

LA CONTRACTUALISATION DU DROIT DE LA FAMILLE(1)

PAR

YVES-HENRI LELEU

Professeur à l'Université de Liège et à l'Université libre de Bruxelles

ET

NICOLE GALLUS

Professeur à l'Université libre de Bruxelles

Chapter I. General Part

1 : *Explanation of our legal system. Distinguishing between the legislative, judiciary and executive powers and, if applicable, the Constitutional basis of your legal system. Constitutional court.*

Le Royaume de Belgique est un état fédéral, composé de trois communautés, trois régions et quatre régions linguistiques(2). La forme juridique de l'état est une monarchie parlementaire fédérale.

Le droit civil, en ce compris le droit des familles est une compétence fédérale.

Pendant, des compétences proches de ces matières reposent sur les communautés (ex. l'assistance aux personnes(3)) et sur les régions (ex. certains aspects fiscaux(4)). Le droit de la famille se développe ainsi indirectement au niveau des entités fédérées.

(1) La contribution est à jour à la date du 1^{er} juillet 2014. Pour une actualisation : Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2016.

(2) Art. 1-4 Constitution.

(3) Art. 5, § 1, II Loi spéciale du 8 août 1980 portant des réformes institutionnelles, *MB* 15 août 1980.

(4) Loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des Communautés et des Régions, *MB* 17 janvier 1989.

La Belgique est dotée d'une Constitution écrite coordonnée pour la dernière fois le 17 février 1994(5). Elle pose en principe la séparation des pouvoirs.

- Le *pouvoir législatif* est le premier des trois pouvoirs de l'État. Notre droit écrit législatif s'est développé dans le cadre d'un système bicaméral imparfait. La Belgique est un pays de droit continental, dont le *Code Napoléon* de 1804 constitue encore la base du Code civil.
- Le *pouvoir judiciaire* est indépendant, et chargé de l'application des lois, arrêtés royaux et règlements dans les litiges concernant les droits civils. Seule l'application des arrêtés royaux et des règlements peut être écartée pour motif d'inconstitutionnalité(6); le pouvoir judiciaire ne peut apprécier la conformité des lois à la Constitution. Les décisions de justice n'ont pas valeur de précédent. Seules les décisions de la Cour constitutionnelle rendue sur question préjudicielle posée par une juridiction de fond (voir ci-dessous) ont une autorité relative renforcée de la chose jugée (elles s'imposent à la juridiction qui a posé la question et aux autres juridictions saisies d'une affaire identique).
- Le *pouvoir exécutif* est composé du Roi et d'un gouvernement nommé par lui, présidé par le premier ministre.

La conformité des lois à la Constitution est appréciée par la *Cour constitutionnelle* (7) soit sur recours en annulation, soit sur question préjudicielle. La Cour constitutionnelle n'est pas compétente pour contrôler ou modifier la Constitution; seul le pouvoir législatif exerce cette compétence selon la procédure établie par la Constitution. La constitutionnalité ou l'inconstitutionnalité d'arrêtés royaux et de règlements est appréciée par le Conseil d'état sur recours en annulation.

2 : Situate family law in your legal system. Use substantive rather than formal descriptions, e.g. also include the impact of family relations in tax law, social security law etc. Please mention whether or not the family or family institutions are constitutionally protected. In case of a federal or pluralist system, mention the respective competences.

(5) MB 17 février 1994.

(6) Art. 159 Constitution.

(7) Anciennement "Cour d'arbitrage".

Le droit des familles régit les rapports juridiques entre les personnes unies par un lien biologique ou affectif, les couples et les parentés(8). Le droit des régimes matrimoniaux et le droit des libéralités et des successions constituent le « droit patrimonial des familles ». Le droit des familles est une matière fédérale, principalement régie par les dispositions du Code civil.

L'article 22 de la Constitution belge garantit le droit au respect de la vie privée et familiale(9). L'article 22bis garantit le droit de chaque enfant au respect de son intégrité morale, physique, psychique et sexuelle.

Le code civil regroupe quant à lui l'ensemble des règles relatives à l'état civil, au mariage, au divorce, aux aliments, à la filiation, à l'adoption, à l'autorité parentale, aux successions, aux régimes matrimoniaux et à la cohabitation légale.

