation d'entretenir des relations sexuelles³.

Cette règle supporte des exceptions, notamment en raison de l'âge ou de la maladie; ainsi la jurisprudence considérera qu'il n'y a pas de manquement au devoir de cohabitation, si le conjoint inscrit dans le registre de la population d'une autre commune fournit quotidiennement une assistance dans les soins à domicile de son épouse⁴.

¹ F. BUYSENS, «Art. 218 B.W. en feitelijke scheiding», *Echtscheidingsjournaal*, 1996, p. 98.

² L. RAUCENT, «Introduction générale», *Les régimes matrimoniaux – Les droits et devoirs des époux*, o.c., p. 45, n° 23; Cass., 28 novembre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 797; *J.L.M.B.*, 1987, p. 209, note C. PARNIER; *Rev. not. belge*, 1987, p. 543, note POULEAU; *Rev. trim. dr. fam.*, 1987, p. 318, note RENCHON; *R.C.J.B.*, 1989, p. 287, note LAMPE.

³ Y.-H. LELEU, o.c., p. 57, n° 42; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge – Les personnes*, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 630, n° 622; F. RIGAUX, o.c., Larcier, 1971, p. 495, nos 1982 et s.; sous l'ancienne législation, s'il a été jugé que pouvait constituer une cause de divorce le refus habituel du mari d'entretenir des relations sexuelles avec sa femme (Cass., 5 avril 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 819), par contre, le refus de l'épouse d'entretenir des relations sexuelles en raison des déficiences physiques du mari n'était pas injurieux (Bruxelles, 13 juin 1966, *J.T.*, 1966, p. 599).

⁴ Anvers, 17 septembre 1996, *F.J.F.*, 1996, p. 409; Civ. Anvers, 7 décembre 1960, *R.W.*, 1960-1961, col. 1579.

§ 2. *Aspect fiscal*

1.3. Il y a séparation de fait au sens de l'article 75, § 1^{er}, du Code des impôts sur les revenus, lorsque de manière effective et permanente, car durable, les conjoints ne satisfont plus à l'obligation de cohabitation, qui leur incombe en vertu de l'article 213 du Code civil.

La charge de la preuve de la séparation de fait incombe aux contribuables, par la production d'une inscription au registre de la population ou par production d'une attestation communale, mais l'administration peut démontrer par toutes voies de droit que la situation ne correspond pas à la réalité¹.

§ 3. *Suspension unilatérale du devoir de cohabitation*

1.4. Normalement, un époux ne peut unilatéralement quitter son conjoint et donc suspendre unilatéralement le devoir de cohabitation; jadis, la loi prévoyait que le mari avait l'obligation d'accueillir son épouse en quelque lieu qu'il réside².

En cas de séparation de fait, il existera incontestablement un «manquement» au devoir de cohabitation et l'époux délaissé pourra solliciter l'octroi de mesures provisoires.

Si la séparation se prolonge, il pourra également demander le divorce pour cause de désunion irrémédiable établie par une séparation de fait, dans les délais prévus aux articles 229, § 3 du Code civil et 1255, § 2 du Code judiciaire³.

L'époux abandonné pourra également décider de suspendre le devoir de secours⁴. Cependant, il est admis par la jurisprudence que, dans des circonstances particulièrement graves, un époux puisse désertier la résidence conjugale pour échapper aux mauvais traitements que lui fait subir son conjoint; «*la cohabitation ne peut être imposée à l'encontre du respect de la personne humaine*»⁵.

§ 4. *Séparation amiable*

1.5. Dans la mesure où seul le juge peut autoriser les époux à résider séparément, quelle est la valeur d'une convention amiable de séparation?

¹ Anvers, 19 novembre 1991, *F.J.F.*, 1992, p. 56.

² L'ancien article 214 du Code civil aujourd'hui abrogé.

³ Sous l'ancienne législation, il a été jugé que constituait une injure grave susceptible de prononcer le divorce à ses torts le refus d'un conjoint d'une offre sincère de reprise de la vie commune (Cass., 6 octobre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 172); de même, peut constituer une injure grave, justifiant l'admission d'un divorce pour cause déterminée, l'abandon du domicile conjugal par l'épouse soucieuse de prodiguer des soins à sa mère âgée (Civ. Hasselt, 12 avril 1989, *R.G.D.C.*, 1989, p. 165).

⁴ E. VIEUJEAN, «Les devoirs de secours et de contribution aux charges du mariage», *Les régimes matrimoniaux – Les droits et devoirs des époux*, Larcier, 1997, p. 165, n^{os} 217 et s.

⁵ Y.-H. LELEU, *o.c.*, Larcier, 1997, p. 56, n^o 39; G. BAETEMAN et J.-P. LAUWERS, *Devoirs et droits des époux – Commentaire théorique et pratique des lois du 30 avril 1958 et de la loi du 22 juin 1959*, Bruxelles, Bruylant, 1960, p. 84, n^o 84.

V.III.2.1. – LES DEVOIRS ET DROITS CONJUGAUX DURANT LA SÉPARATION DE FAIT

Traditionnellement, les «pactes amiables de séparation» étaient considérés comme contraires à l'ordre public.

Actuellement, la doctrine semble admettre des «conventions d'honneur» organisant des séparations temporaires¹.

Certaines décisions de jurisprudence vont d'ailleurs dans le même sens².

Par contre, les pactes de séparation visant à organiser une séparation à caractère définitif restent prohibés.

§ 5. Séparation judiciaire

1.6. L'octroi des résidences séparées, dans le cadre des mesures urgentes et provisoires, est très couramment accordé par le juge de paix, mais toujours à titre temporaire.

L'article 223 du Code civil permet, en effet, au juge de paix d'accorder des résidences séparées, dès que l'entente entre les époux est gravement perturbée³.

Le devoir de cohabitation peut donc être suspendu en dehors de toute notion de faute dans le chef d'un des deux conjoints et l'octroi éventuel d'une pension alimentaire en vertu du devoir de secours n'est pas lié à la question des torts⁴.

Dès que les époux se trouvent dans l'impossibilité morale d'habiter ensemble, il peut leur être accordé de résider provisoirement séparément⁵.

§ 6. Choix de la résidence séparée

1.7. Lorsque l'autorisation de suspendre le devoir de cohabitation leur est accordée, ils ont libre choix, chacun, de fixer, où bon leur semble, leur résidence, dans un endroit «convenable», notamment pour y accueillir les enfants dans de bonnes conditions⁶.

Dès que les résidences sont fixées par justice, les époux ont le droit d'y résider séparément et de repousser d'éventuelles sommations de reprendre la vie commune à la résidence conjugale⁷.

¹ E. VIEUJEAN, «Les personnes. Examen de jurisprudence 1976-1983», *R.C.J.B.*, 1986, p. 555, n° 82; C. DE BUSSCHERE, *De feitelijke scheiding tussen echtgenoten en de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding*, Antwerpen, Kluwer, 1985, pp. 85 et s.; Y.-H. LELEU, *o.c.*, Larcier, 1997, p. 57, n° 40.

² Le contrat, par lequel le mari reconnaît avoir quitté la résidence conjugale et s'engage à payer une contribution alimentaire pour sa femme et sa fille, a été déclaré valable; Civ. Bruxelles, 8 mars 1977, *Pas.*, 1977, III, p. 58.

³ H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge – Les personnes*, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 781, n° 754.

⁴ Y.-H. LELEU, *o.c.*, Larcier, 1997, p. 57, n° 41.

⁵ Civ. Courtrai (réf.), 22 mai 1992, *T.R.V.*, 1993, p. 552, obs.

⁶ A. PASQUIER, *o.c.*, p. 233, n° 242; *Pand.*, *o.c.*, n° 947.

⁷ A. PASQUIER, *o.c.*, p. 233, n° 242; ou encore, l'époux y a été autorisé par une ordonnance rendue par le juge de paix statuant en application de l'article 223 du Code civil.

En règle générale, l'un des époux est disposé à quitter volontairement¹ la résidence conjugale ou en est déjà parti volontairement – finalement, le cas le plus fréquent – et l'intervention du juge est pratiquement inutile puisqu'il se bornera à entériner la décision prise par une des parties².

§ 7. *Modalités d'octroi de la résidence conjugale*

1.8. Le conflit surviendra souvent lorsque les deux époux – pour des motifs divers – souhaiteront tous deux se maintenir dans la résidence conjugale.

En principe, les époux sont sur un pied d'égalité pour l'attribution de la résidence conjugale³.

Pour déterminer lequel des deux époux a les meilleures raisons pour se voir attribuer la résidence conjugale, le juge sera contraint d'apprécier au cas par cas les mérites de chacun, en tenant compte de tous les éléments soumis à son appréciation.

1. L'intérêt des enfants

1.9. La première raison d'attribuer à l'un des époux plutôt qu'à l'autre la résidence conjugale paraît être évidemment l'intérêt des enfants.

Le cas le plus fréquemment rencontré sera celui de l'épouse qui demande de pouvoir se maintenir dans la résidence conjugale en compagnie des enfants mineurs. Il sera relativement rare que l'époux qui se voit confier l'hébergement principal des enfants ne soit pas autorisé à conserver la résidence conjugale, de manière à éviter tout traumatisme dans le chef des enfants.

Le juge souhaitera souvent que les enfants en bas-âge puissent conserver leur cadre de vie, leurs habitudes, leur chambre...

Une certaine jurisprudence attribue la résidence conjugale aux enfants, qui y séjournent de manière permanente, tandis que les époux y résident alternativement une semaine ou une quinzaine sur deux, tout en exerçant conjointement l'autorité parentale⁴.

¹ Ou encore, l'époux y a été autorisé par une ordonnance rendue par le juge de paix statuant en application de l'article 223 du Code civil.

² «En l'absence de conflit entre les époux, ceux-ci auront des résidences séparées en dehors de toute décision judiciaire», H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *o.c.*, p. 781, n° 753.

³ J.P. Bastogne, 3 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 979, et note DERMAGNE.

⁴ J.P. Bastogne, 3 mai 1996, *o.c.*

2. L'activité professionnelle d'un des époux

1.10. Un autre critère est l'activité professionnelle d'un des époux dans la résidence conjugale: ainsi, un médecin, un avocat, un pharmacien, un commerçant, ... qui exerce son activité professionnelle à la résidence conjugale souhaitera s'y maintenir...

Il a été fréquemment jugé qu'un époux pouvait conserver la résidence conjugale si son expulsion était de nature à causer un grave préjudice professionnel et, par voie de conséquence, une réduction des revenus du couple sur lequel s'imputerait naturellement la provision alimentaire¹.

3. Les revenus et les charges financières d'un ou des deux époux

1.11. Le juge peut également prendre en compte les revenus respectifs de chacun des époux, notamment pour assurer le paiement des charges de l'immeuble constituant la résidence conjugale, ou la possibilité pour chacune des parties d'obtenir une aide financière extérieure².

Un autre élément qui peut aider le juge à statuer sur les résidences séparées est relatif aux frais de déménagement: en général, il sera moins coûteux d'inviter une personne seule à quitter la résidence conjugale que plusieurs, par exemple le parent gardien et les enfants...

4. La résidence conjugale est la propriété d'un des époux

1.12. Si l'immeuble est la propriété d'un des deux époux, ce critère peut également intervenir dans la fixation des résidences séparées.

Il est courant que le propriétaire de la résidence conjugale souhaitera pouvoir y fixer sa résidence; cependant, ce critère n'est pas déterminant et un époux peut parfaitement être autorisé à résider dans un immeuble propre de son conjoint³.

¹ Civ. Mons, 24 novembre 1970, *J.T.*, 1971, p. 49.

² Civ. Charleroi, 20 juin 1964, *Ann. Not.*, 1965, p. 288 et note; J.P. Charleroi, 25 janvier 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1062; Mons (2^e ch.), 25 novembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 769: ici, le magistrat a autorisé l'épouse à résider seule à l'ancienne résidence conjugale, eu égard à la circonstance que le mari résidait actuellement sans frais chez sa mère, alors que l'épouse n'avait pas l'opportunité d'être hébergée chez un membre de sa famille.

³ Bruxelles, 4 décembre 1967, *J.T.*, 1968, p. 62; Mons (17^{ème} ch.), 14 juin 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 808.

5. L'incidence de «l'hébergement alterné»

1.13. Actuellement, dans le cadre d'un hébergement alterné, certains juges n'hésitent pas à attribuer la jouissance de la résidence conjugale alternativement à chacun des deux époux, par exemple par période de 8 jours, en même temps que la présence des enfants sous forme de «garde alternée»¹.

Ce système n'est évidemment tolérable qu'à titre précaire, par exemple en attendant l'audition des enfants et éventuellement l'accomplissement d'une mesure d'instruction plus approfondie, telle une expertise pédo-psychologique.

6. Le partage de la résidence conjugale

1.14. La notion de «résidences séparées» peut également être modélisée différemment suivant les cas d'espèce. Ainsi, une certaine jurisprudence valide la séparation d'une même maison en partie professionnelle, exclusivement accordée à l'une des parties, et en partie privée, accordée à l'autre partie.

Bien qu'un des époux occupe principalement le domicile conjugal, le juge pourrait y maintenir l'autre, par exemple, lorsque l'immeuble est aisément divisible en logements séparés et que le manque de ressources financières des parties empêche de supporter deux loyers².

7. La violence conjugale d'un des époux à l'égard de l'autre

1.14bis. La loi du 28 janvier 2003³ a voulu favoriser le critère de la violence conjugale pour l'attribution de la jouissance du logement familial. Ainsi, l'époux victime de violences conjugales pourra revendiquer, soit devant le juge de paix (art. 223 C.civ.), soit devant le président du tribunal de première instance (art. 1280 C.jud.), la jouissance de la résidence conjugale, sauf circonstances exceptionnelles. L'idée du législateur est de permettre à cet époux, déjà fragilisé par de telles violences, de se maintenir dans son cadre de vie.

¹ J.P. Bastogne, 3 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 979 et note DERMAGNE; Civ. Nivelles (réf.), 28 février 1997, *inédit J.C.*, R.G. 15026; Civ. Liège (4^{ème} ch.), 7 janvier 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 823; Civ. Bruxelles (réf.), 8 mai 2003, *Div. Act.*, 2004, p. 154.

² «Lorsque la partie servant d'habitation privée et la partie professionnelle d'un immeuble dans lequel le mari exerce son activité professionnelle de médecin sont suffisamment séparées, il n'y a pas lieu, dans le cadre des mesures provisoires relatives à une procédure en divorce, de modifier la situation créée par le mari qui avait choisi, quelques mois auparavant, de vivre avec une compagne, et il échet dès lors d'autoriser l'épouse à occuper provisoirement avec le dernier enfant commun la partie privée de l'ancienne résidence conjugale et d'attribuer au mari l'usage exclusif de la partie professionnelle» (Civ. Namur (réf.), 8 janvier 1991, *Rev. trim. dr. fam.*, 1992, p. 110).

³ Publiée au *Moniteur belge* le 12 février 2003, entrée en vigueur le 22 février 2003.

V.III.2.1. – LES DEVOIRS ET DROITS CONJUGAUX DURANT LA SÉPARATION DE FAIT

Il suffira à l'époux concerné de demander à résider seul à la résidence conjugale, en rapportant la preuve des faits de violences¹ dont il a été victime. Le législateur a souhaité alléger la charge de la preuve reposant sur l'époux demandeur en prévoyant expressément que des «indices sérieux de tels comportements» pouvaient suffire².

Les circonstances exceptionnelles permettant au magistrat de déroger à l'attribution de la jouissance de la résidence conjugale à l'époux victime n'ont pas été définies par le législateur, et sont donc laissées à l'appréciation souveraine du juge saisi³.

Notons que ces principes sont transposables aux cohabitants légaux (art. 1479 C.jud.).

§ 8. *Obligation de «vivre séparément»*

1.15. En général, lorsque les résidences séparées sont ordonnées par le juge, celui-ci fait interdiction à chacune des parties de pénétrer chez l'autre, sans l'accord exprès de celui-ci, même s'il s'agit d'un immeuble commun.

Si un époux refuse de quitter volontairement la résidence conjugale, l'autre conjoint pourra l'y contraindre...

¹ Il s'agit des faits visés aux articles 375 (viol), 398 à 400 (coups et blessures volontaires), 402, 403 et 405 (administration de substances pouvant entraîner la mort) du Code pénal, ou de la tentative des faits visés aux articles 375 (viol), 393 (tentative de meurtre), 394 (tentative d'assassinat) ou 397 (tentative d'empoisonnement) du Code pénal.

² Il n'est dès lors pas nécessaire que les faits reprochés aient fait l'objet, préalablement à la demande, d'une information et/ou d'une instruction pénale ou qu'ils aient donné lieu à une condamnation pénale. De simples indices suffisent, tels que le dépôt d'une plainte, des certificats médicaux ou encore des attestations.

Notons que l'article 1447 du Code civil instaure le même critère dans le cadre de l'attribution préférentielle de l'immeuble servant de logement familial. Il est à souligner qu'ici des indices sérieux ne suffiront plus: l'époux auteur de violences conjugales devra avoir fait l'objet d'une condamnation pénale coulée en force de chose jugée du chef de ces faits.

La Cour d'appel de Liège, dans un arrêt du 3 février 2004, précise que l'époux qui se prévaut de la loi du 28 janvier 2003 devra établir qu'il existe des «actes de violence sérieux». Dès lors, les violences alléguées devront être graves si elles sont isolées ou répétitives si elles sont légères, physiques, volontaires et enfin non provoquées par le comportement personnel de la victime (Liège (1^{re} ch.), 3 février 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1674; *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 1079).

³ D. PIRE, «Logement familial et violences conjugales. Commentaire de la loi du 28 janvier 2003», *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 521; J.-E. BEERNAERT, «Premier commentaire de la loi du 28 janvier 2003», *Div. Act.*, 2003, p. 35; A. BOUCHE, «Les nouvelles conséquences civiles et pénales des violences physiques exercées sur le conjoint ou le cohabitant par son partenaire», *J.T.*, 2003, p. 462.

Exemples de décisions accordant l'attribution de la jouissance exclusive de la résidence conjugale à l'époux qui se prétend victime de violences conjugales: Mons (2^e ch.), 29 juin 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1109; J.P. Tournai, 25 novembre 2003, *J.T.*, 2006, p. 273.

Exemples de décisions refusant l'attribution de la jouissance exclusive de la résidence conjugale à l'époux qui se prétend victime de violences conjugales: Liège (1^{re} ch.), 24 juin 2003, *Div. Act.*, 2004, p. 7; Civ. Nivelles (réf.), 16 décembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 624; Liège (1^{re} ch.), 6 janvier 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 771; Bruxelles (3^e ch.), 8 mai 2003, *E.J.*, 2004, p. 38.

Notons enfin que l'attribution de la jouissance de la résidence conjugale à l'époux victime de violences conjugales n'exclut pas le paiement par ce dernier d'une indemnité d'occupation.

Ainsi, il pourra faire procéder à l'expulsion de l'époux récalcitrant par un huissier de justice.

Le juge de paix peut éventuellement assortir d'une astreinte l'octroi de la résidence conjugale ou la défense de pénétrer dans ladite résidence, notamment dans l'hypothèse où il craint l'attitude violente de l'époux qui refuse de s'en aller ou qui menace de revenir¹.

§ 9. *Modification du lieu de la résidence*

1.16. Il est évident que, pour des raisons valables, l'un des époux peut demander au juge de paix le changement de la résidence indiquée dans une première décision².

Dans la mesure où les mesures provisoires sont généralement limitées à 6 mois ou à un an, cette demande sera relativement rare.

§ 10. *Séparation temporaire*

1.17. Le législateur n'a voulu en aucun cas instaurer une séparation définitive. Les mesures provisoires prises par le juge de paix en application de l'article 223 du Code civil ne peuvent conduire à organiser de manière permanente la séparation des époux³.

Le simple fait de ne pas limiter dans le temps les mesures provisoires ordonnées par le juge de paix ne signifie pas nécessairement que le juge organise de manière permanente la séparation de fait des époux⁴.

Bien au contraire, il peut résulter des circonstances de la cause que l'intérêt des parties est de vivre séparées pour une durée indéterminée, sous la réserve de faits nouveaux qui justifieraient l'introduction ultérieure d'une action en modification ou en rétractation des mesures prises⁵.

¹ V. POULEAU, «Astreinte et droit familial», *J.T.*, 1987, p. 204; A. DUELZ, *o.c.*, n° 199; G. PUTZEYS et L. GOOVAERTS, *Relations juridiques entre époux*, 1984, p. 154; le juge pourra d'ailleurs ordonner une astreinte pour obliger l'époux récalcitrant à quitter la résidence conjugale, Civ. Mons, 14 avril 1989, *Rev. trim. dr. fam.*, 1990, p. 422; compte tenu de l'état de grave tension entre les époux et du comportement du mari qui n'a pas hésité à dégrader la porte d'entrée du domicile de son épouse pour prendre de force son enfant, il convient, en fixant les mesures provisoires durant la procédure, d'assortir d'une astreinte l'interdiction faite au mari de pénétrer dans la résidence de son épouse et l'obligation pour le mari de respecter le droit de garde des enfants confiés à l'épouse (Civ. Mons (réf.), 14 avril 1989, *Rev. trim. dr. fam.*, 1990, p. 422). Civ. Nivelles (réf.), 22 décembre 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1041; J.P. WESTERLO, 22 janvier 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 174.

² DE WILDE D'ESTMAEL, *Séparation de fait, de corps – divorce*, Créadif, n° 144.

³ Cass., 30 novembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 1092; *R.W.*, 1996-1997, p. 254, et obs. F.A.; *Div. Act.*, 1997, p. 23 et note VAN GYSEL; Civ. Tongres, 29 novembre 1996, *T. Not.*, 1997, p. 178 et obs. BOUCKAERT.

⁴ Cass., 30 novembre 1995, *o.c.*

⁵ Civ. Bruxelles, 28 février 1995, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 56; *R.G.D.C.*, 1996, p. 59.

SOUS-SECTION 3. PROTECTION DE LA RÉSIDENCE CONJUGALE

§ 1. Définition dans le temps et dans l'espace

1.18. L'article 214 du Code civil traite de la résidence conjugale sans la définir expressément.

Dans la mesure où l'article 214 suit directement l'article 213 qui impose aux conjoints le devoir de cohabitation, il est logique de considérer que la résidence conjugale est le lieu où s'exerce le devoir de cohabitation¹.

Il est évident que les époux peuvent avoir plusieurs résidences conjugales mais, dans cette éventualité, il y a alors une résidence conjugale principale, celle qui sert d'habitation habituelle du couple.

A tort, le législateur n'a pas voulu protéger les «résidences secondaires»².

Sont normalement exclues de la protection de l'article 215 du Code civil, les habitations qualifiées de «meubles»: ainsi, les bateaux, péniches, roulottes, caravanes résidentielles ne peuvent bénéficier de la protection du logement familial³.

On peut le regretter, car certaines familles (bateliers, forains, ...) vivent habituellement dans ce genre de logement.

Les immeubles ou parties d'immeubles servant à l'exercice d'une profession ne constituent pas des logements, et ne jouissent pas de la protection de l'article 215 du Code civil.

Dans plusieurs dispositions légales, le législateur a employé une formule plus précise, à savoir «l'immeuble qui sert de logement principal à la famille»⁴.

Il paraît évidemment nécessaire que la famille loge réellement dans l'immeuble et dès lors, si ce dernier a été déserté par la famille, la protection ne joue plus⁵.

Le logement protégé sera donc le lieu où la famille vit ou a toujours vécu⁶.

Un logement futur n'est, en principe, pas protégé⁷.

¹ H. CASMAN et M. VAN LOOK, *Régimes matrimoniaux ...*; M. VERWILGHEN, *o.c.*, p 67, n° 62.

² Les travaux parlementaires sont formels: rapport de la sous-commission de la justice du Sénat, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 1974, n° 683-2, annexe, p. 21; Bruxelles (3^e ch.), 27 avril 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 274.

³ M. VERWILGHEN, *o.c.*, p. 74, n° 70.

⁴ On la trouve dans l'article 215 du Code civil, mais également à l'article 745*quater* et à l'article 915*bis* du même Code.

⁵ Le tribunal constate que la protection de l'article 215 du Code civil est une protection fonctionnelle qui ne survit pas à la perte depuis plus d'un an de la qualité de logement principal de la famille (Civ. Bruxelles, 2 oct. 1986, *R.R.D.*, 1987, p. 265).

⁶ E. DE WILDE D'ESTMAEL, «20 ans d'application des articles 215, 218, 220, 222 et 224 du Code civil», *R.G.D.C.*, 1996, p. 404.

⁷ L. RAUCENT, *Les régimes matrimoniaux*, 2^e éd., p. 51, n° 54; J.P. Bruges, 21 décembre. 1979, *R.W.*, 1981-1982, col. 1693 et note DE LOOF, «Het begrip toekomstige gezinswoning».

En principe, la protection de la résidence conjugale s'étendra aux dépendances de l'immeuble (garage, jardin) mais la question est controversée¹.

Il n'est pas contestable que la protection de l'article 215 du Code civil n'est plus applicable après le divorce des époux².

Par contre, l'article 215 du Code civil restera applicable durant la séparation de fait et même durant la procédure en divorce.

Certains tribunaux considèrent qu'après une séparation de fait de longue durée, démontrant que toute réconciliation entre époux est devenue impossible, la résidence conjugale n'existe plus et il n'y a dès lors plus lieu de lui accorder une protection quelconque³.

Par contre, d'autres tribunaux considèrent qu'il y a lieu d'appliquer l'article 215, même en cas de séparation de longue durée⁴.

§ 2. *Les époux sont propriétaires de l'immeuble servant de logement principal à la famille*

1.19. La résidence conjugale, occupée par un seul des époux, est toujours soumise à la protection de l'article 215 du Code civil, nonobstant la séparation de fait des époux.

Un époux ne peut, sans l'accord de l'autre, disposer des droits qu'il possède sur l'immeuble constituant la résidence conjugale, ni hypothéquer cet immeuble.

Il est nécessaire d'avoir l'accord écrit des deux parties pour disposer ou hypothéquer l'immeuble⁵, et ce même si l'un des époux est propriétaire exclusif du bien.

¹ Une pâture jouxtant l'immeuble rentre dans le prescrit de l'article 215 du Code civil (Civ. Neufchâteau, 26 novembre 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 350); il en est de même pour deux garages, même si l'un n'a jamais été utilisé par les époux (Gand, 27 juin 1988, *inédit*, cité par DE PAGE, «Chronique de jurisprudence – Les régimes matrimoniaux janvier 1984–décembre 1992», *J.T.*, 1994, p. 52 et par DE WILDE D'ESTMAEL, «20 ans d'application des articles 215, 218, 220, 222 et 224 du Code civil», *R.G.D.C.*, 1996, p. 405.

Contra: il serait abusif de considérer comme faisant partie du logement familial un terrain situé de l'autre côté de la rue, en face de la villa occupée par la famille, acheté à titre spéculatif, mais sur lequel les enfants jouent et sur lequel les cabanes ont été construites (Bruxelles, 10 juin 1988, *Pas.*, 1988, II, p. 230).

² Civ. Bruxelles, 13 septembre 1985, *Pas.*, 1985, III, p. 81; Bruxelles, 4 juin 1992, *R.W.*, 1992-1993, p. 261, note.

³ Civ. Namur, 28 janvier 1991, *J.T.*, 1991, p. 316.

⁴ Civ. Bruxelles, 25 avril 1986, *Rec. gén.*, 1988, p. 296; Civ. Neufchâteau, 26 novembre 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 350.

⁵ Anvers, 28 octobre 1992, *Turnh. rechtsl.*, 1995-1996, p. 90; Civ. Turnhout, 15 décembre 1988, *Turnh. rechtsl.*, 1995-1996, p. 88.

V.III.2.1. – LES DEVOIRS ET DROITS CONJUGAUX DURANT LA SÉPARATION DE FAIT

§ 3. *Les époux sont locataires de l'immeuble servant de logement principal à la famille*

1.20. Le droit au bail de l'immeuble loué par l'un ou l'autre époux, même avant le mariage, et affecté en tout ou en partie au logement principal de la famille, appartient conjointement aux époux.

La loi érige en principe la cotitularité du bail¹; ce qui n'est pas sans conséquences... En pratique, les congés, notifications et exploits relatifs au bail doivent être adressés ou signifiés séparément à chacun des époux ou émaner de tous deux.

Depuis la loi du 20 février 1991, le bailleur doit avoir connaissance du mariage des parties et la preuve de cette information incombe au preneur ou à son conjoint.

§ 4. *Mobilier*

1.21. La protection de l'article 215 du Code civil s'étend aux meubles meublants garnissant l'immeuble servant de logement principal à la famille.

Un époux ne pourra disposer de ce mobilier ni à titre onéreux, ni à titre gratuit, ni les donner en gage.

§ 5. *Procédure*

1.22. Ainsi, la demande d'un des conjoints tendant à être autorisé à faire vendre le logement principal de la famille doit normalement être formulée devant le tribunal de première instance.

Elle ne pourra être autorisée par le président du tribunal en vertu de l'article 215, alinéa 3, du Code civil que pour autant qu'il y ait urgence².

Le juge appréciera souverainement les circonstances particulières qui justifient éventuellement la vente de la résidence conjugale; il ne l'autorisera que si elle est inévitable, par exemple en raison de l'existence d'importantes dettes exigibles.

De même, une demande relative au bail de la résidence conjugale devra être demandée par requête entre les mains du juge de paix.

SOUS-SECTION 4. DEVOIR DE FIDÉLITÉ

§ 1. *Introduction et définition*

1.23. La fidélité conjugale implique l'abstention de tout contact intime ou sexuel avec une autre personne que le conjoint³.

¹ Civ. Liège, 5 septembre 1986, *Jur. Liège*, 1986, p. 564; Civ. Namur, 28 juin 1991, *J.T.*, 1991, p. 316.

² Civ. Bruxelles (réf.), 9 mars 1994, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 52.

³ Y.-H. LELEU, *o.c.*, p. 58, n° 43.

Même après la séparation de fait, le devoir de fidélité subsiste¹.

Il persistera même durant la procédure en divorce jusqu'à la dissolution du lien conjugal².

Il faut rappeler que la violation du devoir de fidélité par un des époux ne délie pas automatiquement l'autre de son obligation³.

1.23bis. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 27 avril 2007⁴, force est de constater que la violation du devoir de fidélité est de moins en moins invoquée comme fondement à une demande en divorce.

Reste la possibilité pour l'époux demandeur, qui souhaite obtenir immédiatement le prononcé du divorce, sans attendre l'écoulement des délais prévus par la loi nouvelle, de rapporter la preuve de la désunion irrémédiable en faisant référence à l'adultère de son conjoint.

§ 2. *L'adultère et sa preuve*

1.24. L'adultère commis par un des époux peut par conséquent constituer la preuve de la désunion irrémédiable des époux et fonder une demande en divorce sur pied des articles 229, § 1^{er} du Code civil et 1255, § 5 du Code judiciaire.

Si la loi nouvelle du 27 avril 2007 a fait disparaître toute connotation fautive dans le cadre de la procédure en divorce, il n'en demeure pas moins que l'examen de la jurisprudence antérieure relative à l'adultère et aux excès, sévices et injures graves peut encore présenter un intérêt, qu'il s'agisse d'utiliser ces éléments afin d'établir la désunion irrémédiable des époux ou dans le cadre d'un débat alimentaire fondé sur l'article 301 nouveau du Code civil⁵.

L'adultère se prouvera par toutes voies de droit, témoignages compris.⁶

Le moyen le plus communément utilisé pour établir l'adultère, demeure évidemment le constat d'huissier, qui est organisé par l'article 1016bis du Code judiciaire.

¹ Cass., 27 janvier 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 554.

² Anvers, 20 juin 1992, *R.W.*, 1992-1993, p. 445.

³ Cass., 27 janvier 1967, *o.c.*

⁴ Publiée au *Moniteur belge* le 7 juin 2007, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2007.

⁵ Civ. Mons (1^{re} ch.), 2 octobre 2008, *Act. Dr. Fam.*, 2008, p. 210; Civ. Liège (2^e ch.), 23 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 357; Civ. Nivelles (7^e ch.), 13 novembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 341, note J.-P. MASSON; Civ. Arlon (1^{re} ch.), 9 mai 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 227; Gand (11^e ch.), 11 mars 2010, *Tijds. v. Fam.*, 2010, p. 79, note P. SENAËVE.

⁶ Par exemple, nous pouvons certainement transposer ici la jurisprudence constante de la Cour de cassation qui considérait que l'adultère qui ne présentait pas un caractère outrageant pour la victime n'était pas une cause de divorce (Cass., 4 septembre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 23; Cass., 24 juin 1982, *J.T.*, 1982, p. 815).

V.III.2.1. – LES DEVOIRS ET DROITS CONJUGAUX DURANT LA SÉPARATION DE FAIT

Pour rappel, l'époux trompé dépose une requête entre les mains du président du tribunal de première instance, lequel désigne, par ordonnance unilatérale, un huissier de justice, lequel a pour mission de constater l'adultère¹.

Remarquons que le constat d'adultère pourra présenter un double intérêt puisqu'il permettra d'établir, d'une part, la désunion irrémédiable et, d'autre part, la faute grave ayant rendu la poursuite de la vie commune impossible, au sens de l'article 301, § 2, alinéa 2 nouveau du Code civil, en vue qu'il ne soit pas fait droit à une éventuelle demande de pension alimentaire après divorce.

L'aveu demeure admis comme mode de preuve de la désunion irrémédiable, à la condition de ne pas être collusoire. Rien n'empêche d'ailleurs l'époux demandeur en divorce de se prévaloir de son propre adultère pour fonder le caractère irrémédiable de la désunion².

SOUS-SECTION 5. LE DEVOIR D'ASSISTANCE

§ 1. Introduction

1.25. Dans l'article 213 du Code civil, issu de la réforme du droit des régimes matrimoniaux par la loi du 14 juillet 1976, une distinction est maintenue entre le devoir de secours et le devoir d'assistance. Pour autant, il n'est pas aisé de préciser le contenu de ce dernier, tant il semble s'agir d'un devoir plus moral que juridique et, partant, rétif à l'exécution forcée. Au demeurant, le devoir de secours, aux contours nettement mieux définis, ne saurait pas non plus être réduit à des prestations d'ordre pécuniaire³. Mais avec plusieurs auteurs récents, nous croyons qu'en plus d'une portée symbolique attachée au terme «assistance», le législateur a voulu astreindre les époux à une entraide mutuelle, non dépourvue de sanctions⁴. Le devoir d'assistance forme ainsi le pendant psychologique du devoir de secours⁵ et doit, *a priori*, également accéder au statut juridique.

¹ G. DE LEVAL, «Le constat d'adultère par huissier de justice», *Ann. Dr. Lg.*, 1988, p. 223. G. HIERNAUX, «A propos du constat d'adultère par huissier de justice – commentaire de la loi du 20 mars 1987», *Rev. trim. dr. fam.*, 1989, p. 373; P. SENAËVE, «De vaststelling van overspel door gerechtswaarder», *R.W.*, 1987-1988, p. 833.

² Civ. Liège (2^e ch.), 9 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 355; Civ. Bruxelles (30^e ch.), 22 février 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1042.

³ En ce sens: F. RIGAUX, *Les personnes*, I, *Les relations familiales*, Bruxelles, Larcier, 1971, 407, n^o 1605.

⁴ En ce sens: H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, *Les personnes*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1990, 659, n^o 640, note 2; V. LARRIBAU-TERNEYRE, «Mariage. Art. 212 à 215», *Juris-cl. civil*, n^o 54; C. PHILIPPE, *Le devoir de secours et d'assistance entre époux*, Paris, L.G.D.J., 1981, 265 et s.

⁵ Y.-H. LELEU, «Le devoir de cohabitation, fidélité, secours et assistance», *Les régimes matrimoniaux*, I, *Les droits et devoirs des époux*, L. RAUCENT et Y.-H. LELEU (éd.), *Rép. not.*, t. V, I, II, Bruxelles, Larcier, 1997, 230, n^o 48.

§ 2. *Contenu*

1.26. Le contenu du devoir d'assistance peut être précisé de manière positive, exercice auquel se prête la doctrine, ou de manière négative, ainsi qu'il résulte de l'ancienne jurisprudence en matière de divorce pour cause déterminée (*infra*, n° 5.10).

1.27. L'assistance entre époux comprend un ensemble de soins, de précautions attentionnées, de marques de bienveillance altruiste, prodiguées sans contrainte, et si possible avec réciprocité. L'assistance oblige aux *soins physiques* que la maladie ou, plus simplement, l'âge rend nécessaires¹, ainsi qu'aux *soins moraux* qui aident le conjoint à supporter les crises qui l'affectent personnellement², fussent-elles liées à la vie en couple. Non sans lyrisme, DE PAGE cite PORTALIS pour signaler les souffrances conjugales pénibles qu'un minimum d'égards entre mari et femme lénifie et, surtout, le risque pour la stabilité du couple qu'entraîne une méconnaissance du devoir d'assistance³.

1.28. On trouve encore chez DE PAGE une application assez curieuse du devoir d'assistance en matière de *relations sexuelles conjugales*. Relèveraient en du devoir d'assistance, la tempérance et la modération dont devrait faire preuve «l'homme qui, par son insatiabilité, sa brutalité ou ses excès, compromettrait la vie physiologique et morale d'une femme dont la nature ou la faiblesse de complexion supportent mal l'entrée immédiate dans la vie conjugale normale»⁴. Le propos est obsolète, tant dans sa formulation que dans la méthode de résolution de ce type de problème, de surcroît particulier et non général. Depuis longtemps, le viol entre époux est pénalement sanctionné (art. 375 C. pén.)⁵, et, beaucoup plus récemment, la loi du 24 novembre 1997 réprime les violences au sein du couple, pas seulement marié⁶.

¹ Paris, 12 janvier 1972, *D.*, 1972, 217, note J.C.

² D. LANGE, «Le conjoint de l'aliéné», *Rev. trim. dr. civ.*, 1984, 33 et s.

³ H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *o.c.*, 660, n° 640 (propos repris de l'édition antérieure du traité: 3^e éd., 1962, 631, n° 707).

⁴ *Ibidem*, également repris de l'édition antérieure.

⁵ Corr. Charleroi, 1^{er} mars 1988, *J.T.*, 1989, 32; Corr. Namur, 11 septembre 1986, *J.T.*, 1987, 317, *Jur. Liège*, 1986, 685; Bruxelles, 21 juin 1979, *Rev. dr. pén.*, 1980, 272, note A.M., *Rev. trim. dr. fam.*, 1980, 159, note B. MAINGAIN; A. HEYVAERT, «Huwelijkstoestemming, verkrachting en eugenetica op zijn Belgisch», *Actori incumbit probatio*, Anvers, Kluwer, 1975, 79, n° 11; J.-P. MASSON et F. ALEN, «Lien familial, droit pénal et procédure pénale», *Rev. trim. dr. fam.*, 1979, 130-131, n° 38.

⁶ L. STEVENS, «De wet van 24 november 1997 strekkende om het geweld tussen partners tegen te gaan», *Echtscheidingsjournaal*, 1998, 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, 1059.

V.III.2.1. – LES DEVOIRS ET DROITS CONJUGAUX DURANT LA SÉPARATION DE FAIT

1.29. Contrairement à M. DE BUSSCHERE¹, nous ne considérons pas que la méconnaissance du devoir d'assistance ait une incidence sur l'organisation des funérailles du conjoint décédé et prive le conjoint survivant en conflit avec d'autres proches du défunt de ses prérogatives en cette matière. Le dissentiment entre les époux de leur vivant est une cause *autonome* de dévolution du choix de la sépulture, à défaut de dernières volontés, à une autre personne proche du défunt².

§ 3. Modalités d'exécution

1.30. A l'instar du devoir de cohabitation, le devoir d'assistance n'est pas susceptible d'exécution forcée en nature³.

1.31. Quand le couple est uni, le devoir d'assistance s'exécute, comme le devoir de secours, en principe en nature et à la résidence conjugale. C'est d'ailleurs dans cette seule hypothèse qu'il est susceptible de recevoir une parfaite exécution⁴ et, inversement, selon DE PAGE, quand il est satisfait, on peut être assuré que tous les autres devoirs conjugaux sont accomplis⁵. Il n'exclut pas pour autant certaines dépenses financières, rendues nécessaires en raison de la nature des soins à prodiguer.

1.32. En cas de *séparation de fait* doublée d'une désunion affective⁶, le devoir d'assistance ne prend pas fin⁷, mais tend à se confondre avec le devoir de secours⁸, car l'un comme l'autre prennent alors une forme principalement financière. Ils s'exécuteront par exemple par le financement de l'hébergement du conjoint dans une maison de retraite ou de soins médicaux à domicile, y compris, au stade terminal, d'éventuels soins palliatifs.

Il importe de signaler à ce propos que la Cour de cassation, par un arrêt du 15 octobre 1999⁹, vide une controverse en affirmant que la solidarité instituée par l'article 222 du Code civil à propos des dettes contractées pour les besoins du mé-

¹ C. DE BUSSCHERE, *De feitelijke scheiding tussen echtgenoten*, 2^e ed., Anvers, Kluwer, 1985, 129, n° 210.

² Sur cette question, voir M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht*, Anvers, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, 8, note 23 et les références citées; P. DELNOY, «Chronique de jurisprudence – Les successions (1981-1987)», *J.T.*, 1990, 54-56; A. LORENT, «Les funérailles et la sépulture», *Rev. not. belge*, 1975, 223-225, n°s 9 et 10; J.-P. MASSON, note sous Civ. Bruxelles (prés.), 7 décembre 1983, *J.T.*, 1984, 284, n° 4; L. RAUCENT et I. STAQUET, «Examen de jurisprudence (1980 à 1987) – Les libéralités et les successions», *R.C.J.B.*, 1989, 699-700.

³ F. RIGAUX, *o.c.*, 406, n° 1599; V. LARRIBAU-TERNEYRE, *o.c.*, n° 61.

⁴ C. DE BUSSCHERE, *o.c.*, 128, n° 208.

⁵ H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *o.c.*, 659, n° 640; rappr., dans le même sens, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *o.c.*, n° 55.

⁶ Le simple éloignement n'exclut pas l'assistance, pas plus qu'il en dispense les époux.

⁷ C. DE BUSSCHERE, *o.c.*, 128, n° 208.

⁸ Y.-H. LELEU, *o.c.*, 230, n° 49. Dans le même sens, en droit français: F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil. La personne, la famille, les incapacités*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1996, 350, n° 439.

⁹ *J.L.M.B.*, 1999, 1724, obs. Y.-H. L.

V.III.2.1. – LES DEVOIRS ET DROITS CONJUGAUX DURANT LA SÉPARATION DE FAIT

nage – en l'espèce des frais médicaux – suppose l'existence d'un ménage et *ne peut, partant, être invoquée en cas de séparation de fait des époux*, mais que cette situation ne peut toutefois être opposée au tiers de bonne foi qui a contracté dans l'ignorance de la séparation.

1.33. En cas de *séparation de corps*, le devoir d'assistance, lié dans une certaine mesure à la communauté de vie, disparaît avec la dispense légale du devoir de cohabitation¹.

§ 4. *Devoir d'assistance et divorce*

1.34. En théorie, puisque le devoir d'assistance demeure une obligation entre époux, un manquement à ce devoir pourrait, en fonction des éléments de fait, constituer une preuve de la désunion irrémédiable des époux.

Toutefois, un tel manquement sera plus vraisemblablement utilisé par les praticiens pour démontrer l'existence d'une faute grave ayant rendu impossible la poursuite de la vie commune, au sens de l'article 301, § 2, alinéa 2 nouveau du Code civil, l'intérêt étant de s'opposer à une éventuelle demande de pension alimentaire après divorce.

§ 5. *Autres sanctions*

1.35. Un manquement au devoir d'assistance, s'il génère une crise entre les époux, peut donner lieu à la prise de *mesures urgentes et provisoires* par le juge de paix (art. 223 C. civ.), incluant généralement une autorisation de résidences séparées et une pension alimentaire.

1.36. Suivant une certaine conception, synallagmatique, des devoirs conjugaux², l'inexécution par un époux du devoir d'assistance pourrait légitimer la *suspension, par l'autre époux, de l'exécution de ses devoirs*, non seulement d'assistance réciproque, mais aussi de secours et de contribution aux charges du mariage. Il en résulterait cependant une séparation de «pur» fait, non judiciaire, et dès lors peu opportune.

1.37. A l'extrême, ainsi qu'on vient de le voir, le juge peut prononcer le *divorce* ou la *séparation de corps* entre les époux.

¹ Le devoir de secours, quant à lui, subsiste: Y.-H. LELEU, «La séparation de corps», *Divorce. Commentaire pratique*, G. BOLIAU (éd.), Bruxelles, Kluwer Editions Juridiques Belgique, V.1.3.

² En ce sens, à propos du devoir de secours, G. HIERNAUX, *supra*, n° 2.3; comp. E. VIEUJEAN, «Le devoir de secours et de contribution aux charges du mariage», *Les régimes matrimoniaux*, I, *Les droits et devoirs des époux*, précité, n° 248.

V.III.2.1. – LES DEVOIRS ET DROITS CONJUGAUX DURANT LA SÉPARATION DE FAIT

1.38. A ces sanctions indirectes, M. DE BUSSCHERE ajoute une incidence négative, exceptionnelle en pratique, sur le droit pour le conjoint d'être *tuteur de son conjoint interdit* (art. 506 C. civ.)¹. L'attribution de plein droit de la tutelle au conjoint de l'interdit repose en effet sur l'idée ou l'espoir d'un rétablissement plus prompt du malade pris en charge par son conjoint².

1.39. En droit français, la jurisprudence admet, dans certaines hypothèses, que l'excès d'assistance au conjoint par rapport à ce qui est normalement dû puisse ouvrir un droit à réparation, non contre le conjoint bénéficiaire de l'assistance, mais contre un tiers. Ainsi en va-t-il lorsque le conjoint a subi un préjudice en raison de l'aide prodiguée à son conjoint victime d'un accident imputable à un tiers responsable³.

SOUS-SECTION 6. LE DEVOIR DE SECOURS ENTRE ÉPOUX

§ 1. *Préambule: la variation*

1.40. Nous avons déjà eu l'occasion de relever⁴ l'extraordinaire variété des conditions dans lesquelles un conjoint, séparé de l'autre, peut réclamer à son profit l'exécution du devoir de secours entre époux sous la forme d'une pension alimentaire.

La surprise est d'autant plus grande lorsque l'on constate que cette variation ne tient pas au *fond* du droit, qui demeure immuablement le devoir prévu à l'article 213 du Code civil, mais uniquement au «véhicule procédural» qui meut l'action fondée sur ce devoir.

En effet, le conjoint séparé qui désire une pension alimentaire à charge de son époux dispose de quatre moyens d'y parvenir.

Il peut tout d'abord se pourvoir devant le juge de paix pour obtenir cette pension au titre des mesures urgentes et provisoires entre époux, se fondant alors sur l'article 223 du Code civil.

¹ C. DE BUSSCHERE, *o.c.*, 128, n° 209; comp. art. 496 C. civ. fr.

² F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Bruxelles, Bruylant, t. V, 2^e éd., 1876, 340, n° 288.

³ Cass. fr. (1^{re} civ.), 13 décembre 1978, *D.*, 1981, I.R., 323, obs. Ch. LARROUMET, *Rev. trim. dr. civ.*, 1979, 613, obs. G. DURRY. Rapp. l'exemple cité par Mme LARRIBAU-TERNEYRE (*o.c.*, n° 66) du chirurgien ayant dû abandonner l'exercice de sa profession pour s'occuper de son épouse hémophile ayant contracté le SIDA à la suite d'une transfusion sanguine.

⁴ A.-Ch. VAN GYSEL, «La faute dans les relations entre époux: thème, analyse et variation», in *Actualités de droit familial (1997-1999)*, Formation permanente C.U.P., vol. XXXIII, oct. 1999, p. 253; et «Crime et châtement; la notion de faute dans les relations entre époux», in *Mélanges offerts à Roland De Valkeneer*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 526.

Mais il peut aussi saisir ce même magistrat sur base du devoir de secours «pur» (art. 213 C. civ.) et/ou de l'article 221 du Code civil, qui traite de la contribution aux charges du mariage, lesquelles englobent naturellement le devoir de secours entre époux.

S'il le veut, l'intentement d'une action en divorce lui ouvrira un autre for: le président du tribunal de première instance sera compétent pour prendre des mesures urgentes et provisoires¹ durant l'instance et c'est l'article 1280 du Code judiciaire qui lui attribue ce pouvoir.

Enfin, hypothèse rare mais toujours présente dans notre Droit, la séparation de corps modalise de façon tout à fait particulière le devoir de secours, qui est un de ceux qui subsiste entre les conjoints après leur séparation.

Reprenons chacune de ces hypothèses une à une.

§ 2. *Les mesures urgentes et provisoires prises par le juge de paix*

1.41. L'article 223 du Code civil, «formule magique»², nous ramène à la notion de faute.

Il comprend, on le sait, deux branches: le paragraphe premier vise l'hypothèse où «l'un des époux manque gravement à ses devoirs» et le deuxième le cas où «l'entente entre (les époux) est sérieusement perturbée».

Mais au lieu de gloser sur la «gravité» requise des manquements et sur les «devoirs» visés à la disposition, la jurisprudence des juges de paix a rapidement «absorbé» la première hypothèse (existence d'une faute) dans la seconde (élimination de toute référence à la faute d'un des conjoints): considérant, d'une part, que le but de la disposition était de restaurer l'entente conjugale et que le «déballage» des griefs devant le magistrat cantonal n'était certes pas de nature à la restaurer et, d'autre part, que l'on peut difficilement concevoir de situation où l'un des conjoints manquerait gravement à ses devoirs, sans que l'entente conjugale n'en soit par là sérieusement perturbée, les juges de paix ont privilégié le deuxième paragraphe de l'article 223 du Code civil.

Comme, paradoxalement, le régime – au demeurant assez protéiforme – des mesures que le juge de paix peut prendre³ ne dépend aucunement du paragraphe invoqué, il importe désormais fort peu que le demandeur attribue, ou non, l'origine de la perturbation à un manquement de son conjoint à son égard.

Ainsi en va-t-il de la pension alimentaire, fondée sur le devoir de secours entre époux, que le juge peut attribuer à l'un des époux.

¹ Les notions d'urgence et de provisoire sont, elles aussi, variables et multiformes. Elles ne revêtent donc pas la même acception dans l'article 223 du Code civil et dans l'article 1280 du Code judiciaire. Mais ceci est une autre question, que nous avons traitée dans un précédent article (A.-Ch. VAN GYSEL, «Le référé et les autres mesures provisoires (spécialement en matière familiale)», *Rev. Dr. U.L.B.*, 1993-1, n° 7, p. 95.

² P. SENAËVE, «Het magisch getal 223 – Over dringende voorlopige maatregelen, onderhoudsgeld en het organiseren van de feitelijke scheiding», *E.J.*, 1996/6, p. 82.

³ Art. 223, §§ 3 à 5, C. civ.; voir, ci-dessus dans le présent ouvrage, titre III, chapitre 3, section 1.

V.III.2.1. – LES DEVOIRS ET DROITS CONJUGAUX DURANT LA SÉPARATION DE FAIT

L'attitude de la Cour de cassation face à cette «déculpabilisation» de fait a d'abord été sévère: dans un arrêt rendu le 10 octobre 1980¹, elle a estimé que, bien que «véhiculé» par l'article 223 du Code civil, le devoir de secours n'en restait pas moins régi par les dispositions qui le consacrent, savoir les articles 213 et 221 du même Code. Dès lors, il restait requis, pour le conjoint qui réclamait une telle pension, de démontrer l'absence de faute requise par ces dernières dispositions (voir ci-dessous).

Puis, dans un arrêt rendu le 2 juin 1988², elle est revenue sur sa jurisprudence et a admis l'octroi d'une pension dans le cadre de l'article 223 du Code civil hors de toute démonstration de faute ou d'innocence.

L'«absorption» relevée plus haut s'est donc naturellement perpétuée.

Elle est devenue à ce point naturelle que lorsque le législateur a instauré la loi sur la cohabitation légale et qu'il a prévu pour les cohabitants une disposition³ similaire à l'article 223 du Code civil, il n'a visé que l'hypothèse de la perturbation sérieuse de leur cohabitation, sans retenir celle du manquement grave d'un cohabitant à ses devoirs, pourtant consacrés par des dispositions impératives⁴.

Exit donc la faute dans ce contexte procédural particulier.

On relèvera également que le manquement visé au premier paragraphe de l'article 223 du Code civil est relié à une idée d'intensité («... *manque gravement* ...») mais non de temporalité.

Toutefois, dans un arrêt du 21 janvier 1999, la Cour de cassation semble avoir fait un léger pas en arrière⁵.

Dans le cas soumis à la Cour, un divorce pour cause d'adultère était intervenu alors que l'instance ouverte sur base de l'article 223 du Code civil était toujours pendante devant le Tribunal de première instance, statuant en degré d'appel.

Le juge du devoir de secours avait donc une connaissance «officielle» de l'existence de l'adultère qui était, constaté par un jugement coulé en force de chose jugée.

Dans cette hypothèse, la Cour de cassation a estimé que ce juge avait pu, dans son appréciation en fait de la situation des parties, valablement tenir compte de cet adultère pour débouter la partie demanderesse de son action.

Malgré cet arrêt, il semble que les juridictions qui statuent sur base de l'article 223 du Code civil semblent toujours réticentes à s'immiscer dans l'appréciation des torts entre les époux avant d'accorder ou non les deniers sollicités⁶.

¹ Cass., 10 octobre. 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 190.

² Cass., 2 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1187.

³ Art. 1478 nouveau C. civ.

⁴ Art. 1477 nouveau C. civ.

⁵ Cass., 21 janvier 1999, R.G. C970238N, www.juridat.be; *J.T.*, 1999, p. 697; *R.T.D.F.*, 2000, p. 625. Dans le même sens J.P. Grâce-Hollogne, 12 décembre 2000, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1502, et note Sylvie Thielen. Pour plus de détails, voy. A.-C. VAN GYSEL et J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Bruxelles, Kluwer, 2001, p. 22-23.

⁶ Comp. Liège, 18 février 2003, *J.L.M.B.*, 2004, 642.

Cependant, cette idée est très présente dans l'article 223 du Code civil et, sous des interprétations très diverses, accueillies de façon très conciliante par la Cour de cassation¹, les notions d'urgence et de provisoire influent, l'une sur la recevabilité de la demande, l'autre sur la durée des mesures prises par le juge de paix.

Pas de faute, on l'a vu, mais le plus souvent l'exigence d'une séparation récente et/ou l'imposition d'un terme à l'ordonnance rendue: l'article 223 du Code civil peut être une formule magique, mais ce n'est pas une panacée.

Enfin, l'action introduite sur base de l'article 223 du Code civil ne peut afficher son intention d'organiser une séparation de fait permanente des époux sous peine de ne pas être accueillie par le Juge de paix.

Ainsi la Cour de cassation, dans un arrêt du 28 novembre 1986, rappelle clairement que les mesures décidées par le Juge de paix «ne peuvent conduire à organiser une séparation de fait permanente des époux»².

La Cour de cassation interprète toutefois cette notion de «séparation irrémédiable» avec une relative souplesse, permettant ainsi aux époux séparés depuis longtemps ou ayant déjà obtenu une ordonnance sur base de l'article 223 du Code civil de revenir devant le Juge de Paix³.

En outre, elle exige qu'il existe une chance de réconciliation pour pouvoir introduire une demande fondée sur l'article 223 du Code civil, sans toutefois qu'il ne faille en apporter la preuve positive⁴.

Il n'existe donc aucune inquiétude pour les couples séparés depuis fort longtemps, pour autant qu'ils n'affichent pas ostensiblement que leur désunion est irrémédiable ou qu'ils souhaitent organiser leur séparation de manière plus ou moins permanente.

§ 3. *Le devoir de secours «pur» et la contribution aux charges du mariage*

1.42. Cependant, là ne se réduit pas tout le grimoire: le conjoint qui désire une pension peut invoquer les articles 213 et 221 du Code civil (la seconde disposition n'est pas seulement plus large, elle permet surtout d'obtenir une délégation de sommes, instrument des plus utiles pour la récupération effective des pensions).

Ici, la notion de faute – bien que non inscrite dans le texte⁵: la situation est donc exactement l'inverse de celle de l'article 223, où la notion, expressément prévue, a en fait disparu! – est toujours bien présente et la Cour de cassation ne manque pas de le rappeler lorsqu'elle est saisie de cette question⁶.

¹ Voir A.-Ch. VAN GYSEL, «Mesures provisoires et limitation dans le temps», note sous Cass., 30 novembre 1995, *Div. Act.*, 1997, p. 20.

² Cass., 28 novembre 1986, *Pas.*, 1987, 395, voy. également Civ. Liège, 25 juin 1985, *R.G.D.C.*, 1988, p. 326.

³ Cass., 7 juin 2001, R.G. C990260F, www.juridat.be; *Pas.*, 2001, 1060.

⁴ Cass., 30 novembre 1995, *Div. Act.*, 1997, p. 20.

⁵ Sauf, peut-être, dans l'expression de l'article 221: «à défaut de satisfaire à cette obligation ...».

⁶ Cass., 16 mai 1997, *Div. Act.*, 1998, p. 74, note A.-Ch. VAN GYSEL. Cette décision reprend l'enseignement de l'arrêt du 21 février 1986 (*Pas.*, 1986, I, p. 797).

Que doit démontrer le demandeur?

Que l'origine de la séparation et sa persistance sont cumulativement dues à la faute du défendeur¹.

Il y a donc une double exigence, qui ne porte pas sur l'intensité de la faute (contrairement à ce qu'on a vu dans l'article 223, mais sur son étendue dans le temps.

Mais, contrairement aux critères temporels généralement déduits par les juges de paix des termes «urgentes et provisoires», l'ancienneté de la séparation (pouvu qu'il soit démontré que son maintien est dû à la faute du défendeur) ne rend pas le juge de paix incompetent et le magistrat ne fixe pas de terme extinctif à la pension octroyée.

Les magistrats doivent manier ces critères singulièrement complexes d'une main particulièrement déliée².

§ 4. *Les mesures urgentes et provisoires durant l'instance en divorce*

1.43. Cependant, l'époux qui veut obtenir une pension de son conjoint peut être à la fois hors du champ de l'article 223 et de celui de l'article 213 (et/ou 221) du Code civil: on peut imaginer que les mesures prises par le juge de paix sur base de l'article 223 du Code civil sont devenues caduques au terme fixé par le magistrat et que le demandeur ne puisse prouver que la séparation du couple et le maintien de celle-ci sont dus à la faute du débiteur potentiel.

Il lui est possible d'emprunter le troisième «véhicule» que la loi lui offre en recourant à la compétence du président, siégeant alors en référé sur base de l'article 1280 du Code judiciaire. Le devoir de secours sera alors repris dans le cadre de la procédure de référé, espèce de «tender» de la «locomotive» qu'est l'action en divorce.

Il ne lui est pas demandé, devant le président, de démontrer une faute quelconque dans le chef du défendeur et certainement pas les éventuelles fautes qu'il invoquerait dans le cadre de la procédure en divorce au fond pour fonder la désunion irrémédiable des époux: il s'agit là de deux actions distinctes, portées devant des magistrats différents, et qui visent des objectifs nettement séparés.

¹ On verra plus bas l'identité de cette notion avec celle que la Cour de cassation a lue dans l'article 306 du Code civil.

² Voir une splendide illustration des différences existant entre l'article 223 et l'article 213 du Code civil dans le jugement rendu par le juge de paix de Fosses-la-Ville le 9 octobre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 966.

Plus: le défendeur à une action en divorce qui se révélera finalement fondée peut, durant toute l'instance, s'il est moins fortuné que son conjoint, demander à bénéficier d'une pension basée sur le devoir de secours et nommée provision alimentaire¹.

Le principe est donc que l'époux économiquement le plus faible, qu'il soit demandeur ou défendeur à l'action au fond, peut prétendre à l'octroi d'une pension alimentaire, en exécution du devoir de secours entre époux, sans avoir à démontrer son absence de responsabilité par rapport à la séparation du couple.

Par plusieurs décisions, la cour d'appel de Bruxelles a cependant estimé que si la faute de l'époux qui réclame un secours alimentaire venait à être établie par une décision coulée en force de chose jugée, alors que la procédure en référé était encore pendante, ladite provision alimentaire ne serait plus due et pourrait être supprimée².

Aux termes de plusieurs arrêts, la première chambre néerlandophone de la Cour de cassation a avalisé cette jurisprudence, en confirmant que le président qui statue sur les mesures provisoires pendant l'instance en divorce peut tenir compte de la faute dans le chef de l'époux qui postule un secours alimentaire, afin de l'en priver, à la condition que cette faute ait été établie dans une décision de divorce coulée en force de chose jugée³.

Les auteurs de doctrine n'ont pas manqué de s'interroger quant à l'incidence de la loi du 27 avril 2007 réformant le divorce sur cette jurisprudence, débat qui n'a pas

¹ Les provisions alimentaires – c'est la raison de leur dénomination spécifique – sont récupérables. Toutefois: d'une part, cette récupération ne peut se faire que sur les revenus de la part à laquelle celui qui a bénéficié de la provision a droit dans la communauté et donc s'il n'y a pas de communauté (régime de séparation de biens) ou si elle n'a pas produit de revenus suffisants pour permettre cette récupération, le reste demeurera «pur secours». D'autre part et surtout, cette récupération est totalement indépendante de l'issue du divorce: elle est entièrement attachée à l'idée de provision comme avance sur une part à venir de revenus de communauté. Ainsi, même l'époux qui a, sans délai excessif, obtenu le divorce après avoir obtenu la provision devra subir l'imputation de la provision dans les limites précisées ci-dessus. Voy. notamment sur cette question: Y.-H. LELEU, *Chroniques notariales*, vol. 51, Bruxelles, Larcier, 2010; Y.-H. LELEU, «L'imputation des provisions alimentaires sur les revenus de l'indivision post-communautaire: une clarification utile et attendue», *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 490, note sous Cass., 18 mai 2009.

² Bruxelles, 25 avril 2000, *Div. Act.*, 2001, p. 18, note A.-M. BOUDART; Bruxelles, 9 juin 2000, *E.J.*, 2000, p. 132, note J. GERLO; Bruxelles, 28 novembre 2002, *N.J.W.*, 2003, p. 241; Bruxelles, 25 septembre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 1159; La Cour d'appel de Bruxelles se réfère expressément à la jurisprudence de la Cour de cassation au sujet des articles 213 et 221 du Code civil, et considère que l'époux à qui l'origine ou le maintien de la séparation de fait est imputable ne peut plus solliciter une pension alimentaire à charge de son conjoint, en ce compris dans le cadre des mesures urgentes et provisoires durant l'instance en divorce (Cass., 21 février 1986, *Pas.*, I, 1987, p. 797). Voy. plus récemment: Mons, 15 décembre 2008, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 31, note A.-C. VAN GYSEL; Bruxelles, 25 septembre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 1159.

³ Cass. (1^{re} ch. néerl.), 22 décembre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 452, note N. DANDOY; R.W., 2006-2007, p. 1153, note S. MOSSELMANS et Cass. (1^{re} ch. néerl.), 13 avril 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 689; *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 847; *Act. dr. fam.*, 2008, p. 57, note A.-C. VAN GYSEL.

V.III.2.1. – LES DEVOIRS ET DROITS CONJUGAUX DURANT LA SÉPARATION DE FAIT

encore été tranché par la Cour de cassation¹. Ces auteurs s'interrogent notamment quant à la possibilité offerte au juge des référés d'examiner systématiquement la question de la responsabilité de la rupture de la cohabitation avant d'accorder ou non une provision alimentaire, sans risquer de préjuger du débat au fond, puisque le législateur a entendu extraire la notion de faute du divorce. Se pose également la question des contours précis de la faute à établir pour priver un conjoint du secours alimentaire².

1.43bis. Les mesures prises par le président sur base de l'article 1280 du Code judiciaire ne connaissent pas les mêmes limitations que celles de l'article 223 du Code civil, dans la mesure où les termes sont identiques, les acceptions en sont très différentes: l'urgence est ici présumée et le provisoire veut seulement dire³ que les mesures entre époux deviendront caduques par le prononcé définitif du divorce.

Comme l'a récemment rappelé la Cour de cassation, l'objet de la demande de mesures urgentes et provisoires soumise au juge de paix en application de l'article 223 du Code civil diffère de celui de la demande soumise au président du tribunal statuant en référé. La Cour de cassation en conclut que la décision rendue par le juge de paix n'est, dès lors, pas revêtue de l'autorité de chose jugée à l'égard de la décision prise par le président du tribunal⁴.

§ 5. *La séparation de corps*

1.44. Enfin, signalons pour être complet un «véhicule» ancien mais parfois encore utilisé: la séparation de corps, divorce à effets réduits, qui laisse subsister le lien matrimonial et certains devoirs, dont le devoir de secours.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 27 avril 2007, la séparation de corps ne peut être prononcée que pour cause de désunion irrémédiable, en application de l'article 229 du Code civil.

En vertu de l'article 308 nouveau du Code civil, le devoir de secours bénéficie désormais aux deux époux, et non seulement au profit de celui qui a obtenu la séparation de corps.

La différence essentielle du régime de la pension après séparation de corps, modalisation du devoir de secours entre époux, et celui de la pension après divorce,

¹ Voy. notamment: N. DANDOY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse annuelle (2008) de décisions de jurisprudence », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1105; J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce : le « droit au divorce » », *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, n°218.

² Bruxelles (3^e ch.), 15 avril 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1068.

³ Nous négligeons ici l'aspect *rebus sic standibus* des décisions, tant sur base de l'article 223 du Code civil que de l'article 1280 du Code judiciaire, qui a pour effet de permettre leur révision en cas de survenance d'élément nouveau (art. 1253^{quater}, e), C. jud., pour le 223; art. 1280, dernier al., C. jud., dans l'autre cas.

⁴ Cass., 15 janvier 2010, *Pas.*, p. 175; *J.L.M.B.*, 2011, p. 640.

institution propre, est temporelle: alors que l'époux divorcé a droit au maintien du train de vie qui était le sien à un moment précis du passé, celui de la séparation, l'époux séparé a droit à un train de vie égal à celui de son conjoint à tout moment de la séparation (il s'agit donc d'un standard de vie variable)¹.

§ 6. *Conclusion: le meilleur choix*

1.45. Quelle conclusion pratique tirer au terme de cette analyse?

Que l'obtention d'une pension basée sur le devoir de secours dépend bien essentiellement, comme nous l'avions annoncé, du «véhicule» procédural par lequel il est demandé.

Certains de ces véhicules contiennent une référence à la notion de faute, mais elle n'est pas toujours présente, ni toujours appliquée, et quand elle l'est, le contenu de la faute varie sensiblement d'une hypothèse à l'autre.

De plus, des critères temporels, parfois associés à la notion de faute, parfois non, interviennent et ces critères, même repris en termes identiques, diffèrent selon les cas.

Mais au-delà de ces constatations fort nébuleuses, on s'aperçoit – et les plaideurs ne s'y sont pas trompés – que l'analyse comparative des divers «véhicules» fait apparaître un classement relativement clair: tout bien considéré, le «1280» est un meilleur véhicule (pour celui qui désire une pension, s'entend) que le «223», le «223» est lui-même préférable au «213-221» et celui-ci l'emporte sur le rare «308».

Si l'on exclut le dernier cas, très particulier (au vrai, il s'agit d'un divorce en réduction), on s'aperçoit que le même devoir de secours, demeurant inchangé, permet ou ne permet pas d'obtenir une pension, selon les modalités procédurales mises en œuvre.

Pour compléter le tableau et faire définitivement pencher la balance des avantages en faveur de l'article 1280 du Code judiciaire, il est admis par la doctrine et la jurisprudence classiques², qui ont été récemment confirmées par la Cour de cassation, que les ordonnances prises en vertu de l'article 223 du Code civil n'ont pas autorité de chose jugée à l'égard du président saisi sur base de l'article 1280 du Code judiciaire.

Nous avons toutefois toujours été sceptique à cet égard: les procédures sont pourtant mues entre les mêmes parties, portent sur les mêmes objets et la cause des deux actions – au sens de fondement juridique de la demande – est la même.

En effet, ce n'est pas le «véhicule» (art. 223 C. civ. et 1280 C. jud.) qui fonde le droit du conjoint à pension³, mais le devoir de secours, qui, lui, demeure inaltéré.

¹ Cass., 30 janv. 1998, *Div. Act.*, 2000, p. 26.

² E. VIEUJEAN, «Examen de jurisprudence: les personnes (1970-1975)», *R.C.J.B.*, 1979, n° 106, p. 342; Liège, 29 octobre 1979, *J.L.*, 1978-1979, p. 443; Gand, 8 janvier 2004, *R.A.B.G.*, 2004, p. 1266; Cass., 15 janvier 2010, *Pas.*, p. 175; *J.L.M.B.*, 2011, p. 640.

³ Ou le droit d'hébergement et la contribution alimentaire pour les enfants.

V.III.2.1. – LES DEVOIRS ET DROITS CONJUGAUX DURANT LA SÉPARATION DE FAIT

Il nous paraît donc que, sauf élément nouveau, le président est lié par la chose jugée par le juge de paix.

Cette pollution du fond du droit par les avatars procéduraux, jointe à la dispersion des compétences (juge de paix (avec deux «casquettes» différentes), président du tribunal, tribunal lui-même dans le cas du «308»¹ et l'absence d'autorité de chose jugée d'une décision à l'autre, donnent un effet déplorable de désordre, ouvrant la porte à toutes les «astuces», pour ne pas dire à tous les abus.

Certains en tireront peut-être un argument en faveur de la création d'un tribunal de la famille ...

§ 7. *Le montant de la pension alimentaire octroyée en exécution du devoir de secours entre époux*

1.45bis. Une pension alimentaire peut ainsi être octroyée en exécution du devoir de secours entre époux, indépendamment du véhicule procédural choisi. Elle a pour finalité de permettre à l'époux économiquement le plus faible de mener, dans la mesure du possible, un train de vie comparable à celui que les époux auraient connu s'ils ne s'étaient pas séparés².

Le train de vie pris en considération n'est pas le train de vie des époux durant la vie commune, mais celui que les époux auraient connu, s'ils ne s'étaient pas séparés, par rapport à la situation existant lorsque le juge est appelé à statuer, le principe étant que tant que dure le mariage le devoir de secours demeure, quant à son ampleur, directement lié à l'évolution de la situation financière respective des deux époux, qu'elle varie d'ailleurs à la hausse comme à la baisse³.

Le devoir de secours entre époux n'est donc pas une obligation alimentaire restreinte, limitée au seul état de besoin du créancier d'aliments.

Il n'existe pas de méthode de calcul précise du montant de la pension octroyée en exécution du devoir de secours, qui est donc laissé à l'appréciation souveraine du juge saisi⁴.

¹ Voir E. DE WILDE D'ESTMAEL, «Compétences en pagaille et pagaille dans les compétences», *Div. Act.*, 1997, p. 132; E. DE WILDE D'ESTMAEL et J.E. BEERNAERT, «Compétences en pagaille et pagaille dans les compétences: suite et pas fin», *Div. Act.*, 1999, p. 114.

² Ce principe a été énoncé par plusieurs arrêts de la Cour de cassation: Cass., 18 octobre 1963, *R.W.*, 1963-1964, p. 1862; Cass., 4 février 1980, *Pas.*, I, 1980, p. 649; Cass. 26 juin 1995, *Div. Act.*, 1997, p. 25; Cass., 30 janvier 1998, *Pas.*, I, 1998, p. 54; Cass., 9 septembre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 1030, note N. DANDOY; Cass., 25 novembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 107.

³ Cass., 30 janvier 1998, *Pas.*, I, 1998, p. 54; Cass., 9 septembre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 1030, note N. DANDOY.

⁴ La Cour de cassation a cependant précisé qu'il ne s'agissait pas de partager les ressources des époux par moitié: Cass., 18 juin 1954, *Pas.*, I, 1954; Cass., 26 juin 1995, *Div. Act.*, 1997, p. 25; Cass., 26 avril 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 1025, note N. DANDOY; Cass., 25 novembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 107; Cass., 25 janvier 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 454; *J.L.M.B.*, 2007, p. 1591. Pour une analyse circonstanciée des pensions alimentaires entre époux, et plus précisément leurs critères de fixation, nous renvoyons le lecteur aux analyses annuelles de décisions de jurisprudence publiées par Madame Nathalie DANDOY dans la Revue trimestrielle de droit familial.

V.III.2.1. – LES DEVOIRS ET DROITS CONJUGAUX DURANT LA SÉPARATION DE FAIT

Rappelons enfin que les modalités d'exécution du devoir de secours entre époux peuvent également revêtir des formes autres que la condamnation au paiement d'une pension alimentaire au profit de l'autre époux: l'attribution de la jouissance gratuite d'un bien immeuble ou des biens meubles faisant partie de la communauté ou d'une indivision existant entre les époux, ou encore la condamnation d'un des époux au remboursement d'un emprunt ou au paiement d'une dette commune ou indivise.

V.III.2.1. – LES DEVOIRS ET DROITS CONJUGAUX DURANT LA SÉPARATION DE FAIT

Section 2

Le régime matrimonial primaire et la séparation de fait

SOUS-SECTION 1. LA PROTECTION DU DOMICILE CONJUGAL ET DES MEUBLES
MEUBLANTS (ART. 215 C.CIV.)¹

§ 1. Principes

2.1. L'article 215 du Code civil a pour but de protéger le logement principal de la famille. Il le fait de deux manières:

- Un époux ne peut, sans l'accord de l'autre, disposer des droits qu'il possède sur l'immeuble servant au logement principal de la famille ni hypothéquer cet immeuble. Il ne peut de même disposer, sans l'accord de l'autre, des meubles meublant ce logement, ni les donner en gage (art. 215, § 1, C.civ.).
- Le droit au bail de l'immeuble servant au logement principal de la famille loué par l'un ou l'autre époux, même avant le mariage, appartient conjointement aux époux. Les congés, notifications et exploits relatifs à ce bail doivent être adressés ou signifiés séparément à chacun des époux ou émaner de tous deux (art. 215, § 2, C.civ.).

La protection de l'article 215, § 1, du Code civil peut s'appliquer autant à un immeuble propre à l'un des époux² qu'à un immeuble indivis³ ou commun⁴.

¹ Voir aussi E. de WILDE d'ESTMAEL, «Vingt ans d'application des articles 215, 218, 220, 222 et 224 du Code civil», *R.G.D.C.*, 1996, pp. 404 à 416; *Rép. not.*, «Les régimes matrimoniaux – La protection du logement familial» (M. VERWILGHEN), t. V, liv. II, Bruxelles, Larcier, 1997, pp. 243 à 272; Y.-H. LELEU, «Examen de jurisprudence (1982-1996). Les régimes matrimoniaux», *R.C.J.B.*, 1998, pp. 53 à 75.

² Entre autres: Civ. Tongres, 24 nov. 1987, *Rec. gén. enr. not.*, 1991, p. 408; *Rev. trim. dr. fam.*, 1989, p. 19; *R.W.*, 1990-1991, p. 437 et note A. VAN DE WIELE; Bruxelles, 10 juin 1988, *Pas.*, 1988, II, p. 230; *R.G.D.C.*, 1990, p. 179; Civ. Nivelles, 28 mars 1983, *Rev. trim. dr. fam.*, 1985, p. 39; Mons, 18 oct. 1977, *J.T.*, 1977, p. 732.

³ Entre autres: Civ. Bruges, 8 févr. 1983, *R.W.*, 1987-1988, p. 58 et note C. DE BUSSCHERE; *Rec. gén. enr. not.*, 1988, p. 293; Civ. Gand, 21 janv. 1987, *R.G.D.C.*, 1988, p. 328; Civ. Bruxelles, 5 mars 1990, *Rec. gén. enr. not.*, 1991, p. 410; Civ. Bruxelles, 25 avril 1986, *Rec. gén. enr. not.*, 1988, p. 296; *Pas.*, 1986, III, p. 79; *R.R.D.*, 1987, p. 266; *J.T.*, 1987, p. 488; Civ. Gand, 21 janv. 1987, *R.G.D.C.*, 1988, p. 328; Civ. Neufchâteau, 26 nov. 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 350; Bruxelles, 8 juin 1977, *J.T.*, 1978, p. 11.

⁴ Cumulativement avec l'article 1418 du Code civil; Civ. Bruxelles, 27 juin 1984, *T. Not.*, 1985, p. 303; Civ. Bruxelles, 11 oct. 1977, *Rev. trim. dr. fam.*, 1978, p. 67.

§ 2. *Notion d'«immeuble qui sert au logement principal de la famille» et de «meubles meublants»*

2.2. La notion d'«immeuble servant au logement principal de la famille» ou de «meubles meublants» doit être circonscrite en gardant en mémoire le but souhaité par le législateur: la protection du cadre de vie de la famille.

Le logement protégé sera donc le lieu où la famille vit ou a toujours vécu. Un logement futur n'est en principe pas protégé¹.

§ 3. *L'hypothèse de l'article 215, § 1, du Code civil*

1. Les actes de disposition visés par l'article 215, § 1, du Code civil

2.3. L'article 215, § 1, du Code civil ne vise expressément que les actes de disposition entre vifs, à titre onéreux ou gratuit, et l'hypothèque².

Cependant, la doctrine et la jurisprudence donnent un sens beaucoup plus large au terme «disposition»: il s'agit de tous les actes qui obligerait la famille à quitter le logement ou qui diminueraient ses garanties ou sa jouissance³, sans cependant créer un régime d'insaisissabilité du bien protégé⁴.

Ainsi, la constitution d'une servitude constitue un acte de disposition⁵. Il en est de même pour une demande de sortie d'indivision⁶.

2. Refus de donner son accord

2.4. Si le conjoint dont l'accord est requis le refuse *sans motif grave*, le tribunal autorise l'autre conjoint à passer seul l'acte (art. 215, § 1, al. 3, C.civ.).

¹ J.P. Bruges, 21 déc. 1979, *R.W.*, 1981-1982, col. 1693 et note P. DE LOOF, «Het begrip toekomstige gezinswoning»; voir les nuances à apporter: E. VIEUJEAN, «Examen de jurisprudence (1976-1983). Personnes», *R.C.J.B.*, 1986, p. 597.

² Civ. Mons, 26 mars 1980, *Rev. not. belge*, 1980, p. 309.

³ L. RAUCENT, *Les régimes matrimoniaux*, Précis, 3^e éd., Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia-Bruylant, 1988, p. 102.

⁴ Civ. Bruxelles (sais.), 10 juill. 1986, *J.T.*, 1987, p. 487; *Rev. not. belge*, 1986, p. 591; Gand, 30 juin 1987, *T. Not.*, 1987, p. 482; *Rec. gén. enr. not.*, 1988, p. 287: «L'article 215 du Code civil limite uniquement le droit actif de disposition d'un époux individuellement, non pas sa capacité passive d'engager de tels biens en contractant des dettes»; voir aussi Bruxelles, 6 févr. 1990, *Pas.*, III, 1990, p. 87; Civ. Anvers (sais.), 29 janv. 1990, *T. Not.*, 1993, p. 235; A. VERBEKE, «Revendicatie door echtgenoot van de beslagen schuldenaar», *T. Not.*, 1993, p. 225; *contra* mais à tort selon nous: Civ. Bruges (sais.), 13 nov. 1979, *Rec. gén. enr. not.*, 1981, p. 419, qui a décidé que l'article 215 interdisait un des époux à saisir-exécuter les meubles garnissant la résidence principale pour réaliser la créance de rente alimentaire qu'il avait contre son conjoint.

⁵ J.P. Anvers (5^e cant.), 29 mai 1990, *T. Not.*, 1990, p. 310.

⁶ Bruxelles, 8 juin 1977, *J.T.*, 1978, p. 11; Civ. Bruges, 8 févr. 1983, *R.W.*, 1987-1988, p. 58 et note C. DE BUSSCHERE; Civ. Bruxelles, 25 avril 1986, *J.T.*, 1987, p. 488; Civ. Neufchâteau, 26 nov. 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 350; Civ. Gand, 21 janv. 1987, *R.G.D.C.*, 1988, p. 328.

Les motifs graves invoqués doivent concerner la protection du cadre de vie¹. Le tribunal civil de Bruxelles, dans un jugement du 27 juin 1984², a estimé, assez sévèrement, que le fait que l'époux non-proprétaire qui habite seul la résidence conjugale soit handicapé et ne jouisse que d'une maigre pension, n'était pas un motif suffisant pour empêcher la vente du bien.

La cour d'appel de Bruxelles, dans un arrêt du 23 mars 2000³ a accepté comme motifs graves le fait que l'épouse séparée de fait occupe le logement concerné avec les trois enfants communs depuis la séparation des parties en 1997, que l'école des enfants est située à proximité, que l'immeuble est libre de toute charge hypothécaire, et que compte tenu de ses revenus professionnels modestes (environ 40.000 francs par mois), l'épouse serait dans l'incapacité de prendre en location un logement du même standing pour elle-même et ses enfants.

§ 4. *L'hypothèse de l'article 215, § 2, du Code civil*

2.5. Les dispositions de l'article 215, § 2, alinéa 1, du Code civil (droit au bail) s'appliquent lorsque le contrat de bail n'a été signé que par un seul des époux⁴, même si l'autre époux est mentionné sur ce contrat comme étant le conjoint du signataire⁵.

1. La portée du «droit au bail»

2.6. Que faut-il entendre, dans l'article 215, § 2, alinéa 1, du Code civil, par «le droit au bail de l'immeuble appartenant conjointement aux époux»?

Pour le tribunal civil de Bruxelles⁶, cette expression «*n'a pas pour effet que tous les droits et obligations de bail deviennent communs. Seul le droit au bail appartient conjointement aux deux époux. Il s'ensuit que l'époux qui n'a pas signé le bail n'est pas tenu des obligations du preneur prévues par les articles 1728 et suivants du Code civil*».

En conséquence, l'action qui tend à obtenir l'exécution de ces obligations ne doit pas nécessairement être dirigée contre chacun des époux à l'inverse d'une action tendant à supprimer ou à éteindre les droits nés du contrat de bail.

En l'espèce, l'action qui avait pour objet le paiement d'un arriéré de loyers et de charges et une indemnité pour dégâts locatifs, avait été intentée contre l'épouse seule signataire du contrat de bail. Elle était donc recevable, alors même que l'époux avait continué à occuper seul les lieux après la séparation.

¹ E. VIEUJEAN, *o.c.*, p. 600 critiquant Mons, 18 oct. 1977, *Pas.*, 1978, II, p. 41; voir pour un cas où la vente a été refusée: Liège, 26 nov. 1993, cité par C. PANIER, «Inédits de droit des personnes et de la famille», *J.L.M.B.*, 1994, p. 1438.

² *T. Not.*, 1985, p. 303.

³ *E.J.*, 2002, p. 124, note K. UYTENHOEVEN.

⁴ Civ. Verviers, 3 nov. 1993, *Rev. not. belge*, 1994, p. 119.

⁵ J.P. St-Nicolas, 29 mai 1989, *J.J.P.*, p. 318; *R.W.*, 1990-1191, p. 680 et note.

⁶ 28 avril 1983, *Rev. trim. dr. fam.*, 1985, p. 296.

Le tribunal civil de Liège dans son jugement du 5 septembre 1986¹ semble aller dans le même sens, tout en précisant que l'affectation à l'habitation familiale donne aux dettes qui sont la contrepartie de la jouissance du bien la nature de dettes contractées pour les besoins du ménage et qu'elles sont solidairement dues par les deux époux sur base de l'article 222 du Code civil².

Le tribunal civil de Namur³ va dans le sens contraire: pour ce tribunal, l'article 215, § 2, crée dans le chef du preneur une solidarité tant active que passive en sorte que les conjoints en sont réputés copreneurs et tenus personnellement des obligations qui en résultent⁴.

Cette dernière position ne peut être approuvée: elle ne trouve appui ni dans la loi ni dans les travaux préparatoires.

Il ne résulte en effet pas de l'article 215, § 2, que les deux époux soient tenus de plein droit, conjointement ou solidairement, au paiement du loyer du logement principal de la famille⁵.

Le but de l'article 215, § 2, est d'empêcher qu'un des époux puisse à lui seul priver son conjoint et ses enfants d'un toit. C'est à cette fin – et non pour mettre passivement les époux sur le même pied – que finalement la Sous-Commission a exprimé l'avis que la meilleure solution était de créer une présomption légale selon laquelle le bail conclu par l'un des époux appartenait aux deux époux⁶.

Tout autre est la question de savoir si les dettes résultant d'un contrat de bail peuvent être considérées comme des dettes dues solidairement par les deux époux en vertu de l'article 222 du Code civil. Nous verrons cette situation *infra*, lors de l'analyse de l'article 222.

¹ *J.L.*, 1986, p. 564.

² Voir aussi Civ. Bruxelles, 2 oct. 1986, *Rec. gén. enr. not.*, 1988, p. 292; *R.R.D.*, 1987, p. 255: ce tribunal se base également sur l'article 222 concernant la solidarité passive, tout en parlant malencontreusement de «*cotitularité et de protections actives et passives*».

³ 28 janv. 1991, *J.T.*, 1991, p. 316.

⁴ Dans le même sens: J.P. Jette, 13 mars 1984, *Res jur. imm.*, 1985, p. 187; J.P. Bruxelles (3^e cant.), 19 nov. 1985, *J.J.P.*, 1987, p. 56 qui précise que le paiement des loyers peut être poursuivi sur base de l'article 215, § 2, ou de l'article 222, alinéa 1, du Code civil; Gand, 9 mai 1989, *T. Not.*, 1991, p. 186 qui cite G. BAETEMAN, «*De bescherming van de gezinswoning*», *T.P.R.*, 1985, pp. 344 à 346: «*Le droit au bail appartient aux deux époux, à l'un par le fait du contrat, à l'autre par le fait de la loi, avec pour conséquence que le conjoint qui est le locataire légal conjointement avec le conjoint-locataire qui a signé le contrat, est tenu des obligations principales du locataire prévues à l'article 1721 du Code civil. Ce bail indivis crée donc aussi des obligations conjointes, de sorte que les deux époux, peu importe le régime matrimonial, sont tenus au paiement des loyers et de l'indemnité locative*». L'opinion du Professeur BAETEMAN ne peut être suivie, la loi ne parlant pas de conjoint-colocataire. En outre, comme le précise le Professeur VIEUJEAN, ce n'est pas parce qu'il y a indivisibilité du «*droit au bail*» que cela doit aboutir à la conséquence qu'il y aurait solidarité passive. Il est possible dans un contrat synallagmatique d'être codébiteur solidaire et de ne pas jouir du droit en tout ou vice versa («*Les dettes du ménage*», *Quinze années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux*, Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia-Bruylant, 1991, p. 212).

⁵ J.-L. RENCHON, note sous J.P. Anvers (7^e cant.), 27 juill. 1984, *Rev. trim. dr. fam.*, 1986, p. 305.

⁶ Rapport HAMBYE, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr., 1975-1976, n^o 683-2, annexe, p. 21; E. VIEUJEAN, «*Les dettes de ménage*», *o.c.*, p. 211; *contra*: G. BAETEMAN, «*De bescherming van de gezinswoning*», *T.P.R.*, 1985, pp. 346 et 347.

2. L'article 215, § 2, alinéa 2 du Code civil

2.7. L'article 215, § 2, alinéa 2, du Code civil prévoit, entre autres, que tout congé relatif au bail du logement familial doit être notifié à *chacun* des époux séparément ou émaner de chacun d'eux.

L'invalidité du congé mal réalisé ne peut être demandée que par l'un des époux et non par le bailleur (dans le cas où le congé est donné par un époux-locataire): en effet, l'article 215 a pour but de protéger le logement principal des époux-locataires et non le bailleur¹.

Ainsi, l'exploit de saisie-gagerie signifié à un seul des époux ne touche pas au «droit de bail» lui-même et ne tombe dès lors pas sous l'application de l'article 215, § 2, alinéa 2, du Code civil².

Par contre, un préavis touche au «droit au bail» et doit être envoyé aux deux époux-locataires, à peine de nullité³.

Il convient de noter que l'article 215, § 2, alinéa 2, a été modifié par la loi du 20 février 1991; en effet, un troisième alinéa y a été inséré et est rédigé comme suit: «*Toutefois, chacun des époux ne pourra se prévaloir de la nullité de ces actes adressés à un conjoint ou émanant de celui-ci qu'à la condition que le bailleur ait connaissance de leur mariage*»⁴.

§ 5. *Le logement principal de la famille et la séparation de fait*

2.8. Il n'est pas contestable que la protection de l'article 215 n'est plus d'application après le divorce des époux⁵.

Mais qu'en est-il en cas de séparation de fait des époux (séparation de fait pure et simple, instance en divorce,...)? L'article 215, § 1 et 2, peut-il encore s'appliquer?

¹ J.P. Molenbeek-St-Jean, 4 oct. 1988, *R.W.*, 1989-1990, p. 518; voir aussi J.P. St-Nicolas, 29 mai 1989, *J.J.P.*, 1989, p. 318; *R.W.*, 1990-1991, p. 680, note; *contra*: J.P. Anvers (7^e cant.), 27 juill. 1984, *Rev. trim. dr. fam.*, 1986, p. 303.

² Civ. Anvers, 18 déc. 1989, *R.W.*, 1989-1990, p. 1065.

³ Cass., 6 oct. 1978, *Rev. trim. dr. fam.*, 1979, p. 368 et note J.-L. RENCHON, «La sanction de la violation du caractère conjoint du droit au bail du logement principal de la famille»; Cass., 7 avril 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1454; cette nullité est relative et peut donc être couverte ou faire l'objet d'une renonciation, qui pourrait être déduite de faits et d'agissements qui ne peuvent être interprétés autrement: voir les nombreuses références citées par T. DE RIDDER et M. VANDERMERSCH, «Le congé locatif notifié aux époux-locataires par un seul écrit», *J.L.M.B.*, 1996, p. 1124, notes 4 à 9 (nous renvoyons les lecteurs à cette excellente note pour un aperçu global de la problématique de l'article 215, § 2, al. 2).

⁴ Dans le même sens: Cass., 7 avril 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1454; voir sur cette nouvelle disposition: K. VAN DER ELST, «De nieuwe huurwet en het huwelijksvermogensrecht», *R.G.D.C.*, 1991, pp. 351 à 354.

⁵ Civ. Bruxelles, 13 sept. 1985, *Pas.*, 1985, III, p. 81; Bruxelles, 4 juin 1992, *R.W.*, 1992-1993, p. 261, note.

En principe, ni la séparation de fait organisée ou non, ni l'instance en divorce (avec séparation organisée ou non par le Président) ne peuvent suspendre l'application de l'article 215 du Code civil¹. L'article 215 doit s'appliquer jusqu'à la dissolution du mariage.

Mais comme le précise à raison le tribunal civil de Namur², il convient «*certes de prendre en compte la réalité concrète et, partant, de tenir compte de ce que, dans certaines hypothèses, des événements tels que la séparation de fait, l'instance en divorce ou l'autorisation donnée aux époux d'avoir des résidences séparées, peuvent priver la règle d'objet, aucun immeuble ne pouvant plus être regardé comme le logement principal de la famille; que néanmoins, il convient d'être, à cet égard, particulièrement vigilant, afin d'éviter de priver trop légèrement le système protecteur voulu par le législateur de toute efficacité; qu'ainsi, on ne pourra considérer que la séparation de fait a privé la règle d'objet, ... dans le cas où l'un des époux a quitté cette résidence depuis quelques mois seulement et ce, même dans l'hypothèse où cet époux a été autorisé par justice à résider ailleurs.*»

Le critère de la longue durée de la séparation de fait, démontrant qu'une réconciliation entre les époux semble impossible, est le plus souvent utilisé par les tribunaux pour décider qu'il n'y a plus de logement principal de la famille³. De même, le fait qu'il y ait instance en divorce peut être un élément sur lequel certains juges se fondent pour refuser d'appliquer l'article 215⁴.

Certains tribunaux ajoutent à ce critère d'autres éléments afin de conforter leur décision. Ainsi, le tribunal civil de Tongres⁵ précise que le conjoint non-proprétaire n'apporte pas la preuve que la séparation ou le maintien ne lui sont pas imputables. Ce critère n'est cependant pas pertinent puisque le texte légal ne distingue pas entre le conjoint «coupable» et celui «innocent». Le conjoint «coupable» est donc protégé autant que son conjoint⁶.

¹ E. VIEUJEAN, «Examen de jurisprudence (1976-1983). Personnes», *R.C.J.B.*, 1986, p. 596; voir J.P. Saint-Nicolas, 31 janv. 1989, *J.J.P.*, 1989, p. 307: le juge précise que le bailleur est tenu de notifier le congé aux deux époux, même si l'un d'eux n'a pas cosigné le bail et qu'il a quitté l'habitation moyennant une autorisation judiciaire.

² 28 janv. 1991, *J.T.*, 1991, p. 316.

³ Civ. Bruges, 8 févr. 1983, *Rec. gén. enr. not.*, 1983, p. 293; 10 ans; Civ. Gand, 21 janv. 1987, *R.G.D.C.*, 1988, p. 328; 23 mois; Civ. Nivelles, 29 mars 1983, *Rev. trim. dr. fam.*, 1985, p. 39; 18 ans; Civ. Tongres, 24 nov. 1987, *Rev. trim. dr. fam.*, 1989, p. 19; *R.W.*, 1990-1991, p. 435 et l'excellente note de A. VAN DE WIELE, «De kwalificatie van de gezinswoning bij feitelijke scheiding», pp. 438 à 441; Bruxelles, 8 juin 1977, *J.T.*, 1978, p. 11; J.P. Gand, 10 avril 1986, *R.W.*, 1987-1988, p. 860; 2 ans; J.P. Saint-Nicolas, 29 mai 1989, *J.J.P.*, 1989, p. 318; 2 ans; Civ. Bruxelles, 2 oct. 1986, *Rec. gén. enr. not.*, 1988, p. 292; 1 an; voir aussi Civ. Bruxelles, 27 juin 1984, *T. Not.*, 1985, p. 303, qui estime que la séparation de fait de ± 2 ans ne supprime pas la protection de l'article 215.

⁴ Civ. Bruxelles, 2 oct. 1986, *Rec. gén. enr. not.*, 1988, p. 292.

⁵ 24 nov. 1987, *Rec. gén. enr. not.*, 1991, p. 408.

⁶ E. VIEUJEAN, *o.c.*, p. 595; M. VERWILGHEN, «Le logement de la famille en droit belge», *Ann. dr.*, 1982, p. 80; *contra* mais cette position ne semble plus suivie aujourd'hui: G. BAETEMAN, *Het nieuwe Belgische huwelijksvermogensrecht*, Gand, 1978, p. 78, n° 84; J. DE GAVRE et M.F. LAMPE, «Le régime primaire ou les droits et devoirs respectifs des époux», in *La réforme des droits et devoirs des époux et des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 1977, p. 121; Civ. Bruxelles, 11 oct. 1977, *Rev. trim. dr. fam.*, 1978, p. 67.

Dans le même ordre d'idée, le tribunal civil de Bruges¹ précise, outre la durée de la séparation de fait, que tous les enfants sont mariés et ont quitté le domicile conjugal². Or, l'article 215 s'applique même s'il n'y a pas d'enfant³.

Certaines décisions décident, au contraire de celles qui viennent d'être citées, qu'il y a lieu d'appliquer l'article 215 du Code civil, même en cas de séparation de longue durée. Ainsi le tribunal civil de Neufchâteau⁴ précise que «*tant que l'un des époux habite l'immeuble indivis, l'affectation d'habitation conjugale subsiste, puisque l'obligation de cohabiter perdure jusqu'à la dissolution du mariage et de l'ordonnance de référé autorisant les époux à résider séparément pendant l'instance en divorce – même si cette ordonnance est relativement ancienne – ne fait que suspendre cette obligation*».

Dans le même sens, le tribunal civil de Bruxelles⁵ décide, malgré une séparation de 6 ans, que le devoir de cohabitation subsiste jusqu'au divorce des époux et, par conséquent, que le logement principal de la famille subsiste tant que dure le mariage⁶.

Quelle que soit la position défendue, le tribunal sera parfois contraint de décider du lieu où sera situé le logement principal de la famille en cas de séparation des époux.

Le tribunal civil de Bruxelles, dans ses jugements du 27 juin 1984⁷ et du 25 avril 1986⁸, décide qu'il s'agit de la dernière résidence conjugale, même si l'enfant du couple vit avec le père dans un autre logement ou si tous les enfants ont quitté le domicile⁹.

Cette solution est critiquée par T. VAN SINAY¹⁰: selon cet auteur, la «dernière résidence conjugale» ne se juxtapose pas toujours avec le «logement familial». Si l'un des époux quitte la résidence conjugale avec enfants pour aller vivre ailleurs, le logement de la famille, se déplacerait aussi... et se déplacerait encore si, le cas échéant, les enfants étaient à nouveau hébergés par le conjoint habitant l'ancienne résidence conjugale.

¹ 8 févr. 1983, *R.W.*, 1987-1988, p. 58, note C. DE BUSSCHERE.

² Voir aussi: Civ. Gand, 21 janv. 1987, *R.G.D.C.*, 1988, p. 328; Civ. Bruxelles, 2 oct. 1986, *Rec. gén. enr. not.*, 1988, p. 292.

³ *R.P.D.B.*, v° *Régimes matrimoniaux (droit interne)*, compl., t. VI, Bruxelles, 1983, n° 403 C; C. REMON, «La séparation de fait. Chronique de jurisprudence (1976-1981)», *Rev. not. belge*, 1981, p. 472, n° 16.

⁴ 26 nov. 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 350.

⁵ 25 avril 1986, *Rec. gén. enr. not.*, 1988, p. 296.

⁶ Voir aussi: Civ. Liège, 28 juin 1985, *J.L.*, 1985, p. 640.

⁷ *T. Not.*, 1985, p. 303.

⁸ 25 avril 1986, *Rec. gén. enr. not.*, 1988, p. 296; dans le même sens: Bruxelles, 13 févr. 1980, *Rev. not. belge*, 1980, p. 198 et note D. STERCKX; voir aussi, J.P. Anvers, 30 janv. 1979, *R.W.*, 1978-1979, col. 2389, qui a décidé que ne pouvait être protégé l'appartement louée par une femme séparée de fait avec son amant.

⁹ Dans le même sens: Civ. Neufchâteau, 26 nov. 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 350.

¹⁰ «De gezinswoning en de rechterlijke machtiging tot vervreemding», *T. Not.*, 1985, p. 304.

On peut imaginer les difficultés qu'une telle solution entraînerait autant pour les époux que pour les tiers-bailleurs. En outre, que se passerait-il en cas d'hébergement alterné ou de répartition des enfants entre les époux?

Il est plus adéquat, sauf autres circonstances de fait, de protéger, si elle doit l'être, la dernière résidence conjugale, car s'il y a réconciliation, ce sera probablement là que le couple revivra et non pas dans le nouveau logement, souvent précaire, où se rend le conjoint quittant la résidence conjugale.

SOUS-SECTION 2. LES ÉPOUX ET LES COMPTES BANCAIRES (ART. 218 C.CIV.)¹

2.9. L'article 218 du Code civil dispose:

«Chacun des époux peut faire ouvrir en son nom, sans l'accord de son conjoint, tout compte de dépôt de sommes ou de titres et prendre en location un coffre-fort. Il est réputé à l'égard du dépositaire ou du bailleur en avoir seul la gestion ou l'accès.

Le dépositaire et le bailleur sont tenus d'informer le conjoint de l'ouverture du compte ou de la location du coffre».

Cet article continue à s'appliquer en cas de séparation de fait des époux. Il convient dès lors d'être attentif à son application dans ce cas, surtout s'il y a conflit entre les époux.

§ 1. L'ouverture d'un compte ou la location d'un coffre (art. 218, al. 1, C.civ.)

1. Principes

2.10. Depuis le 28 septembre 1976, date d'entrée en vigueur de la loi du 14 juillet 1976, tout époux peut, sans l'accord de son conjoint, ouvrir seul un compte de dépôt de sommes ou de titres ou louer un coffre, entre autres, auprès d'un intermédiaire financier².

Cette nouvelle disposition répondait *«à une des revendications essentielles des femmes dans la poursuite de l'égalité juridique des époux»*³.

¹ E. de WILDE d'ESTMAEL, *L'intermédiaire financier et le droit familial et patrimonial*, Bruxelles, Créadif, 1991, pp. 15 à 34 et la bibliographie, pp. 32 à 34; A. VERBEKE, «De bank en de gehuwde cliënt», in *Actuele ontwikkelingen in de rechtsverhouding tussen bank en consument*, Antwerpen, Maklu, 1994, pp. 51 à 72; F. BUYSENS, «Artikel 218 B.W. en feitelijke scheiding», *E.J.*, 1996, pp. 98 à 102; E. de WILDE d'ESTMAEL, «Vingt ans d'application des articles 215, 218, 220, 222 et 224 du Code civil», *R.G.D.C.*, 1996, pp. 417 à 431; *Rép. not. belge*, «Les régimes matrimoniaux – Les comptes en banque et coffres-forts» (Y.-H. LELEU et I. STAQUET), t. V, liv. II, Bruxelles, Larcier, 1997, pp. 287 à 300; Y.-H. LELEU, «Examen de jurisprudence (1982-1996). Les régimes matrimoniaux», *R.C.J.B.*, 1998, pp. 76 à 79.

² Et ce, même si l'information prévue à l'alinéa 3 de l'article 218 n'a pas été réalisée: Rapport BAERT, *Doc. parl.*, Ch., 1975-1976, n° 869-3, p. 8; P. WATELET, «Des droits et devoirs respectifs des époux», *Rec. gén. enr. not.*, 1977, n° 22.140, p. 222.

³ Rapport HAMBYE, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr., 1974-1975, n° 683-2, p. 13.

En effet, auparavant, seules les femmes mariées sous le régime de séparation de biens (ou séparées de corps) avaient le plein exercice de leur capacité civile, sans avoir besoin de l'autorisation de leur mari ou de la justice (loi du 22 juin 1959 modifiant l'ancien article 1449 du Code civil). Dans tous les autres cas, les femmes mariées ne disposaient que de pouvoirs restreints.

2. Qu'entend-on par «compte de dépôt de sommes ou de titres»?

2.11. Par «*compte de dépôt de sommes ou de titres*», la loi entend aussi bien les dépôts à vue que les dépôts à terme, en livrets ou carnets¹, à préavis, de titres ou de comptes courants². Le dépôt peut être libellé en monnaie étrangère³.

L'ouverture du compte et la location du coffre doivent avoir lieu auprès de personnes ou institutions légalement habilitées à pratiquer de telles opérations⁴. Il s'agit, entre autres, des organismes financiers publics ou privés (banques, caisses d'épargne, Office des chèques postaux) et des agents de change. Mais l'article 218 ne s'appliquerait pas aux personnes privées ne faisant, par exemple, pas profession de louer des coffres⁵.

§ 2. *Le droit de gestion exclusive (art. 218, al. 2, C.civ.)*

1. Principes

2.12. L'alinéa 2 de l'article 218 du Code civil précise que l'époux titulaire du compte ou locataire du coffre en a la gestion exclusive.

Cette règle a pour but d'assurer la sécurité du dépositaire (l'intermédiaire financier), «*en le dispensant de toute recherche quant au caractère propre ou commun ou encore professionnel des sommes ou titres déposés*»⁶.

L'intermédiaire financier ne doit donc pas faire intervenir le conjoint du titulaire pour être déchargé de ses responsabilités concernant les opérations faites sur le compte⁷.

¹ Rapport HAMBYE, *o.c.*, p. 13.

² Entre autres: E. VIEUJEAN, «Principes généraux des rapports patrimoniaux entre époux», in *Sept leçons sur la réforme des régimes matrimoniaux*, Fac. Dr. Liège, 1976, p. 34; J. HEENEN, «Le régime matrimonial primaire et les opérations de banque», in *Mélanges offerts à R. PIRSON*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 156.

³ J. DE GAVRE, «Le mariage et le divorce: leurs conséquences sur la relation banque-client», *La banque dans la vie quotidienne*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 1986, p. 138.

⁴ Rapport Sous-Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr., 1974, n° 683-2, p. 25.

⁵ H. CASMAN et M. VAN LOOK, *Huwelijksvermogensrecht*, Bruxelles, Ced-Samsom, 1977, 1/7; on notera que J. HEENEN (*o.c.*, p. 155) critique l'assimilation de l'agent de change à une personne faisant profession du «commerce de l'argent».

⁶ Rapport HAMBYE, *o.c.*, p. 14.

⁷ *R.P.D.B.*, v° *Régimes matrimoniaux (droit interne)*, compl., t. VI, Bruxelles, Bruylant, 1983, p. 729.

Il n'a pas non plus à demander à son client de justifier l'origine des fonds ou la destination d'un retrait, même s'il a connaissance de la situation matrimoniale des époux¹.

2. Qu'entend-on par «gestion exclusive»?

2.13. L'article 218, alinéa 2, ne précise pas ce qu'il faut entendre par le terme «gestion».

Il est cependant unanimement admis qu'il faut se référer à l'article 1415, alinéa 1, du Code civil: cet article définit la gestion par la réalisation d'actes d'administration, de jouissance et de disposition².

Le titulaire du compte peut dès lors effectuer seul des dépôts, des retraits, tirer des chèques, donner des ordres de virement, recevoir le paiement de dividendes ou d'intérêts, vendre des titres... Le locataire du coffre aura, quant à lui, seul l'accès à ce dernier.

Bien entendu, cette gestion exclusive ne fait pas obstacle à ce que l'époux titulaire ou locataire donne mandat à son conjoint ou à un tiers ou encore que le compte soit ouvert sous forme de compte-joint ou que le coffre soit loué au nom de deux ou plusieurs personnes³.

On notera que, même si l'article 218, alinéa 2, énonce que le principe de la gestion exclusive vaut à l'égard du *depositaire*, il en est de même à l'égard du conjoint du titulaire du compte.

En effet, en pratique, la gestion d'un compte est une situation comparable à celle prévue pour les actes professionnels dans le régime de la communauté (art. 1417, al. 1, C.civ.): la gestion est exclusive à l'égard de l'autre époux, mais sans que cela ne préjuge du caractère commun, propre ou indivis des biens gérés⁴.

Ainsi, l'époux non titulaire ne pourra pas bloquer, sauf par des moyens judiciaires, le fonctionnement du compte, même en prouvant que les valeurs qui y ont été inscrites sont des biens communs, indivis ou même propres à lui⁵.

¹ L. RAUCENT, *Les régimes matrimoniaux*, Louvain-la-Neuve-Bruxelles, Cabay-Bruylant, 1978, p. 76.

² J. DE GAVRE et M.-F. LAMPE, «Le régime primaire ou les droits et devoirs respectifs des époux», *La réforme des droits et devoirs respectifs des époux et des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 1977, p. 137; J.-M. PAUWELS, *Rechten en plichten van gehuwden*, Leuven, Acco, 1980, p. 157.

³ Rapport HAMBYE, *o.c.*, p. 15; C.-T. PIRSON, «Le régime primaire- Protection du logement familial et droit d'ouvrir un compte en banque et de louer un coffre-fort», *Cinq années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux*, Louvain-la-Neuve-Bruxelles, Cabay-Bruylant, 1982, p. 37.

⁴ «Si un époux marié sous le régime légal fait virer son traitement à un compte en banque, comme il s'agit de revenus professionnels, les sommes figurant au crédit du compte auront la nature de biens communs, mais des biens communs soumis à la gestion exclusive du titulaire du compte...»: P. STIENNON, «Les droits et devoirs des époux et les régimes matrimoniaux», *Rec. gén. enr. not.*, 1976, p. 331.

⁵ J. HEENEN, *o.c.*, p. 157.

3. Gestion exclusive et propriété des fonds

2.14. Comme il a été précisé ci-dessus, la «gestion exclusive» indiquée à l'article 218, alinéa 2, ne préjuge en rien du caractère propre, commun ou indivis des sommes ou titres déposés¹.

Pour connaître le caractère exact des biens déposés, il faudra s'en référer au droit commun: par exemple, pour les époux mariés sous le régime de la communauté, la présomption de communauté édictée à l'article 1405, 4°, pourra être invoquée².

De même, en cas de divorce ou de décès d'un époux, le conjoint non titulaire ne pourrait se voir opposer une quelconque présomption de propriété des fonds placés sur un compte ouvert par l'autre.

La situation sera identique pour les tiers: un créancier qui aurait par exemple le droit de saisir tous les biens communs, pourrait saisir les biens placés sur chacun des comptes des conjoints³.

Si la dette ne peut être recouvrée par le créancier sur le patrimoine propre du conjoint titulaire du compte, ce sera à ce dernier, s'il veut échapper à la saisie, à démontrer que les biens se trouvant sur le compte lui sont propres (art. 1405, 4° et 1414, al. 2, C.civ.).

En cas de contestation sur le caractère (commun, propre ou indivis) des biens, l'intermédiaire financier n'aura de toute façon pas à s'immiscer dans ce différend: il ne s'inclinera que devant une décision judiciaire⁴.

4. Protection du conjoint du titulaire contre les abus de ce dernier

2.15. Compte tenu de la gestion exclusive d'un compte ou d'un coffre, l'intermédiaire financier n'a pas à tenir compte d'une opposition faite verbalement ou par écrit par l'époux du titulaire du compte ou du locataire du coffre.

Cependant, il peut arriver que dans une situation conflictuelle (séparation de fait, ...), un conjoint puisse faire un abus dans la gestion de son compte. Ainsi, un des époux fait virer sur un compte dont il est seul titulaire toutes les économies communes, sans plus donner aucune explication à son conjoint. Ou bien, l'époux titulaire est le seul à percevoir des revenus et le fait sur un compte qui lui est propre. Le conjoint non titulaire n'est pas dépourvu de recours; ainsi, entre autres:

- article 221 du Code civil: si l'époux titulaire ne contribue pas aux charges du mariage, le juge de paix peut autoriser le conjoint non titulaire à percevoir les fonds figurant sur le compte bancaire de l'époux défaillant;
- article 223 du Code civil: si l'entente entre les époux est sérieusement perturbée ou s'il y a manquement grave d'un des époux à ses devoirs, le juge de paix peut faire bloquer les comptes des époux ou interdire l'accès à leur coffre (voir

¹ J.P. Berchem, 6 sept. 1979, *R.W.*, 1979-1980, col. 2264 et note J.P.

² J. DE GAVRE, *o.c.*, p. 140.

³ L. RAUCENT, *o.c.*, p. 240.

⁴ J. DE GAVRE et M.-F. LAMPE, *o.c.*, p. 137.

également art. 1253*septies* C.jud.).

Le Président du tribunal de première instance peut agir de même en cas de procédure en divorce ou séparation de corps (art. 1280 C.jud.).

Les tribunaux peuvent également faire procéder à un inventaire des biens des époux¹;

- articles 1421, 1422 et 1426 du Code civil: il s'agit de l'interdiction par le juge de paix à un époux d'accomplir un acte de gestion pouvant porter préjudice à son conjoint, de l'annulation d'un acte accompli par un époux en fraude des droits de son conjoint et du retrait des pouvoirs de gestion à un des époux;
- article 1174 du Code judiciaire: si l'un des époux a demandé l'apposition des scellés, il peut requérir du juge de paix, entre autres l'interdiction à un intermédiaire financier d'opérer à l'égard de l'un ou l'autre conjoint la restitution, le paiement ou le transfert de fonds ou titres appartenant à la communauté ou à l'indivision;
- article 1253*quinquies* du Code judiciaire: le juge de paix peut demander à la banque de communiquer tous renseignements ou documents (extraits bancaires,...) de nature à établir le montant des revenus ou créances des époux. Le Président du tribunal peut agir de même lorsqu'il statue sur des mesures urgentes et provisoires.

5. Gestion exclusive et solde débiteur du compte

2.16. Un époux titulaire d'un compte peut-il mettre ce dernier en débit sans l'accord de son conjoint? Cette question est souvent d'actualité en cas de séparation de fait.

Compte tenu de la pratique actuelle de la plupart des intermédiaires financiers d'accepter le plus souvent un crédit automatiquement sur un compte, la question à poser est plutôt celle-ci: si un compte est en débit, l'intermédiaire financier peut-il obliger les deux époux à rembourser la dette ou à tout le moins poursuivre les différents patrimoines des deux époux pour se faire rembourser la dette?

La situation où l'époux non titulaire se serait engagé *solidairement* avec l'époux titulaire peut être rapidement réglée: dans ce cas, les deux époux seraient tenus chacun de rembourser la dette.

S'il s'agit d'époux mariés sous le régime de *séparation de biens* (ou séparés de biens par décision de justice ou même mariés sous le régime de participation aux acquêts), l'époux titulaire peut mettre, sans l'accord de son conjoint, son compte en débit. Il sera alors *seul* débiteur à l'égard de l'intermédiaire financier, sauf si ce dernier peut démontrer qu'il pourrait y avoir application de l'article 222 du Code civil².

¹ Voir entre autres, Cass., 31 janv. 1997, *Div. Act.*, 1997, p. 143.

² Gand, 11 oct. 1985, *Rec. gén. enr. not.*, 1987, p. 404.

Si les époux sont mariés sous le régime de *communauté*, la question sera plus délicate. En effet, l'article 1418, 2^o, d, du Code civil prévoit qu'il faut le consentement des deux époux pour contracter un emprunt¹.

Certains auteurs² estiment cependant qu'il ne faut pas l'accord du conjoint pour mettre en débit un compte: l'article 1418 du Code civil se situerait au niveau de la communauté alors que l'article 218 serait à un niveau «précommunautaire» avec pour conséquence que toutes les opérations dont les comptes sont susceptibles sont permises, même celles qui s'apparentent à l'emprunt.

Dans ce cas, la dette pourrait être commune, s'il n'est pas démontré qu'elle est propre à l'époux titulaire (par exemple, la dette serait propre si elle a été contractée dans l'intérêt exclusif du patrimoine propre: art. 1407, al. 1, C.civ.).

Le paiement de la dette commune pourrait être poursuivi sur les trois patrimoines des époux (le patrimoine commun et les deux patrimoines propres), sauf si la dette contractée pour les besoins du ménage et l'éducation des enfants est excessive eu égard aux ressources du ménage (art. 1414, al. 3, 1^o, C.civ.) ou si elle est contractée dans l'exercice de la profession (art. 1414, al. 3, 3^o, C.civ.).

D'autres auteurs³ soutiennent que les opérations de crédit «tolérées» par les banques ne font pas partie de la catégorie des opérations qui peuvent être effectuées dans le cadre d'un dépôt de sommes ou de valeurs: ces opérations ne sont pas inhérents à un tel dépôt.

Il en serait ainsi «*puisque'il s'agit d'opérations qui ne sont effectuées qu'à partir du moment où il n'y a plus aucun crédit en compte*»⁴.

Dans ce cas, la dette serait propre à l'époux titulaire du fait de l'article 1407, alinéa 3, du Code civil qui précise que sont propres «*les dettes provenant d'actes que l'un des époux ne pouvait accomplir sans le concours de son conjoint...*».

Le patrimoine commun ne pourrait alors être tenu que dans la mesure du profit qu'il a tiré de la dette. La preuve de ce profit pourrait être rapportée par l'intermédiaire financier par toutes voies de droit (art. 1411 C.civ.).

L'article 222 du Code civil pourrait aussi être applicable si la dette a été contractée pour les besoins du ménage ou l'éducation des enfants, sauf si cette dette est excessive eu égard aux ressources du ménage⁵.

¹ Sauf si c'est dans le cadre de l'activité professionnelle: art. 1417 C.civ. et sauf s'il s'agit d'un prêt à tempérament ou personnel à tempérament et que ce prêt est nécessaire aux besoins du ménage ou à l'éducation des enfants: art. 1418, 2^o, e, C.civ.

² J.-L. RENCHON, *L'incidence de certaines règles de droit familial sur certaines opérations conclues entre les banques et leurs clients*, Recyclage Fac. Dr. Saint-Louis, 1981, pp. 35 à 37; L. RAUCENT, *o.c.*, 1978, p. 240: cependant cet auteur semble avoir nuancé sa position dans sa troisième édition de 1988, p. 145.

³ J. DE GAVRE et M.-F. LAMPE, *o.c.*, pp. 137 et 138; J. DE GAVRE, *o.c.*, p. 143; *Rép. not.*, «Les régimes matrimoniaux» (J. HAMBYE), t. V, 2^e partie, liv. I, Bruxelles, Larcier, mise à jour 1980, p. 61; C.-T. PIRSON, *o.c.*, pp. 36 et 37; J. GERLO, «Negatief saldo van een bankrekening en huwelijksvermogensrecht», note sous Civ. Ypres, 7 sept. 1990, *R.G.D.C.*, 1992, p. 246; voir aussi F. BUYSENS, *o.c.*, p. 98.

⁴ J. DE GAVRE, *o.c.*, p. 143.

⁵ Gand, 11 oct. 1985, *Rec. gén. enr. not.*, 1987, p. 404 et note; *R.W.*, 1985-1986, col. 2844.

Une décision du juge de paix de Herstal du 29 septembre 1978¹ a suivi cette dernière thèse: «*Attendu qu'une ouverture de compte dont le solde est débiteur est nécessairement un prêt fait par l'institution financière à l'époux.*

Attendu qu'en application de l'article 1418, alinéa 2, le consentement des deux époux est requis pour contracter un emprunt et qu'en conséquence, l'époux qui contracte seul un emprunt ne peut engager le patrimoine commun et que la dette ainsi contractée est légalement propre à cet époux».

Dans cette décision, le solde dû n'était pourtant que de 13.507 francs belges, ce qui aurait pu laisser penser que le retrait avait été effectué pour les besoins du ménage: pourtant, l'intermédiaire financier semble avoir omis de baser sa demande sur l'article 222 ou sur l'article 1411 du Code civil.

La cour d'appel de Gand dans son arrêt du 11 octobre 1985² a eu une position inverse: en effet, dans ce cas, alors que la dette s'élevait à 352.776 francs belges, la cour a considéré qu'il fallait non seulement appliquer l'article 222 mais aussi les articles 1408, 2°, et dernier alinéa et 1414, ce qui impliquait que la cour considèrerait la dette comme commune.

La cour d'appel de Bruxelles, dans son arrêt du 18 novembre 1986³ et le tribunal civil d'Ypres en date du 7 septembre 1990⁴ vont dans le même sens, du moins pour déclarer la dette commune.

Nous sommes pour notre part enclin à suivre la thèse de principe du Professeur J. HEENEN⁵: chaque époux peut ouvrir un compte de sommes, qui peut être un compte courant, ce qui implique qu'il peut devenir débiteur. Mais l'article 218 s'applique indépendamment de l'étendue du recours du banquier: si ce dernier veut recouvrer le solde débiteur alors que son client est marié sous un régime de communauté, l'article 1418 du Code civil sera en principe applicable (consentement des deux époux pour un emprunt), avec cependant la possibilité pour l'intermédiaire financier de recouvrer son dû sur les différents patrimoines se fondant, le cas échéant, sur l'article 222 ou sur l'article 1411 du Code civil.

Pour des raisons pratiques, certains auteurs prennent une position intermédiaire et considèrent comme étant une opération inhérente à la gestion d'un compte le seul crédit automatique accordé avec une carte de banque⁶.

P. DE PAGE va dans le même sens mais avec une nuance. Pour cet auteur⁷, on pourrait «*admettre, pour des raisons pratiques, que dans les limites de crédit*

¹ *Pas.*, 1978, III, p. 64.

² *Rec. gén. enr. not.*, 1987, p. 404.

³ *J.T.*, 1987, p. 176.

⁴ *R.G.D.C.*, 1992, p. 242; on notera que le troisième point du sommaire publié n'est pas exact.

⁵ «Le régime matrimonial primaire et les opérations de banque», *Mélanges offerts à R. Pirson*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 156; voir aussi J. GERLO, *o.c.*, p. 249; E. de WILDE d'ESTMAEL, *L'intermédiaire financier et le droit familial et patrimonial*, Bruxelles, Créadif, 1991, p. 22.

⁶ L. RAUCENT, *Les régimes matrimoniaux*, 3^e éd., Louvain-la-Neuve, Cabay, 1988, p. 144; G. BAE-TEMAN, C. ENGELS, et J. GERLO, «Overzicht van rechtspraak – Huwelijksvermogensrecht (1976-1981)», *T.P.R.*, 1982, p. 1001.

⁷ «Les premières applications de la loi sur les régimes matrimoniaux en matière de régime légal. Chronique de jurisprudence (1976-1983)», *Rev. trim. dr. fam.*, 1984, p. 13.

ouvertes par la carte, l'emprunt serait, s'il a été utilisé pour le patrimoine, accepté tacitement par l'autre époux si celui-ci n'a pas manifesté, lorsqu'il a été informé de l'ouverture du compte, son intention de ne pas reconnaître les éventuelles opérations de crédit résultant de l'utilisation de la carte». Cette argumentation ne convainc guère: on ne voit pas pourquoi on devrait obliger le conjoint à faire part de sa position concernant la gestion d'un compte ouvert par son époux alors que cette gestion est laissée exclusivement au titulaire.

De plus, la pratique bancaire montre que peu de conjoints sont avisés de l'ouverture du compte, ce qui rend cette solution impossible à réaliser.

A notre sens, l'application éventuelle des articles 222 et 1411 du Code civil devrait suffire pour couvrir l'intermédiaire financier s'il désire récupérer des montants minimaux accordés par le crédit automatique: en effet, dans la majorité des cas, il s'agira des sommes prélevées dans l'intérêt du patrimoine commun (voir les décisions précitées).

§ 3. *L'information par l'intermédiaire financier (art. 218, al. 3, C.civ.)*

1. Généralités

2.17. L'alinéa 3 de l'article 218 est le fruit d'un compromis entre la thèse de certains sénateurs qui voulaient instaurer le droit pour un conjoint d'ouvrir un compte sans limitation ni information aucune et celle de ceux qui désiraient aller au-delà de la simple information, en donnant à l'autre époux le droit de prendre connaissance des opérations du compte et du contenu du coffre¹.

Le principe finalement adopté fut la communication, faite par l'intermédiaire financier à un époux, de l'ouverture d'un compte ou de la location d'un coffre par son conjoint.

L'information ne porte que sur l'ouverture d'un compte ou la location d'un coffre et non sur leur contenu ou sur les opérations effectuées², ni même sur le numéro du compte ouvert. Aucun délai n'est précisé pour cette information, qui doit en principe être réalisée à chaque ouverture de compte.

Le défaut d'information ne modifie en rien la règle de gestion exclusive. C'est ce que rappelle à raison le juge de paix de Messancy dans son jugement du 7 décembre 1988³: Un époux avait effectué divers retraits sur le compte de son épouse sur lequel il n'avait pas procuration. Après réclamation de l'épouse titulaire du compte et remboursement de la banque, cette dernière se retourna contre l'époux en répétition d'indu.

Pour contrecarrer un des arguments du défendeur qui consistait à dire qu'en raison de l'absence d'information par la banque de l'ouverture du compte de son épouse,

¹ Rapport BAERT, *Doc. parl.*, Ch., 1975-1976, n° 869-3, p. 8; *Ann. parl.*, Sén., 28 avril 1976, pp. 1952 et 1968; *Rép. not.*, o.c., p. 61.

² L. RAUCENT, o.c., 1988, p. 145; J. DE GAVRE et M.-F. LAMPE, o.c., p. 141.

³ *J.L.M.B.*, 1989, p. 927.

ce compte était soumis à la gestion concurrente et non exclusive, le juge de paix répondit que «*l'obligation d'information mise à charge du dépositaire par l'article 218, alinéa 3, du Code civil, ne comporte aucune sanction spécifique...; dès lors... l'omission de cette formalité par le dépositaire ne peut avoir pour conséquence de soumettre le compte à la gestion concurrente des deux époux; qu'on imagine d'autant moins pareille sanction qu'elle pénaliserait le titulaire du compte plutôt que de frapper le dépositaire responsable de l'omission*».

On notera que si le conjoint du titulaire d'un compte désire prendre connaissance des opérations effectuées sur ce dernier, il ne pourra le faire que par le biais d'une décision judiciaire (art. 220, § 3, 221, 223 C.civ.; art. 1253*quinquies* et 1280 C.jud.).

2. Comment informer le conjoint?

2.18. Le législateur n'a pas prévu la forme de l'information à donner par l'intermédiaire financier. Dès lors, cette information sera une simple communication, sous quelque forme que ce soit¹.

Cependant, en cas de contestation, ce sera à l'intermédiaire financier à prouver qu'il a informé le conjoint du titulaire². C'est ce que rappellent la cour d'appel de Gand du 11 octobre 1985 et le tribunal civil d'Ypres du 9 septembre 1990³.

Par conséquent, il fut conseillé, lors de l'entrée en vigueur de la loi du 14 juillet 1976, d'envoyer l'avis par lettre recommandée avec accusé de réception, après s'être fait remettre la carte d'identité du déposant ou locataire⁴.

Il fut également précisé qu'en cas de séparation de fait, le déposant (ou le locataire) devrait préciser, sous sa responsabilité, l'adresse de son conjoint, avec recherche éventuelle de l'intermédiaire financier auprès des services de population⁵. Cependant, l'obligation n'est que de moyen et non de résultat: en cas de force majeure, par exemple, si le conjoint du titulaire est parti sans laisser d'adresse, l'obligation ne doit plus être observée⁶.

Ces considérations sont restées lettre morte auprès des intermédiaires financiers. Ces derniers ont préféré courir le risque de voir leur responsabilité engagée plutôt que d'entreprendre de nombreux frais de recherches et d'envoi⁷.

¹ Rapport BAERT, *o.c.*, p. 8.

² J. HEENEN, *o.c.*, p. 156.

³ *Rec. gén. enr. not.*, 1987, p. 404; *R.G.D.C.*, 1992, p. 242.

⁴ J. DE GAVRE et M.-F. LAMPE, *o.c.*, p. 140.

⁵ *Ibid.*, p. 141.

⁶ Rapport BAERT, *o.c.*, p. 8.

⁷ J.-L. RENCHON, *o.c.*, pp. 16 et 17.

3. Sanction de la non-information

2.19. La responsabilité de l'intermédiaire financier en cas de non-information est de droit commun. En effet, il n'y a aucune sanction spécifique prévue par le Code¹. Seuls des dommages et intérêts pourraient être dus sur base de l'article 1382 du Code civil.

C'est au conjoint du titulaire du compte à prouver le dommage dont il demande réparation et le lien de causalité entre la faute et le dommage.

Si nous appliquons la thèse, vue *supra*, suivant laquelle le dépassement en débit d'un compte est un emprunt soumis à l'article 1418 du Code civil, le dommage du conjoint du titulaire sera quasi nul: en effet, dans ce cas, le patrimoine commun ne serait tenu que si la communauté a profité de l'emprunt (art. 1411 C.civ.; voir *supra*; dans ce dernier cas, il ne pourrait y avoir de dommage pour l'époux non titulaire puisque la communauté aurait profité du dépassement). Dans le cas contraire, ni le patrimoine propre du conjoint non titulaire ni le patrimoine commun (sauf les revenus du conjoint titulaire) ne pourraient être tenus de la dette.

En appliquant l'autre thèse, celle défendue dans l'arrêt de la cour d'appel de Gand du 11 octobre 1985² et le jugement du tribunal civil d'Ypres du 7 septembre 1990³, le dépassement en débit par le conjoint titulaire pourrait être une dette commune, sauf preuve contraire.

Dans ce cas, le conjoint non titulaire subirait donc, peut-être même sur son patrimoine propre, les effets du dépassement.

Si la faute de la banque peut être facilement établie, il en est autrement du dommage et du lien de causalité.

La cour d'appel de Gand, dans son arrêt précité, estime que le conjoint non titulaire n'a pas subi de dommage du fait que les retraits de 15.000 F. par mois (pendant près de deux ans, arrivant ainsi à une dette de 352.776 F.!) ont dû servir à l'entretien du ménage et que les retraits n'étaient pas excessifs par rapport aux ressources du ménage.

Le tribunal civil d'Ypres, dans son jugement du 7 septembre 1990, va dans le sens contraire: sur base des seuls dires de l'épouse non titulaire et séparée de fait de son époux qui précisait que les fonds retirés (55.440 F.) n'avaient servi que les intérêts propres de son conjoint titulaire, le tribunal en déduit que l'épouse avait subi un dommage qui aurait pu être évité par l'information de la banque.

A titre de réparation de ce dommage, le tribunal considéra qu'il convenait de déclarer la demande de la banque à l'égard du conjoint non titulaire non fondée.

Cette dernière décision nous laisse perplexe sur plusieurs points:

- Si le juge a estimé comme acquis les dires du conjoint non titulaire que son époux avait utilisé les fonds non pour le patrimoine commun mais pour son

¹ Rapport BAERT, *o.c.*, p. 8.

² *Rec. gén. enr. not.*, 1987, p. 404.

³ *R.G.D.C.*, 1992, p. 242.

patrimoine propre, pourquoi n'a-t-il pas fait application de l'article 1407, alinéa 1, déclarant propre une dette faite dans l'intérêt exclusif du patrimoine propre? Il est contradictoire de préciser, d'un côté, que la dette est commune car la défenderesse ne prouve pas le caractère propre (ni offrirait de le faire) de la dette mais, d'un autre côté, d'affirmer que l'époux subit un dommage car, selon ses dires, les fonds retirés ont servi exclusivement le patrimoine propre de son conjoint.

- Comme l'indique très justement le Professeur J. GERLO, dans la note qui suit le jugement¹, le fait de déclarer la demande non fondée à l'égard du conjoint non titulaire ne serait en rien une sanction satisfaisante (si sanction il devait y avoir): la banque pourra toujours saisir le patrimoine commun et donc indirectement des biens appartenant au conjoint non titulaire.
- Comment peut-on justifier le lien de causalité? Peut-on vraiment affirmer que c'est parce que la banque n'a pas informé le conjoint non titulaire que le dommage a été subi?

Si l'information avait eu lieu, l'époux non titulaire aurait-il essayé d'empêcher (ou pu empêcher) son conjoint de descendre en dessous de zéro sur son compte? La question n'a pas été posée par le tribunal mais là, semble-t-il, il pourrait y avoir également matière à discussion.

SOUS-SECTION 3. LES DETTES DU MÉNAGE ET D'ÉDUCATION DES ENFANTS (ART. 222 C.CIV.)²

2.20. «Toute dette contractée par l'un des époux pour les besoins du ménage ou pour l'éducation des enfants peut obliger solidairement l'autre époux, si elle n'est pas excessive eu égard aux ressources du ménage» (art. 222 C.civ.).

§ 1. Les besoins du ménage et l'éducation des enfants

2.21. Les termes «besoins du ménage et éducation des enfants» comprennent tout ce qui concourt à la subsistance, au confort, au délassement, aux satisfactions intellectuelles ou morales des époux et des enfants dont ils ont la charge³.

Ainsi:

- les dettes de gaz, d'électricité, d'abonnement-T.V., de la résidence conjugale⁴;

¹ «Negatief saldo van een bankrekening en huwelijkvermogensrecht», note sous Civ. Ypres, 7 sept. 1990, *R.G.D.C.*, 1992, p. 246.

² Voir aussi E. de WILDE d'ESTMAEL, «Vingt ans d'application des articles 215, 218, 220, 222 et 224 du Code civil», *R.G.D.C.*, 1996, pp. 435 à 441; *Rép. not.*, «Les régimes matrimoniaux – Les dettes du ménage et d'éducation des enfants» (E. BEGUIN), t. V, liv. II, Bruxelles, Larcier, 1997, pp. 373 à 379; Y.-H. LELEU, «Examen de jurisprudence (1982-1996) – Les régimes matrimoniaux», *R.C.J.B.*, 1998, pp. 85 à 93.

³ E. VIEUJEAN, «Les dettes du ménage», *Quinze années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux*, Louvain-la-Neuve-Bruxelles, Academia-Bruylant, 1991, p. 202; il a été décidé que les

- les frais de fourniture de gazoil de chauffage¹;
- les primes du contrat d'assurance-incendie du logement familial²;
- l'achat d'un véhicule pour conduire les enfants³ ou pour le ménage⁴;
- les frais de réparation du véhicule du ménage⁵;
- les frais d'achat de meubles de jardin⁶ ou d'un tapis⁷;
- les frais d'achat d'une cuisine⁸;
- les soins de santé⁹;
- la dette due suite à un trop-perçu d'allocations familiales¹⁰.

cotisations sociales d'indépendant ne constituent pas une dette visée par l'article 222 (Bruxelles, 2 févr. 1999, *J.L.M.B.* 2001, p. 542).

⁴ J.P. Menin, 23 mai 1990, *J.J.P.*, 1992, p. 103; Civ. Courtrai, 29 sept. 1989, *R.W.*, 1989-1990, p. 826; Civ. Charleroi, 14 mars 1989, *R.G.D.C.*, 1990, p. 348 qui déclare l'action non fondée car il s'agissait de l'énergie consommée dans l'immeuble habité par l'époux et son concubin; J.P. Charleroi (2^e cant.), 12 déc. 1988, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1223 (som.); J.P. Willebroek, 22 déc. 1978, *J.J.P.*, 1981, p. 97.

¹ Bruxelles, 4 juin 1987, *J.T.*, 1987, p. 684; J.P. Sint-Kwintens-Lennik, 24 mai 1982, *Rev. trim. dr. fam.*, 1983, p. 293.

² J.P. Borgerhout, 21 févr. 1990, *J.J.P.*, 1992, p. 133.

³ Civ. Neufchâteau, 23 mai 1984, *Rev. not. belge*, 1984, p. 366.

⁴ Anvers, 21 déc. 1993, *R.W.*, 1994-1995, p. 674.

⁵ J.P. Menin, 14 mai 1986, *J.J.P.*, 1988, p. 49.

⁶ J.P. Menin, 7 déc. 1983, *R.W.*, 1984-1985, col. 2080.

⁷ Civ. Namur (sais.), 27 juin 1986, *R.R.D.*, 1986, p. 454.

⁸ Civ. Malines, 7 déc. 1982, *R.W.*, 1985-1986, col. 1170.

⁹ Mons, 21 mars 1989, *Rev. not. belge*, 1989, p. 533; Gand, 18 déc. 1992, *T.G.R.*, 1993, p. 95; J.P. Gand (7^e cant.), 13 avril 1987, *J.J.P.*, 1987, p. 228; J.P. Gand (6^e cant.), 14 juin 1994, *Echtscheiding*, 1995, p. 15; Civ. Bruxelles, 26 mars 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1181; Civ. Anvers (sais.), 22 janv. 1991, *R.W.*, 1990-1991, p. 1413; J.P. Soignies, 5 janv. 1988, *J.J.P.*, 1989, p. 239; Civ. Bruxelles, 30 nov. 1987, *J.T.*, 1988, p. 123.

Ces trois dernières décisions refusent l'application de l'article 222, en tenant compte des circonstances de fait. Dans le cas jugé par le tribunal civil de Bruxelles, l'épouse non soignée avait été délaissée par son ex-époux dans des circonstances dramatiques: liquidation «sauvage» de l'entreprise du conjoint et de tous ses biens; elle avait été abandonnée en même temps que ses enfants; disparition du défendeur laissant sa famille, jusqu'alors aisée, «sur la paille». «*On peut difficilement soutenir que des soins de santé prodigués au défendeur totalement irresponsable à l'égard de sa famille l'aient été 'pour les besoins du ménage' qu'il avait lui-même sabordé.*»

Le juge des saisies d'Anvers et le juge de paix de Soignies avaient jugé de la même manière, respectivement dans le cas d'un époux qui avait quitté le domicile conjugal et avait été condamné pénalement pour des faits produits contre la famille de l'épouse (coups et blessures,...) et dans le cas d'un époux séparé de fait qui avait dû être soigné suite à des coups et blessures provoqués par un tiers en légitime défense après avoir été agressé par ce conjoint. On notera enfin que la décision du juge de paix de Soignies a été infirmée en appel par le tribunal civil de Mons, par un jugement du 8 mars 1989, *J.J.P.*, 1989, p. 211, en déclarant les deux époux tenus de la dette sur base de l'art. 1414, alinéa 1, du Code civil.

Un arrêt de la Cour de cassation du 14 mai 2004, encore inédit (n° de rôle C 030172 F) casse un jugement du juge de paix de Woluwé-Saint-Pierre, qui avait décidé le 25 avril 1996 que l'article 222 du Code civil ne pouvait s'appliquer dans la mesure où il s'agissait de soins occasionnés par l'alcoolisme de l'épouse, alors que le couple vivait séparé depuis 7 ans. La Cour de cassation estime que le fait de l'alcoolisme ne peut enlever le caractère de «dette contractée pour les besoins du ménage».

¹⁰ C. trav. Liège, 28 nov. 1993, *J.T.T.*, 1994, p. 178; on notera que dans ce cas, il s'agissait d'un trop-perçu d'allocations au profit de petits-enfants et non d'enfants.

Les dettes contractées pour les besoins du ménage comprennent aussi les frais de logement et plus particulièrement ceux du logement de la famille¹.

Nous avons vu *supra*, lors de l'analyse de l'article 215, § 2, que les tribunaux ne sont guère unanimes sur la règle à appliquer en cas de non-paiement du loyer de la résidence conjugale ou d'autres charges nées de la location. Certains se basent uniquement sur l'article 215, § 2, du Code civil, sans faire référence à l'article 222². D'autres appliquent les deux articles simultanément³ et enfin d'autres font référence au seul l'article 222, thèse qui nous paraît la plus correcte compte tenu de l'interprétation à donner à l'article 215, § 2⁴ (voir *supra*).

§ 2. *Moment à prendre en compte pour l'application des conditions de l'article 222*

2.22. C'est à la conclusion de l'acte qu'il faut se placer pour vérifier si les conditions d'application de l'article 222 du Code civil sont remplies.

Dès lors, si les époux étaient mariés au moment de la naissance de la dette mais que cette dernière a été réclamée après la dissolution du mariage (le décès, le divorce,...), l'article 222 peut s'appliquer.

Il en est ainsi même si l'époux survivant a renoncé à la succession de son conjoint⁵. De même, l'article 222 du Code civil s'applique pour le paiement des primes d'un contrat d'assurance-incendie conclu pendant la vie commune même si les primes non payées sont échues après la séparation⁶.

Cette position est justifiée: si la dette naît solidaire, elle doit le rester quoi qu'il advienne ensuite, «*car si la solidarité pouvait disparaître avant l'extinction de l'obligation, les créanciers ne pourraient plus se fier à l'article 222, et par conséquent, celui-ci manquerait son but*»⁷.

Dès lors, si la dette solidaire est née durant la vie commune, il ne peut être admis, comme le font certaines décisions, qu'elle ne le soit plus, simplement parce que le

¹ Même si la bail est conclu à titre commercial, alors que les deux époux y ont établi leur résidence principale; J.P. Sint-Kwintens-Lennik, 9 oct. 1989, *J.J.P.*, 1990, p. 124.

² Ainsi J.P. Jette, 13 mars 1985, *Res jur. imm.*, 1985, p. 187.

³ J.P. Bruxelles (3^e cant.), 19 nov. 1985, *J.J.P.*, 1987, p. 56; J.P. Gand, 10 avril 1986, *R.W.*, 1987-1988, col. 360; Gand, 9 mai 1989, *T. Not.*, 1991, p. 186.

⁴ Civ. Namur, 23 déc. 1985, *R.R.D.*, 1986, p. 147.

⁵ J.P. Gand, 13 avril 1987, *J.J.P.*, 1987, p. 228; J.P. Menin, 14 mai 1986, *J.J.P.*, 1988, p. 49; J.P. Soignies, 5 janv. 1988, *J.J.P.*, 1989, p. 209.

⁶ J.P. Borgerhout, 21 févr. 1990, *J.J.P.*, 1992, p. 133.

⁷ E. VIEUJEAN, «Les dettes du ménage», *o.c.*, p. 213, dans le même sens, Anvers, 21 déc. 1993, *R.W.*, 1994-1995, p. 674; J.P. Anvers (7^e cant.), 27 juill. 1984, *Rev. trim. dr. fam.*, 1986, p. 303; Civ. Namur, 28 janv. 1991, *J.T.*, 1991, p. 316; Civ. Namur, 23 déc. 1985, *R.R.D.*, 1986, p. 147: «*sauf convention contraire, (le bailleur) doit pouvoir continuer à se prévaloir de l'article 222 du Code civil qui lui garantissait au moment de la signature du bail la solidarité des preneurs*»; Trib. arr. Liège, 9 juin 1988, *Ann. Dr. Lg.*, 1989, p. 219; voir aussi E. de WILDE d'ESTMAEL, *L'intermédiaire financier et le droit familial et patrimonial*, Bruxelles, Créadif, 1991, p. 81.

créancier a été avisé de la séparation des parties¹ ou parce qu'il serait décidé par un tribunal que le logement principal de la famille n'est plus protégé par l'article 215, § 2².

Tout autre est la situation dans laquelle le contrat de bail a été signé par un futur époux avant le mariage. Dans ce cas, l'article 222 n'a pas, suivant ainsi l'opinion du Professeur VIEUJEAN, à s'appliquer. En effet, l'article 222 du Code civil n'a d'autre fin que de renforcer le crédit d'un époux qui traite pour les besoins du ménage et il faut que la personne avec qui les pourparlers sont entamés sache que son interlocuteur est marié et qu'il peut dès lors tabler sur la solvabilité de l'un et l'autre époux³.

Un mariage ultérieur ne peut modifier la nature d'une dette.

Cette opinion ne semble cependant pas avoir été discutée en jurisprudence, les juges se contentant de décider par principe que les dettes de logement sont solidairement dues par les deux époux, sans tenir compte de la date du contrat de bail⁴.

§ 3. Application de l'article 222 du Code civil en cas d'actes conclus ou passés pendant la séparation de fait

2.23. Il ne peut être contesté que l'article 222 du Code civil ne s'applique plus aux actes conclus ou passés après le divorce des époux: ainsi, l'article 222 ne s'applique plus pour des frais de soins médicaux donnés à un enfant de parents divorcés au moment où les soins ont été donnés⁵.

Mais qu'en est-il des actes conclus ou passés pendant une séparation de fait?

Certaines décisions font application de l'article 222 du Code civil, sans se préoccuper de la séparation de fait⁶.

Au contraire, dans un jugement du 7 décembre 1983, le juge de paix de Menin⁷ précise qu'en cas de séparation de fait, les époux peuvent être tenus solidairement en vertu de l'article 222, mais seulement si le créancier n'avait pas connaissance de leur séparation⁸.

¹ Voir J.P. Menin, 23 mai 1990, *J.J.P.*, 1992, p. 103; Civ. Ypres, 7 sept. 1990, *R.G.D.C.*, 1992, p. 242.

² Voir J.P. Gand, 10 avril 1986, *R.W.*, 1987-1988, p. 860; J.P. St-Nicolas, 29 mai 1989, *J.J.P.*, 1989, p. 318; J.P. Bruxelles (3^e cant.), 19 nov. 1985, *J.J.P.*, 1987, p. 56.

³ E. VIEUJEAN, «Les dettes du ménage», *o.c.*, p. 213.

⁴ Voir des cas où le contrat avait été signé avant le mariage: Civ. Bruxelles, 20 oct. 1986, *Rec. gén. enr. not.*, 1986, p. 292; Civ. Liège, 5 sept. 1986, *J.L.*, 1986, p. 564; Gand, 3 mai 1989, *T. Not.*, 1991, p. 186.

⁵ J.P. Menin, 25 janv., 1986, *J.J.P.*, 1988, p. 49.

⁶ Civ. Neufchâteau, 23 mai 1984, *Rev. not. belge*, 1988, p. 366; Civ. Bruxelles, 26 mars 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1181.

⁷ *R.W.*, 1984-1985, col. 2080.

⁸ Dans le même sens: Civ. Tournai, 26 oct. 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 626 qui refuse l'application de l'article 222 du fait que le créancier n'ignorait pas, au moment de la conclusion de la convention litigieuse, la séparation de fait des époux; Bruxelles, 24 janv. 1995, *J.T.*, 1995, p. 384; J.P. Gand (6^e cant.), 14 juin 1994, *Echtscheiding*, 1995, p. 15.

Le tribunal civil de Namur allait dans le même sens¹: «*que la solidarité ainsi créée s'applique ... tant aux obligations nées du bail pendant la période de cohabitation effective qu'à celles qui ont vu le jour postérieurement à la séparation de fait des parties et tant que subsiste le lien patrimonial; que le bailleur et plus généralement le créancier peuvent se prévaloir de cette solidarité passive pour autant qu'ils soient de bonne foi*».

D'autres décisions enfin ont refusé l'application de l'article 222 du Code civil dès qu'il y a séparation entre les époux, sans se préoccuper de la connaissance par les créanciers de la séparation de fait (il semblerait même qu'ils l'ignoraient), mais en justifiant leur position en précisant que l'article 222 ne peut s'appliquer que s'il y a «ménage»².

Il fallait alors que la Cour de cassation «fasse le ménage» dans cette pléthore de décisions. Ce fut le cas par un arrêt du 15 octobre 1999³.

Le cas était simple: un époux vient se faire soigner dans une clinique mais ne paie pas la facture reçue (soit parce qu'il est décédé entre-temps, soit parce qu'il décide de ne pas payer la facture); la clinique se retourne alors autant contre le patient que contre son conjoint, en se basant entre autres sur l'article 222 du Code civil. Le tribunal de première instance de Namur, dont la décision fit l'objet du pourvoi, prit comme postulat que l'article 222 du Code civil ne s'appliquait pas lorsqu'il n'y avait plus «ménage» et ce, même si la dette concernait «les besoins du ménage», comme c'est le cas d'une dette de soins de santé.

La demanderesse en cassation estimait au contraire que l'article 222 devait s'appliquer jusqu'à la dissolution du régime matrimonial, puisque cet article se trouvait inscrit dans les règles du régime primaire.

La Cour de cassation prend une troisième voie: la solidarité de l'article 222 suppose l'existence d'un ménage et ne peut être invoquée en cas de séparation des époux. Elle ajoute que cette situation ne peut être opposée au tiers de bonne foi qui a contracté dans l'ignorance de la séparation.

Sur cette nuance importante apportée par la Cour concernant les tiers, nous ne pouvons qu'être dubitatif.

¹ 21 janv. 1991, *J.T.*, 1991, p. 316.

² Civ. Charleroi, 14 mars 1989, *R.G.D.C.*, 1990, p. 348; Civ. Anvers, 22 janv. 1991, *R.W.*, 1990-1991, p. 1413; J.P. Soignies, 5 janv. 1988, *J.J.P.*, 1989, p. 209; Gand, 18 déc. 1992, *T.G.R.*, 1993, p. 95; voir aussi l'opinion de G. BAETEMAN, «Het primair huwelijksstelsel», in *Het nieuwe Belgische huwelijksvermogensrecht*, Gand, 1978, p. 122, n° 127 qui précise, à tort selon nous, que seul l'époux non coupable peut se prévaloir de l'article 222 en cas de séparation.

Il est curieux de constater que les tribunaux n'hésitent pas, dans le cadre de dettes contractées par un époux marié en communauté, d'exclure également ces dernières des dettes communes, faisant fi de la présomption (existant peu importe la vie commune ou non des époux) indiquée au dernier alinéa de l'article 1408 du Code civil: voir ainsi entre autres, Bruxelles, 24 janv. 1995, *J.T.*, 1995, p. 384; Gand, 18 déc. 1992, *T.G.R.*, 1993, p. 95; voir à ce propos, Cass., 20 mars 1997, *Div. Act.*, 1997, p. 120 et note E. de WILDE d'ESTMAEL, «Les dettes de soins de santé engagées par un époux marié sous le régime légal».

³ *Div. Act.*, 2000, p. 18 et note E. de WILDE d'ESTMAEL; *J.L.M.B.*, 1999, p. 1724; *R.C.J.B.*, 2001, p. 73, note Y.-H. LELEU; *R.W.*, 2000-2001, p. 836, note F. APS; *Rev. not. belge*, 2000, p. 167; *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 357.

En effet, tout d'abord, la Cour de cassation précise que la non-application de l'article 222 ne peut être opposée au «tiers de bonne foi qui a contracté dans l'ignorance de la séparation».

Il a déjà été relevé les termes malheureux «de bonne foi»: y a-t-il une mauvaise foi à contracter avec un époux séparé de fait¹?

Nous pensons que la seule explication aux termes «tiers de bonne foi» était «le créancier qui ne connaît pas la séparation des époux»². Mais pourtant, la Cour ajoute à «tiers de bonne foi» les termes «qui a contracté dans l'ignorance de la séparation».

La Cour a-t-elle voulu expliciter ce qu'elle entendait par «tiers de bonne foi»? Mais alors, pourquoi n'avoir pas supprimé ces termes ambigus pour ne laisser que la seconde partie fort claire?

Ou bien, y aurait-il des tiers de mauvaise foi qui contracteraient dans l'ignorance de la séparation? La Cour a-t-elle voulu entendre que pourraient ne pas tirer profit de l'article 222 les tiers qui ignorent la séparation mais sont de mauvaise foi parce qu'ils auraient dû la connaître, compte tenu des circonstances de la cause?

Hormis cette difficulté de termes, peu convaincante est la position elle-même de la Cour. D'un côté, elle précise que la solidarité de l'article 222 du Code civil ne s'applique pas s'il n'y a plus de ménage. D'un autre côté, elle laisse appliquer la solidarité si le tiers contractant a agi de bonne foi.

Il y aurait donc une présomption réfragable de ménage pour toute personne mariée, qui contracterait avec un tiers et ce dernier pourrait en profiter.

Une telle position ne tient à notre sens pas:

- Le but de l'article 222 du Code civil n'est nullement de protéger les tiers et de leur donner une assiette saisissable plus grande; il est de renforcer le crédit d'un époux agissant pour les besoins du ménage. La Cour le rappelle elle-même dans son premier principe: l'article 222 permet à chaque époux de s'endetter seul pour les besoins du ménage.

Or, par la nouvelle position de la Cour, c'est le tiers que l'on protège tout à fait efficacement et le but de renforcer le crédit des époux pour les besoins du ménage disparaît: si le tiers ignore la séparation, il peut faire jouer la solidarité à son profit, alors que la dette contractée n'est plus faite pour les besoins du ménage.

Et la Cour protège particulièrement bien le tiers puisque ce dernier pourra ignorer la situation de mariage au moment où il contracte et il est évident qu'il n'aura pas intérêt à demander si les époux sont mariés ou séparés; le conjoint contractant a tout intérêt à se taire aussi. La preuve de la connaissance de la séparation par le tiers revenant au conjoint non contractant, ce dernier se trou-

¹ E. VIEUJEAN, «Les dettes du ménage», in *Quinze années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux*, Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia/Bruylant, 1991, p. 217; voy. sur l'utilisation de cette terminologie: M. VERWILGHEN et E. BEGUIN, «Chronique de jurisprudence – Les régimes matrimoniaux (1977-1984)», *J.T.*, 1986, pp. 377 à 394, n° 25.

² J.P. Charleroi (2^e cant.), 12 déc. 1988, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1223.

vera quasi dans l'impossibilité de la rapporter.

La position de la Cour dénature donc le but de l'article même et donne aux tiers une protection qu'ils n'ont pas à avoir.

- La position de la Cour aboutit à renforcer le crédit de personnes pour des dettes qui ne sont plus faites pour les besoins du ménage. L'article 222 renforcerait le crédit d'époux séparés, en améliorant ou en facilitant cette situation de séparation: en effet, le conjoint séparé pourrait prendre en location un bien, acheter des meubles, ... en faisant jouer la solidarité.
- L'application de la position de la Cour aboutira à créer une présomption de besoins du ménage pour des actes qui y sont tout à fait étrangers.

En effet, on peut distinguer deux sortes de dettes: celles qui sont par leur nature des dettes pour les besoins du ménage (frais de soins de santé d'un époux, frais de loisir, achat de vêtements, d'habillement, ...) et qui changent de qualification (pour les besoins ou non du ménage) en fonction de la séparation ou non du couple; il y a celles qui sont des dettes pour les besoins du ménage par leur destination: elles ne sont dettes du ménage que parce qu'elles servent au ménage (ainsi, la location d'un appartement servant au couple, l'achat de meubles pour le couple, électricité, eau, ... mais pas la location d'un appartement servant à y mettre le parent d'un conjoint, pas l'achat de meubles qui serviront à meubler un immeuble propre d'un époux marié en séparation de biens destiné à la location).

Pour ces dernières, qui sont de loin les plus nombreuses, la position de la Cour va-t-elle faire présumer que même contractées après une séparation de fait, elles sont faites pour les besoins du ménage, alors qu'il n'y a plus ménage?

Si pour les premières dettes, en suivant la position de la Cour, un juge peut facilement suivre un raisonnement cohérent (une dette de soins de santé entre par nature dans la catégorie des dettes de ménage; le créancier ignore la séparation; donc l'article 222 s'applique à son profit), comment fera-t-il pour la seconde catégorie de dettes?

Peut-on imaginer le raisonnement suivant: une épouse quitte son mari et prend seule en location un nouveau logement; ce n'est pas une dette du ménage puisque ce logement ne sert pas au ménage; mais le créancier bailleur ignore la séparation et donc cette dette qui n'est manifestement pas faite pour les besoins du ménage le devient pour faire appliquer l'article 222.

En suivant un tel raisonnement, il n'y aurait alors plus qu'une seule catégorie de dettes (celles qui sont par nature des dettes du ménage) et dès lors, il n'y aurait plus lieu de vérifier si la destination est le ménage.

Si nous prenons un raisonnement plus restrictif, c'est-à-dire en ne mettant que les dettes qui sont par nature des dettes du ménage dans le cadre de cette présomption à l'égard du tiers de bonne foi, la position de la Cour serait particulièrement réduite en pratique (ainsi, ne seraient pas visées les dettes de logement, de fournitures d'électricité, d'achats de biens meubles, ...).

Mais à ce moment, il faudrait alors définir avec exactitude ce qui est une dette du ménage par nature et celle qui l'est par destination, ce qui n'est guère plus facile.

- Si l'on peut comprendre une protection du tiers qui a une obligation à l'égard des époux (voir ainsi l'art. 215 C. civ. pour les bailleurs), elle n'est guère justifiée si c'est pour lui donner une protection accrue à l'encontre d'un époux. A notre estime, l'article 222, lorsqu'il se limite aux besoins du ménage (et non à l'éducation des enfants, qui doit continuer à s'appliquer à tous les actes conclus jusqu'à la dissolution du mariage; la séparation de fait des époux n'y change rien), ne doit plus s'appliquer aux actes conclus après une séparation durable des époux. Bien entendu, les tiers contractants pourraient mettre la responsabilité de l'époux non contractant en cause, du moins s'il y a eu manœuvre d'un ou des époux pour les tromper lors de la conclusion de l'acte. C'est dans ce sens qu'a statué le tribunal de première instance de Bruxelles, dans un jugement du 16 décembre 1999¹. Ce jugement prend donc le contre-pied de la Cour de cassation.

Enfin, étant donné la présomption de cohabitation des époux, ce serait à l'époux non contractant qui voudrait opposer au créancier la non-applicabilité de l'article 222 à démontrer la séparation de fait; il ne lui suffirait pas de l'invoquer, mais bien de la prouver par toutes voies de droit².

Une telle façon de voir serait plus compatible avec la *ratio legis* de l'article 222.

SOUS-SECTION 4. ANNULATION DES ACTES MENTIONNÉS À L'ARTICLE 224 DU CODE CIVIL³

2.24. L'article 224 du Code civil prévoit la possibilité pour un époux de demander la nullité de certains actes accomplis par son conjoint.

Il s'agit entre autres:

¹ *Div. Act.*, 2000, p. 22 et note E. de WILDE d'ESTMAEL.

² J.-M. PAUWELS, «Het huwelijk scheidt een vermoeden van samenwoning», note sous J.P. Menin, 7 décembre 1983, *R.W.*, 1984-1985, col. 2082.

³ Voir aussi E. de WILDE d'ESTMAEL, «Vingt ans d'application des articles 215, 218, 220, 222 et 224 du Code civil», *R.G.D.C.*, 1996, pp. 441 à 449; *Rép. not.*, «Les régimes matrimoniaux – L'annulabilité de certains actes posés au mépris des règles de régime primaire ou qui mettent en péril les intérêts de la famille» (F. HERINCKX), t. V, liv. II, Bruxelles, Larcier, 1997, pp. 419 à 443; Y.-H. LELEU, «Examen de jurisprudence (1982-1996). Les régimes matrimoniaux», *R.C.J.B.*, 1998, pp. 96 à 104. Pour une comparaison entre l'annulation des sûretés personnelles sur la base de l'article 224 du Code civil et la libération des sûretés personnelles consenties «à titre gratuit» telle que prévue par l'article 80 nouveau de la loi sur les faillites, modifiée dernièrement par la loi du 20 juillet 2005: J.E. BEERNAERT, «De nietigverklaring van de persoonlijke zekerheden en de bevrijding van personen die zich kosteloos en ten persoonlijke titel zeker hebben gesteld: raakvlakken en breuklijnen», in *Banque et Famille*, Cahiers AEDBF/EVBFR-Belgium, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 76 à 102.

V.III.2.2. – LE RÉGIME PRIMAIRE ET LA SÉPARATION DE FAIT

- des actes accomplis par l'un des époux, en violation des dispositions de l'article 215 (art. 224, § 1, al. 1, C.civ.): il y a lieu de se référer, pour les actes visés, à l'analyse faite ci-dessus de l'article 215 du Code civil.
- des donations faites par l'un des époux et qui mettent en péril les intérêts de la famille (art. 224, § 1, al. 3, C.civ.); il s'agit des donations de biens propres d'un époux et non de biens communs: dans ce dernier cas, seuls les articles 1419 et suivants peuvent s'appliquer¹.
- des sûretés personnelles données par l'un des époux et qui mettent en péril les intérêts de la famille (art. 224, § 1, al. 4, C.civ.).

Cette dernière disposition est celle qui a suscité le plus de décisions jurisprudentielles ces dernières années.

Certains points jusque-là obscurs ou controversés ont pu être solutionnés grâce à trois arrêts de la Cour de cassation².

Un arrêt de la Cour de cassation du 25 avril 1985³ précise entre autres que «*le péril doit s'apprécier au moment de la conclusion de l'acte et d'après le montant de la sûreté accordée pour le conjoint, comparé à la situation de fortune de la famille*»⁴.

Le juge devra donc apprécier les éléments de fait au moment où le cautionnement est donné et non au moment où le créancier fait appel aux cautions solidaires ou lors de l'action en annulation⁵.

Dès lors, le fait que la caution bénéficie de larges termes et délais pour s'acquitter de sa dette est sans incidence sur l'appréciation de la mise en péril des intérêts de la famille⁶.

L'article 224 s'applique même s'il y a séparation de fait des époux⁷. Cependant, pour l'application de l'alinéa 4, le fait qu'il y avait séparation de fait des époux au moment de la conclusion de l'acte pourra être pour le tribunal un élément d'appréciation du péril des intérêts de la famille.

¹ Civ. Anvers, 30 oct. 1985, *R.W.*, 1986-1987, col. 266; *R.P.D.B.*, v° *Régimes matrimoniaux (droit interne)*, compl., t. VI, Bruxelles, Bruylant, 1983, n° 1135.

² Cass., 25 avril 1985, *J.T.*, 1985, p. 388; *Pas.*, 1985, I, p. 1052; *Rev. not. belge*, 1986, p. 245; *Rev. trim. dr. fam.*, 1986, p. 175; *Rec. gén. enr. not.*, 1985, n° 23.296; Cass., 27 nov. 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 381; *T. Not.*, 1988, p. 26; *R.W.*, 1988-1989, p. 297; *Rec. gén. enr. not.*, 1990, p. 137; Cass., 25 mai 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 938 et notes S. NUDELHOLE et M. LIENARD-LIGNY; *R.W.*, 1992-1993, p. 332 et note; *T. Not.*, 1992, p. 432 et note F. BOUCKAERT.

³ *J.T.*, 1985, p. 388; *Pas.*, 1985, I, p. 1052; *Rev. not. belge*, 1986, p. 245; *Rev. trim. dr. fam.*, 1986, p. 175; *Rec. gén. enr. not.*, 1985, n° 23.296.

⁴ Voir aussi Anvers, 19 sept. 1990, *Pas.*, 1991, II, p. 35; Liège, 30 janv. 2003, *J.T.*, 2003, p. 414.

⁵ Civ. Bruxelles, 11 févr. 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1703: le juge ne peut tenir compte de l'évolution de la fortune du couple ou du remboursement partiel de la dette.

⁶ Voir cependant Liège, 22 févr. 1984, *J.L.*, 1984, p. 489.

⁷ Même un ex-époux divorcé peut encore pas postuler l'annulation de la sûreté personnelle qu'a été consentie par l'autre ex-époux du temps du mariage (Cass., 24 avril 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 493; *Rev. not. b.*, 1998, p. 310, note J. SACE).

SOUS-SECTION 5. AUTORISATION JUDICIAIRE D'AGIR SEUL ET SUBSTITUTION
JUDICIAIRE DE POUVOIRS

§ 1. Introduction

2.25. Si la séparation de fait concrétise généralement la volonté des époux ou de l'un d'eux de rompre la vie commune, il se peut également qu'elle résulte de l'absence, de l'éloignement ou de l'état de démence d'un époux.

Le Code civil offre plusieurs remèdes pour faire face à l'impossibilité matérielle de collaboration d'un époux à la gestion des biens du couple.

L'article 220 du Code civil prévoit trois mécanismes, ayant pour finalité commune d'étendre les pouvoirs du conjoint présent et valide, sous le contrôle du juge.

§ 2. *L'autorisation judiciaire à passer seul des actes juridiques relatifs au logement familial (art. 220, § 1^{er}, C.civ.)*

1. Domaine

2.26. L'autorisation judiciaire d'agir seul concerne le logement familial appartenant en propre à l'époux présent et valide. Cet époux envisage de disposer des droits réels qu'il détient sur le logement de la famille, mais son conjoint, absent ou incapable de s'exprimer, n'est pas en mesure de donner l'accord prescrit par l'article 215, § 1^{er}, du Code civil. L'autorisation du juge sollicitée par le conjoint valide pallie l'absence de collaboration.

Si le logement familial appartient aux deux époux, un régime de gestion conjointe s'applique.

Les règles de gestion du régime matrimonial secondaire, ou le droit de l'indivision lorsque les époux sont séparés de biens, obligent les deux conjoints à consentir aux actes de disposition (art. 1418 et 577-2, § 6, C.civ.).

Dans ces hypothèses, l'incapacité d'agir d'un époux peut être suppléée par une autorisation judiciaire de passer seul l'acte. Le conjoint présent et valide recourt soit à l'article 1420 du Code civil si le logement familial est commun, soit à l'article 220, § 2, du même Code s'il est indivis¹.

Dans les cas où le logement familial est un bien propre de l'époux absent ou inapte, le premier paragraphe de l'article 220 ne peut être appliqué. Cette hypothèse est régie par le deuxième paragraphe du même article, en vertu duquel l'époux valide, substitué par le juge dans les pouvoirs exclusifs de l'époux inapte, aliène le logement familial en représentation de son conjoint (*infra*, n° 5.10).

¹ Voir Civ. Hasselt, 6 sept. et 8 nov. 1977, *Rev. trim. dr. fam.*, 1978, p. 285, avis M.P., note H. CASMAN (motifs). En l'espèce, le tribunal autorise la vente du logement familial commun sur le fondement de l'article 220, § 2, du Code civil. Le tribunal admet qu'il aurait dû appliquer l'article 1420 du même Code. Il justifie son repli sur l'article 220, § 2, pour des raisons de droit transitoire.

Les meubles garnissant le logement familial, s'ils sont communs, échappent à la gestion conjointe (art. 1416 *jo.* 1415, al. 1, C.civ.), mais non à l'exigence du concours des deux époux (art. 215, § 1^{er}, al. 2, C.civ.). Par conséquent, l'article 220, § 1^{er}, du Code civil s'applique aux meubles communs, et permet à l'époux valide d'en disposer seul¹.

2. Conditions

a. L'absence ou l'interdiction

2.27. L'époux déclaré absent ou frappé d'interdiction est dans l'impossibilité matérielle de consentir à un acte de disposition relatif au logement de la famille. Cependant, dans ces deux hypothèses, il est pourvu d'un représentant légal, chargé d'administrer son patrimoine. Le conjoint de l'absent remplit cette fonction s'il opte pour la continuation du régime de communauté (art. 124 C.civ.), tandis que l'époux de l'interdit est désigné, de droit, en qualité de tuteur (art. 506 C.civ.).

En mentionnant l'absence et l'interdiction parmi les conditions d'application de l'article 220, § 1^{er}, du Code civil, le législateur refuse au représentant de l'inapte le droit de donner l'accord aux actes de disposition relatifs au logement familial. La raison de cette restriction est que l'article 215, § 1^{er}, du Code civil organise une relation personnelle entre l'époux-proprétaire et son conjoint², dans laquelle seul le juge peut s'immiscer quand l'époux non-proprétaire n'est plus en état de s'exprimer.

b. L'impossibilité de manifester sa volonté

2.28. L'inaptitude d'une personne mariée à exprimer sa volonté déclenche l'application de l'article 220, § 1^{er}, du Code civil. Sa cause, affection mentale, accident ou disparition, importe peu.

La doctrine s'accorde pour comprendre la notion d'absence dans son sens matériel de «non-présence»³. Par conséquent, la disparition d'un époux et la séparation de

¹ Y.-H. LELEU, «L'interdiction ou l'impossibilité pour un époux de manifester sa volonté», *Rép. not.*, t. V, liv. II, *Les régimes matrimoniaux*, L. RAUCENT et Y.-H. LELEU (éd.), n° 175. Plus nuancée: A. DE WOLF, «Art. 220 B.W.», *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, J. GERLO, A. HEYVAERT, P. SENAEEVE (éds.), Anvers, Kluwer, feuillets mobiles, n° 8, p. 5.

² E. VIEUJEAN, «Examen de jurisprudence (1976-1982). Les personnes», *R.C.J.B.*, 1985, p. 547, n° 56. Voir aussi: *R.P.D.B.*, v° *Régimes matrimoniaux (droit interne)*, compl., t. VI, n° 396; H. CASMAN, «L'impossibilité pour un époux de manifester sa volonté et les articles 220 et 1420 du Code civil», *Rev. trim. dr. fam.*, 1978, pp. 285 et s., spéc. p. 289; B. VAN DER MEERSCH, «De rechterlijke machtiging en de gerechtelijke indeplaatsstelling (art. 220, § 1 en 2, B.W.)», *R.W.*, 1991-1992, pp. 1077 et s., spéc. p. 1078, n° 4.

³ Rapport HAMBYE, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr., 1974, n° 683/2, p. 15.

fait qui en résulte permettent la mise en place immédiate de la protection accordée par le régime matrimonial, sans préjuger des résultats d'une procédure de déclaration d'absence ou de décès.

Certaine jurisprudence exige que l'incapacité d'agir présente un caractère durable¹, ajoutant toutefois au texte légal une condition dont l'appréciation est malaisée en pratique².

3. Procédure

a. Requête unilatérale auprès du tribunal de première instance

2.29. Le tribunal de première instance de la dernière résidence conjugale délivre l'autorisation d'agir seul (art. 628, 2^o, C.jud.).

Selon certains auteurs, l'urgence pourrait fonder la compétence en référé du président de ce tribunal³. A notre sens, il ne se justifie pas de lui attribuer une telle compétence dans une matière où la situation patrimoniale des parties subit une modification irréversible⁴. Au mutisme de l'article 220, § 1^{er}, du Code civil sur cette question, s'ajoute le fait que le législateur semble avoir tenu compte du climat d'urgence dans lequel les situations de crise baignent généralement en prévoyant une procédure de déblocage souple et rapide⁵.

L'ancien article 1253*bis* du Code judiciaire autorisait l'époux valide à formuler sa demande fondée sur l'article 220 du Code civil par voie de requête unilatérale. L'abrogation de cette disposition par la loi du 3 août 1992 modifiant le Code judiciaire ne signifie pas l'abandon de ce mode d'introduction⁶.

La requête peut être signée par le demandeur ou son avocat (art. 1253*ter*, al. 2, C.jud.). Pour le surplus, le droit commun de la procédure sur requête unilatérale s'applique (art. 1025-1034 C.jud.).

b. Pouvoir d'appréciation du juge

2.30. Le caractère facultatif de l'autorisation d'agir seul ressort de la formulation du texte légal. Le juge veille au maintien du cadre de vie de la famille, dans l'in-

¹ Civ. Hasselt, 6 sept. et 8 nov. 1977, *Rev. trim. dr. fam.*, 1978, p. 285, avis M.P., note H. CASMAN. En ce sens: H. CASMAN, *Régimes matrimoniaux*, Anvers, Kluwer, feuillets mobiles, I.9.-2.

² L. SWENNEN, «Kroniek huwelijksvermogensrecht (1977-1979)», *R.W.*, 1979-1980, col. 2412 et s., spéc. col. 2426, n^o 44.

³ J. HAMBYE, «La réforme de 1976», *Rép. not.*, t. V, liv. II (éd. 1980), p. 64, n^o 38; L. RAUCENT, *Les régimes matrimoniaux*, 3^e éd., Louvain-la-Neuve, Cabay, 1986, p. 161, n^o 198.

⁴ H. CASMAN, *o.c.*, *Rev. trim. dr. fam.*, 1978, p. 289; B. VAN DER MEERSCH, *o.c.*, *R.W.*, 1991-1992, p. 1078, n^o 5; rappr.: P. SENAEVE, *Handboek van familieprocesrecht*, Louvain, Acco, 1986, p. 45, n^o 32.

⁵ Voir Ph. DE PAGE, *Les régimes matrimoniaux*, Cours U.L.B., Bruxelles, P.U.B., 1995-1996, p. 31.

⁶ En ce sens, voir J. LAENENS et K. BROECKX, «Het gerechtelijk recht in een stroomversnelling», *R.W.*, 1992-1993, pp. 897 et s., spéc. p. 914, n^o 103.

têrêt bien compris de ses membres. Il s'appuie, à cet effet, sur les critères dégagés par la jurisprudence sanctionnant le refus abusif ou injustifié de concourir aux actes relatifs au logement familial¹.

Le juge fonde sa décision sur une appréciation de l'état du conjoint inapte mais présent, et de l'opportunité de la mesure. En théorie, aucune règle n'oblige le requérant à produire un certificat médical décrivant l'état de santé de son époux². Toutefois, dans la pratique, si l'incapacité provient d'une pathologie, il est illusoire d'escompter une décision favorable du juge sans certificat médical récent.

4. Effets. Absence d'engagement personnel de l'époux inapte

2.31. Pourvu d'une autorisation d'agir seul, l'époux titulaire de droits réels sur le logement familial peut en disposer à titre personnel. Il peut vendre, louer ou grever le logement familial d'une hypothèque.

Il peut aussi le donner, à condition de ne pas mettre en péril les intérêts de la famille (art. 224, § 1^{er}, 3, C.civ.).

Si l'autorisation judiciaire n'entraîne pour l'époux dont elle remplace le concours aucune obligation personnelle, l'acte de disposition lui est opposable. Il devra donc en respecter les effets, sans pouvoir en postuler l'annulation sur base de l'article 224, § 1^{er}, 1, du Code civil³.

§ 3. *La substitution judiciaire dans les pouvoirs de l'époux absent ou incapable de manifester sa volonté (art. 220, § 2, C.civ.)*

1. Domaine

a. Un domaine étendu: «tout ou partie des pouvoirs du conjoint»

2.32. L'article 220, § 2, du Code civil habilite le conjoint valide à exercer «tout ou partie des pouvoirs» du conjoint inapte.

Cette formulation confère à la mesure un domaine très large. Par sa généralité, elle embrasse les actes de disposition et ceux d'administration, portant sur des biens propres ou sur des biens communs⁴.

A notre sens, de sérieux arguments militent en faveur d'une délimitation plus étroite de ce domaine. Tant le principe d'égalité des époux que leur droit à la libre

¹ Voir M. VERWILGHEN, «La protection du logement familial», *Rép. not.*, t. V, liv. II, *Les régimes matrimoniaux, précité*, 1997, p. 256, n° 86. Pour une analyse de la jurisprudence récente: Y.-H. LELIEU, «Examen de jurisprudence (1982-1996). Les régimes matrimoniaux», *R.C.J.B.*, 1998, pp. 64-65, n° 8.

² Comparer en matière d'administration provisoire: art. 488bis, b, § 3, C.civ. Voir B. MAINGAIN et C. REMON, «Le statut juridique des malades mentaux», *J.T.*, 1983, p. 150, n° 36.

³ Voir J. DE GAVRE et M.-F. LAMPE, *o.c.*, *Les droits et devoirs respectifs des époux et les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 1977, pp. 79 et s., spéc. p. 154, n° 44.

⁴ En ce sens: Civ. Gand, 2 mai 1996, *T.G.R.*, 1996, p. 182, note A. WYLLEMAN.

disposition de leurs biens propres s'oppose aux substitutions de pouvoirs trop étendues. Un tel transfert de pouvoirs nous paraît d'autant plus grave qu'une fois ordonné, il échappe au contrôle du juge¹.

En effet, l'absence de contrôle judiciaire de l'administration ne nous paraît guère compatible avec l'esprit qui anime les réglementations modernes en matière de protection des biens des incapables. Ainsi, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 18 juillet 1991 (art. 488*bis*, a-k, C.civ.), le conjoint inapte peut être pourvu d'un administrateur provisoire lorsqu'il se trouve dans certaines hypothèses visées par l'article 220 du Code civil. Or ce statut légal de protection opère un transfert de pouvoirs contrôlé, dans le cadre d'une procédure judiciaire souple.

b. Exclusion des actes juridiques soumis à la gestion conjointe?

2.33. Dès l'entrée en vigueur de la réforme des régimes matrimoniaux, des voix se sont élevées pour exclure les actes juridiques soumis à la gestion conjointe du domaine de la représentation judiciaire². L'existence d'une disposition légale remédiant à la paralysie non fautive de la gestion conjointe justifie cette distinction (art. 1420 C.civ.). En conséquence, lorsqu'un conjoint disparaît sans laisser de traces ou souffre d'une incapacité d'agir, les actes soumis au consentement des deux époux (art. 1418 C.civ.) ne pourront être accomplis par substitution judiciaire de pouvoirs. Ils devront faire l'objet d'une autorisation spéciale du tribunal de première instance (art. 1420 C.civ.).

La jurisprudence se rallie à cette interprétation. Une majorité de décisions refuse au bénéficiaire de la substitution de pouvoirs le droit de passer les actes soumis à la gestion conjointe sans autorisation spéciale préalable³.

La restriction du domaine de la substitution de pouvoirs affaiblit le monopole de l'époux représentant dans l'hypothèse où le juge n'a pas défini les contours de sa

¹ Pour E. VIEUJEAN, la représentation fondée sur l'article 220, § 2, du Code civil, c'est «le régime du renard libre dans le poulailler libre» (o.c., *Sept leçons sur la réforme des régimes matrimoniaux*, Liège, Faculté de droit, 1977, pp. 15 à 36, spéc. p. 36).

² H. CASMAN, o.c., *Rev. trim. dr. fam.*, 1978, p. 289; Ph. DE PAGE, note sous Civ. Liège, 23 avril 1990, *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, pp. 76 et 77, n° 5; J. DE GAVRE et M.-F. LAMPE, o.c., *Les droits et devoirs respectifs des époux et les régimes matrimoniaux*, précité, p. 157; E. VIEUJEAN, V. BAS-TIAEN et S. MELON, «Personnes et régimes matrimoniaux», *Chron. not. Liège*, 1994, vol. XIX, p. 222, n° 27. *Contra*: G. BAETEMAN, Ch. ENGELS et J. GERLO, «Huwelijksvermogensrecht. Overzicht van rechtspraak (1976-1981)», *T.P.R.*, 1982, pp. 1004 et 1005, n° 34; M. BAX, «Personnen en familierecht (1977-1979)», *R.W.*, 1979-1980, col. 1700, n° 31; J. HAMBYE, «La réforme de 1976», *Rép. not.*, t. V, liv. II (éd. 1980), p. 64, n° 40.

³ Voir Civ. Liège, 23 avril 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1207; *Pas.*, 1991, III, p. 4; *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 72, note Ph. DE PAGE; *Chron. not. Liège*, 1994, vol. XIX, p. 219; J.P. Marchienne-au-Pont, 11 mai 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1058. *Comparer*: Civ. Hasselt, 6 sept. et 8 nov. 1977, *Rev. trim. dr. fam.*, 1978, p. 285, avis M.P., note H. CASMAN. *Contra*: Civ. Oudenaarde, 30 oct. 1990, *R.W.*, 1991-1992, p. 1264, note. Pour plus de détails: Y.-H. LELEU, o.c., *R.C.J.B.*, 1998, pp. 80-82, n° 21.

mission¹. En pratique, elle entraîne une multiplication des autorisations judiciaires, qui rapproche la gestion par l'époux de celle accomplie par un administrateur provisoire.

Précisons enfin que la représentation judiciaire ne présente aucune utilité à l'égard des actes juridiques soumis à la gestion concurrente (art. 1416 C.civ.)². En effet, chaque époux puise dans le régime matrimonial secondaire le droit de gérer le patrimoine commun dans l'intérêt de la famille (art. 1415, al. 2, C.civ.). En ce domaine, l'incapacité de l'un d'eux ne réduit pas les prérogatives de l'autre sur le patrimoine commun.

Les époux séparés de biens ne sont pas assujettis à la gestion conjointe mais au droit commun de l'indivision. L'article 220, § 2, du Code civil, applicable à tous les régimes matrimoniaux³, permet de surmonter l'inaptitude de l'un d'eux à s'exprimer⁴.

c. Application aux pouvoirs exclusifs de l'époux inapte

2.34. La substitution judiciaire peut porter sur les pouvoirs exclusifs de l'époux inapte, exception faite des actes à titre gratuit⁵.

Le régime matrimonial accorde aux époux la gestion exclusive de leur patrimoine propre (art. 1425 C.civ.), des biens affectés à l'exercice de leur profession (art. 1217 et 1417, al. 1, C.civ.), ainsi que des comptes et des coffres bancaires (art. 218 C.civ.). La libre perception des revenus (art. 217 C.civ.), une autre compétence exclusive de chaque époux, est aménagée en cas d'incapacité d'agir par le troisième paragraphe de l'article 220 du Code civil.

¹ Un auteur propose d'analyser la formulation de la décision judiciaire. Seule une exclusion expresse ou implicite des actes soumis à la gestion conjointe oblige le conjoint de l'inapte à solliciter une autorisation spéciale avant d'accomplir de tels actes (B. VAN DER MEERSCH, *o.c.*, *R.W.*, 1991-1992, p. 1080, n° 15). Pour un exemple d'exclusion expresse des actes soumis à la gestion conjointe, voir Civ. Liège, 23 avril 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1207; *Pas.*, 1991, III, p. 4; *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 72, note Ph. DE PAGE; *Chron. not. Liège*, 1994, vol. XIX, p. 219.

² Comparer Civ. Liège, 30 juin 1986, *Jur. Liège*, 1986, p. 509, obs. J.H. (motifs de l'ordonnance). *Contra* A. DE WOLF, «Art. 220 B.W.», *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, o.c.*, p. 11, n° 24.

³ Ph. DE PAGE, *o.c.*, *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 78, n° 6.

⁴ Application: Civ. Liège, 30 juin 1986, *Jur. Liège*, 1986, p. 509, obs. J.H. (actes d'administration et de gestion). Voir G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, W. DE MULDER et P. LUYPAERS, «Huwelijksvermogensrecht. Overzicht van rechtspraak (1982-1988)», *T.P.R.*, 1990, p. 170, n° 33.

⁵ Applications: Civ. Hasselt, 22 mars 1977, *L.R.L.*, 1978-1979, p. 9; Civ. Bruxelles, 28 déc. 1977, *Pas.*, 1978, III, p. 28; *T. Not.*, 1978, p. 224; *R.W.*, 1978-1979, col. 229, avis M.P., note J.P.; *Rec. gén. enr. not.*, 1979, n° 22.450, p. 453; Civ. Liège, 23 avril 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1207; *Pas.*, 1991, III, p. 4; *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 72, note Ph. DE PAGE; *Chron. not. Liège*, 1994, vol. XIX, p. 219; Civ. Namur, 20 févr. 1995, *R.R.* n° 179/95, *inédit*, cité in *J.L.M.B.*, 1995, p. 1058, note 1. Voir également M. PUELINCKX-COENE, «Vrijgevigheid, een privilege van gezonden van geest», *R.W.*, 1979-1980, col. 505 et s., spéc. col. 512, n° 39. La capacité de tester et de donner est maintenue, sous réserve de l'application de l'article 901 du Code civil (annulation pour insanité d'esprit).

Par gestion, la loi entend aussi bien le droit d'administrer que la faculté de disposer (arg. art. 1415, al. 1, C.civ.)¹.

2. Conditions

a. L'impossibilité de manifester sa volonté

2.35. L'impossibilité de manifester sa volonté s'entend au sens matériel et concret. Elle vise la séparation de fait due à un éloignement², l'aliénation mentale³, la senilité⁴ ou le coma⁵. L'hypothèse de la «non-présence» mise à part, on peut affirmer que l'incapacité doit résulter d'une affection grave des capacités intellectuelles ou physiques.

b. L'absence de représentant légal ou de mandataire conventionnel

2.36. L'article 220, § 2, du Code civil exclut de son champ d'application les personnes mariées représentées par un tiers⁶. Il vise aussi bien les mandataires conventionnels⁷, généraux ou spéciaux, que les représentants légaux.

¹ *Contra*: E. VIEUJEAN, V. BASTIAEN et S. MELON, *o.c.*, *Chron. not. Liège*, 1994, vol. XIX, p. 222, n° 27, qui proposent de limiter les pouvoirs de l'époux représentant aux actes d'administration, et d'en exclure les actes de disposition.

² Civ. Hasselt, 22 mars 1977, *L.R.L.*, 1978-1979, p. 9.

³ Civ. Hasselt, 6 sept. et 8 nov. 1977, *Rev. trim. dr. fam.*, 1978, p. 285, avis M.P., note H. CASMAN; Civ. Namur, 20 févr. 1995, *inédit*, R.R. n° 179/95, cité in *J.L.M.B.*, 1995, p. 1058, note 1. Comparer Cl.-Th. PIRSON, *o.c.*, *Ann. dr.*, 1977/1-2, pp. 33 et s., spéc. p. 58 (l'auteur limite le champ d'application de la mesure aux colloqués et aux internés).

⁴ Civ. Namur, 14 oct. 1981, *R.R.D.*, 1982, p. 32; Civ. Liège, 23 avril 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1207; *Pas.*, 1991, III, p. 4; *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 72, note Ph. DE PAGE; *Chron. not. Liège*, 1994, vol. XIX, p. 219.

⁵ Civ. Liège, 30 juin 1986, *Jur. Liège*, 1986, p. 509, obs. J.H.

⁶ Rapport de la sous-commission, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr., 1974, n° 683/2 (annexe), 41.

⁷ Voir J.P. Tielt, 21 nov. 1980, *T. Not.*, 1981, p. 341, note; *Rev. not. belge*, 1982, p. 178; *Rev. trim. dr. fam.*, 1982, p. 217. En l'espèce, un mari malade avait donné mandat de gérer les biens communs à son père et non à son épouse. Cette dernière ressent cette attitude comme un affront et réclame la gestion exclusive des revenus de son mari, à titre de mesure urgente et provisoire (art. 223 C.civ.) et sur le fondement de l'article 220, § 2, du Code civil. Le juge de paix ordonne certaines mesures provisoires, mais se déclare incompétent pour autoriser l'épouse à représenter son conjoint.

Le conjoint de l'époux absent représente ce dernier s'il opte pour la continuation de la communauté (art. 124 C.civ.)¹, tandis que le conjoint de l'interdit est, de droit, son tuteur (art. 506, C.civ.; *supra*, n° 5.3)².

3. Procédure

a. Requête unilatérale auprès du tribunal de première instance. Renvoi

2.37. Pareille à la procédure d'autorisation de passer seul des actes relatifs au logement de la famille, la demande en substitution de pouvoirs est introduite auprès du tribunal de première instance par voie de requête (*supra*, n° 5.5).

Unilatérale par essence, cette procédure ne prévoit pas la convocation du conjoint non présent ou inapte à l'audience³. Rien n'interdit cependant au juge de convoquer l'époux défaillant (art. 1028 C.jud.). Il pourra s'assurer de son incapacité, lorsqu'elle lui paraît douteuse⁴.

A la différence du transfert de pouvoirs fondé sur l'article 1426 du Code civil, la substitution judiciaire ne fait l'objet d'aucune mesure de publicité. Cet inconvénient, imputable au laconisme de la loi, oriente parfois le choix du requérant vers la désignation d'un administrateur provisoire, dûment portée à la connaissance des tiers (art. 488*bis*, e, § 1^{er}, C.civ.).

b. Pouvoir d'appréciation du juge

2.38. Le juge s'informe de l'état de l'époux inapte, s'assure de l'absence de représentant légal et apprécie l'opportunité de la mesure. Il tient compte de la composition du patrimoine à administrer et de l'importance des actes juridiques à passer. Tout comme l'autorisation d'agir seul, l'habilitation du conjoint à représenter

¹ Comparer A. KOHL, «L'absence», *Rép. not.*, t. I. liv. I. Selon cet auteur, l'époux de l'absent administre son patrimoine, mais ne peut accomplir des actes de disposition sans solliciter, au préalable, une habilitation judiciaire, sur le fondement de l'article 220, du Code civil. Une proposition de loi déposée le 5 mars 1992 par le Sénateur CEREXHE (*Doc. parl.*, Sén., sess. 1991-1992, n° 230-1) vise à réformer la matière du droit de l'absence, dans le sens de la législation française actuelle. Elle pourvoit le présumé absent d'un administrateur provisoire, pouvant être son conjoint, s'il n'a pas conféré de mandat (art. 113 en projet, C.civ.). Pour plus de détails: Y. 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, pp. 486 et s., spéc. pp. 490 et s., n°s 12 et s.

² Durant la procédure d'interdiction, l'article 220, § 2, du Code civil s'applique «en attendant que soit désigné un administrateur provisoire [par application de l'art. 1246 C.jud.] ou que le requérant soit le tuteur de la défenderesse suivant l'article 506 C.civ.» (Civ. Liège, 23 avril 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1207; *Pas.*, 1991, III, p. 4; *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 72, note Ph. DE PAGE; *Chron. not. Liège*, 1994, vol. XIX, p. 219).

³ *R.P.D.B.*, v° *Régimes matrimoniaux (droit interne)*, compl., t. VI, n° 513; P. SENAËVE, *Handboek voor familieprocesrecht, o.c.*, p. 83, n° 121.

⁴ Voir Civ. Liège, 23 avril 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1207; *Pas.*, 1991, III, p. 4; *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 72, note Ph. DE PAGE; *Chron. not. Liège*, 1994, vol. XIX, p. 219.

l'absent ou l'inapte possède un caractère facultatif. Elle est accordée dans l'intérêt de la famille¹, de préférence pour des missions d'administration ponctuelles ou urgentes, limitées dans le temps² ou quant à leur objet³.

S'agissant d'accorder à un époux le droit de disposer des biens de l'autre, les intérêts en présence seront appréciés avec circonspection. Le juge compare les inconvénients causés par la permanence de l'incapacité de gestion à ceux de l'octroi de pouvoirs de représentation exorbitants.

On a discuté sur le point de savoir si le juge pouvait assortir la représentation judiciaire de mesures de contrôle telles qu'un inventaire, une obligation de reddition de compte ou la fourniture de garanties⁴. Nous ne croyons pas qu'il soit souhaitable de lui donner les moyens d'élaborer un statut de protection de l'inapte marié fondé sur le régime matrimonial⁵. Cantonnée aux missions d'administration ponctuelles, comme nous le proposons, la substitution de pouvoirs conserve sa spécificité. Elle évite de faire double emploi avec l'administration provisoire, mieux adaptée à une gestion à long terme des intérêts d'un inapte marié.

Nous avons examiné dans d'autres contributions la délicate problématique des rapports entre la substitution judiciaire de pouvoirs et l'administration provisoire⁶.

4. Effets. L'engagement de l'époux représenté

2.39. Agissant dans les limites du mandat conféré par le juge, l'époux présent et valide représente son conjoint et l'engage contractuellement⁷. Il ne souscrit aucune obligation personnelle et rend compte de sa gestion comme tout mandataire (art. 1993 C.civ.)⁸.

Si l'époux représentant excède ses pouvoirs, ou agit sans autorisation, parce que pressé par l'urgence, l'application des principes de la gestion d'affaires pourra préserver certains actes de disposition de la nullité (art. 224 et 1422 C.civ.).

¹ H. CASMAN, *Régimes matrimoniaux*, o.c., I,9-4.

² Civ. Liège, 23 avril 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1207; *Pas.*, 1991, III, p. 4; *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 72, note Ch. DE PAGE; *Chron. not. Liège*, 1994, vol. XIX, p. 219 (recours à la représentation judiciaire dans l'attente de la désignation d'un administrateur provisoire ou de l'interdiction de l'époux inapte).

³ Civ. Bruxelles, 28 déc. 1977, *Pas.*, 1978, III, p. 28; *T. Not.*, 1978, p. 224; *Rec. gén. belge*, 1979, n° 22.450, p. 453; *R.W.*, 1978-1979, col. 229, avis M.P., note J.P. (exécution d'un contrat portant lotissement et vente de certains biens immobiliers, appartenant en propre au conjoint inapte).

⁴ En ce sens, voir H. CASMAN, o.c., *Rev. trim. dr. fam.*, 1978, p. 289. *Contra*: L. RAUCENT, *Les régimes matrimoniaux*, 3^e éd., o.c., p. 162, n° 199; E. VIEUJEAN, V. BASTIAEN et S. MELON, o.c., *Chron. not. Liège*, 1994, vol. XIX, p. 221, n° 27.

⁵ En ce sens: Civ. Gand, 2 mai 1996, *T.G.R.*, 1996, p. 182, note A. WYLLEMAN.

⁶ Y.-H. LELEU, o.c., *Rép. not.*, t. V, 1. II, *précité*, n°s 186-189; o.c., *R.C.J.B.*, 1998, pp. 82-84, n° 22, et les références citées.

⁷ Ph. DE PAGE, o.c., *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 78, n° 7.

⁸ En ce sens: L. RAUCENT, *Les régimes matrimoniaux*, 3^e éd., o.c., p. 163, n° 200.

Conformément au droit commun du mandat, l'époux représenté conserve sa capacité juridique¹, même si, en fait, il ne peut l'exercer.

En conséquence, la récupération des facultés physiques ou intellectuelles signifie, pour l'époux inapte, un retour automatique à la vie juridique active. Il exerce à nouveau ses pouvoirs sur son patrimoine comme sur les biens communs². Aucune sanction ne frappe les actes accomplis par le représenté en concurrence avec son représentant.

Curieusement, ni l'article 220, § 2, du Code civil, ni les dispositions du Code judiciaire applicables aux demandes entre époux relatives à leur régime matrimonial ne réglementent la levée des mesures de crise³.

Une substitution accordée dans le but de permettre la réalisation d'un acte juridique déterminé prend fin avec l'accomplissement de celui-ci. S'agissant d'une mission à plus long terme, tant le droit à la libre disposition des patrimoines⁴, que le principe de révocabilité du mandat entre époux (art. 219 C.civ.), doivent conduire le juge à accueillir une demande de levée de la représentation judiciaire.

L'initiative du retrait revient à l'époux représentant comme à l'époux représenté, pour autant que ce dernier recouvre la possibilité d'agir en justice⁵.

Le retrait du mandat judiciaire aura pour effet, non pas de restaurer le conjoint inapte dans une capacité juridique qu'il n'a jamais perdue, mais de priver l'époux représentant des pouvoirs qu'il a reçus.

§ 4. *La délégation judiciaire de sommes dues par des tiers à l'époux incapable de manifester sa volonté (art. 220, § 3, C.civ.)*

1. Domaine

2.40. La délégation de sommes instituée par l'article 220, § 3, présente la particularité d'être finalisée, en ce sens que le conjoint de l'époux non présent ou inapte ne sera autorisé à percevoir les sommes dues à son conjoint par des tiers que «pour les besoins du ménage».

¹ F. NAVEZ, *o.c.*, *Les contrats entre époux*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 154, n° 3; M. PEULINCKX-COENE, *o.c.*, *R.W.*, 1979-1980, pp. 505 et s., spéc. p. 510, n° 38.

² B. MAINGAIN et C. REMON, *o.c.*, *J.T.*, 1983, p. 150, n° 36; M. PEULINCKX-COENE, *o.c.*

³ Comparer art. 1253*quater*, e, C.jud., qui omet de viser l'article 220 du Code civil parmi les mesures susceptibles de retrait ou de modification à la requête d'un époux. Voir à ce sujet Y.-H. LELEU et L. RAUCENT, «Caractères généraux du régime primaire. Capacité d'exercice des époux. Procédure», *Rép. not.*, t. V, liv. II, *précité*, n°s 30 et s.

⁴ W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 322, n° 233 et p. 323, n° 235.

⁵ Voir à ce sujet W. DELVA, «L'incidence d'une volonté saine et libre, condition de validité de l'action en justice», *J.T.*, 1962, pp. 705 et s.; «Des effets de l'insanité d'esprit dans la procédure civile», *J.T.*, 1962, pp. 262 et s.

Pierre angulaire de la survie économique du ménage, l'obligation de contribution des époux aux charges du mariage est sanctionnée efficacement¹. Le refus volontaire et l'impossibilité non fautive de fournir cette contribution se résolvent par l'octroi d'une autorisation judiciaire de percevoir les revenus de l'époux défaillant. La délégation judiciaire de sommes prévue par l'article 220, § 3, du Code civil diffère à certains égards de celle prescrite par l'article 221, alinéa 2, du même Code en cas de refus volontaire².

Elle ne vise que les sommes dues par les tiers au conjoint inapte et non les revenus des biens propres de l'inapte (art. 221, al. 2, C.civ.). Pour étendre ses droits de perception au produit des biens propres, le conjoint capable devra solliciter une habilitation judiciaire fondée sur l'article 220, § 2, commenté ci-dessus (*supra*, n° 5.10). Cette mesure produira les mêmes effets qu'une délégation de sommes. En effet, le régime primaire impose au conjoint valide d'affecter ces revenus, en priorité, à la contribution de l'inapte aux charges du mariage (art. 217, al. 1, C.civ.).

2. Conditions

2.41. Plus laconique, le troisième paragraphe de l'article 220 renvoie aux conditions d'application de l'autorisation judiciaire d'agir seul énumérées en son premier paragraphe (*supra*, n° 5.5).

La jurisprudence entend la notion d'absence au sens matériel et non technique (*supra*, n° 5.4). Elle comprend l'impossibilité de manifester sa volonté dans un sens large, mais exclut l'hypothèse de la faute³. L'abandon volontaire du logement familial ouvre au conjoint délaissé un droit à la délégation de sommes fondée sur l'article 221, alinéa 2, du Code civil⁴.

Le renvoi au premier paragraphe de l'article 220 éclipse la condition d'absence de représentant légal ou de mandataire conventionnel. Par conséquent, le conjoint d'un époux non présent ou inapte peut solliciter une autorisation de percevoir les sommes dont il est créancier, même en cas de désignation d'un représentant légal⁵.

Cependant, l'utilité pratique de la délégation de sommes est minime dans ces hypothèses. Si le conjoint de l'inapte est désigné comme représentant, il reçoit gé-

¹ Voir Ch. SIMON, «Les charges du mariage: fonctionnement du ménage et comptes entre époux», *Liber amicorum Léon Raucent*, Louvain-la-Neuve, Academia et Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 373 et s., spéc. p. 401.

² L'article 221 du Code civil régleme la sanction avec plus de minutie: voir à cet égard notamment E. VIEUJEAN, «Les devoirs de secours et de contribution aux charges du mariage», *Rép. not.*, t. V, liv. II, *précité*, pp. 347 et s., nos 224 et s.

³ J.P. Renaix, 17 mai 1967, *J.J.P.*, 1968, p. 55 (aliénation mentale); J.P. Marchienne-au-Pont, 10 déc. 1981, *J.T.*, 1982, p. 361 (disparition); J.P. Diest, 13 mars 1989, *J.J.P.*, 1989, p. 308 (disparition). Voir G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, W. DE MULDER et P. LUYPAERS, *o.c.*, *T.P.R.*, 1990, p. 170, n° 33.

⁴ Voir la contribution d'A.-Ch. VAN GYSEL dans cet ouvrage.

⁵ Pour plus de détails: M. VERRYCKEN, «De vrederechter en de geesteszieke», *De vrederechter en het gerechtelijk recht*, Gent, E. Story-Scientia, 1992, pp. 105 et s., spéc. p. 139.

néralement le pouvoir de percevoir ses revenus¹. Et si un tiers remplit la fonction, une requête du conjoint en délégation de sommes n'aura guère de chances d'aboutir².

3. Procédure

a. Requête unilatérale auprès du juge de paix

2.42. L'autorisation judiciaire de percevoir les sommes dues par les tiers au conjoint frappé d'incapacité ressortit à la compétence du juge de paix de la dernière résidence conjugale, et non à celle du tribunal de première instance (art. 594, 19° et 628, 2°, C.jud.).

Comme cette mesure n'affecte pas la situation patrimoniale de l'époux inapte de manière irréversible, on admettra que le président du tribunal de première instance statue en référé, s'il y a urgence³.

Curieusement, l'article 220, § 3, du Code civil n'organise pas la signification par voie judiciaire de la décision au débiteur de l'incapable. Il appartient donc au requérant d'y procéder lui-même⁴.

b. Pouvoir d'appréciation du juge

2.43. Le juge apprécie l'état du conjoint inapte et l'opportunité de la mesure. Le texte légal lui enjoint de fixer le montant de l'autorisation suivant les besoins du ménage. A cet effet, il dispose de pouvoirs d'investigation analogues à ceux prévus pour la procédure de délégation de sommes en cas de refus volontaire de contribution (art. 1253quinquies, C.jud. Voir *infra*, n° 5.20).

Si le juge de paix est informé de l'existence d'un régime de protection de l'incapable, il rejettera la demande quand le représentant de l'époux dispose du pouvoir de perception de ses revenus. Il est regrettable qu'aucun canal institutionnel d'information n'existe. Cette lacune soulève certaines difficultés pratiques, du fait de l'absence de coïncidence entre les compétences territoriales des juges compétents pour la mise sous statut de protection et pour la délégation de sommes.

¹ Si le juge de paix a limité les compétences de l'administrateur provisoire au point d'en exclure le droit à la perception des revenus, alors la délégation de sommes reste applicable, conjointement à l'administration provisoire.

² Comparer Civ. Anvers, 12 juill. 1956, *J.T.*, 1956, p. 506; *R.W.*, 1956-1957, col. 1653 (délégation de sommes confirmée au profit du conjoint de l'incapable, pourvu d'un administrateur provisoire).

³ En ce sens: P. SENAËVE, *Handboek van familieprocesrecht*, o.c., p. 45, n° 32; G. CLOSSET-MAR-CHAL, «Le conflit familial et ses juges en droit belge», *R.G.D.C.*, 1995, pp. 165 et s., spéc. p. 167, n° 18. *Contra*: Ch. PANIER, o.c., *Ann. dr.*, 1977/1-2, pp. 69 et s., spéc. pp. 78 et 79, n° 18.

⁴ Voir G. BAETEMAN et J.-P. LAUWERS, *Devoirs et droits des époux*, o.c., p. 323, n° 269.

c. Pouvoirs d'investigation du juge – Pouvoirs étendus

2.44. Le juge saisi d'une demande de pension alimentaire ou de délégation de sommes fondée sur les articles 213, 220, § 3 ou 221 du Code civil dispose de pouvoirs d'investigation étendus en vue de déterminer les ressources des époux. L'article 1253quinquies du Code judiciaire lui permet d'ordonner la communication de tous les renseignements et documents de nature à établir le montant des revenus et des créances des époux¹.

4. Effets. Représentation judiciaire

2.45. La délégation de sommes n'est réductible ni à une condamnation au paiement d'une pension alimentaire², ni à une saisie-arrêt opérée entre les mains des débiteurs de l'époux inapte.

Elle investit le requérant d'un mandat judiciaire³. Simultanément, elle interdit aux débiteurs de l'époux empêché de payer à d'autres personnes que le conjoint délégataire.

A nouveau, la levée de la mesure n'est prévue explicitement par aucun texte. Il convient néanmoins de l'autoriser, soit à la demande de l'époux habilité, soit sur requête du conjoint, dès qu'il reparait ou recouvre ses facultés⁴.

¹ Pour plus de détails, voir Y.-H. LELEU, *o.c.*, *Rép. not.*, t. V, liv. II, *précité*, pp. 330 à 332, n° 200.

² Cass., 13 oct. 1938, *Pas.*, 1938, I, p. 315. Elle ne donne pas droit au paiement d'arriérés, mais le juge peut tenir compte du retard pris par la contribution de l'époux inapte aux charges du mariage dans la fixation du montant de la délégation (Cass., 14 sept. 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 33).

³ Cass., 13 oct. 1938, *Pas.*, 1938, I, p. 315; J.P. Diest, 13 mars 1989, *J.J.P.*, 1989, p. 308 (motif: p. 309, col. 2); M. HAYOIT DE TERMICOURT, *La femme devant la loi civile, o.c.*, p. 14; J. RENAULD et P. STIENON, «Les régimes matrimoniaux. Code Napoléon», *Rép. not.*, t. V, liv. I, p. 147, n° 149.

⁴ Arg. art. 1253quater, C.jud. Cette disposition prévoit le retrait ou la modification d'une ordonnance ou d'un arrêt prononcé sur le fondement de l'article 221 du Code civil. Nous croyons pouvoir l'appliquer, par analogie, au retrait d'une délégation de sommes ordonnée pour incapacité non fautive de percevoir.