La situation familiale des personnes a des répercussions dans d'autres domaines que le droit familial au sens strict.

En matière d'*impôts sur les revenus* notamment, tant les époux que les cohabitants légaux ne remplissent qu'une seule déclaration fiscale pour le ménage, leurs revenus n'étant pas pour autant cumulés(10). Les époux et cohabitants légaux bénéficient d'avantages fiscaux telle la faculté d'imputer une quote-part des revenus professionnels d'un conjoint à l'autre conjoint n'ayant pas ou peu de revenus professionnels (régime du quotient conjugal)(11) ou encore la possibilité d'imputer une perte professionnelle déductible sur les revenus de l'autre conjoint (régime de l'imputation des pertes professionnelles)(12).

La quotité exemptée d'impôts sera majorée en fonction de la présence d'enfants ou autres personnes à charge(13). Le parent qui n'a pas l'enfant à charge et verse pour lui une contribution alimentaire pourra déduire celle-ci fiscalement. Les rentes alimentaires payées par le contribuable à une personne ne faisant pas partie de son ménage sont en effet déductibles à concurrence de 80 % (14).

(8) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 16, n° 3.

(9) Art. 22 Const.: "Chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi. La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent la protection de ce droit".

(10) Art. 126 CIR/92: "En cas de mariage ou de cohabitation légale, une imposition commune est établie au nom des deux conjoints. Nonobstant cette imposition commune, le revenu imposable de chaque conjoint est fixé séparément".

(11) Art. 87 et 88 CIR/92.

(12) Art. 129 CIR/92.

(13) Art. 132 et 132bis CIR/92.

(14) Art. 104, 1°, CIR/92.

Le créancier alimentaire sera quant à lui taxé sur les rentes perçues à concurrence de 80 %, lesquelles sont globalisées avec ses autres revenus(15).

La situation familiale conditionnera également le recouvrement de l'impôt dès lors que, sous réserve d'une séparation de fait, la quotité d'impôt afférente aux revenus d'un conjoint ou d'un cohabitant légal pourra être recouvrée sur l'ensemble des biens communs et des biens propres (à l'exception de certains biens propres) des deux partenaires(16).

En *droit commercial* également, le fait d'être marié ou en cohabitation légale n'est pas sans incidence, notamment en matière de faillite. Ainsi, le bénéfice de l'excusabilité (impossibilité pour les créanciers de poursuivre le failli – art. 82 loi du 8 août 1997 sur les faillites) est étendu au conjoint, à l'ex-conjoint et au cohabitant légal du failli personnellement obligé à la dette de celui-ci, de sorte que les créanciers ne pourront saisir ni les biens communs, ni les biens propres du conjoint ou cohabitant légal(17). Les cohabitants de fait ne bénéficient pas de l'extension de cet avantage.

En *droit de la sécurité sociale* enfin, le conjoint survivant pourra bénéficier d'une pension de survie à charge de l'état, à combiner avec une éventuelle pension de retraite(18).

En cas de séparation de fait ou de corps, le conjoint sans revenus pourra obtenir une part de la pension de retraite de son conjoint(19). Le conjoint divorcé non remarié d'un travailleur salarié pourra quant à lui bénéficier du régime de pension de retraite pour travailleurs salariés, comme si ce conjoint divorcé avait lui-même exercé une activité comme travailleur salarié pendant la durée de son mariage

(15) Art. 90 et 99 CIR/92.

(16) Art. 394 CIR/92.

(17) Art. 82, alinéa 2, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites : « *le conjoint du failli qui est personnellement obligé à la dette de son époux ou l'ex-conjoint qui est personnellement obligé à la dette de son époux contractée du temps du mariage est libéré de cette obligation par l'effet de l'excusabilité* ». Pour les cohabitants légaux : C. Const., 18 novembre 2010, *J.T.*, 2011, p. 126, note M. LEMAL, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1670, *Not. Fisc. M.*, 2011, p. 282, note B. SCHEERS, *N.j.W.*, 2011, p. 292, *R.W.*, 2010-11, p. 894, *R.D.C.*, 2011, p. 264, *T. Not.*, 2011, p. 239.

(18) Art. 4 de l'AR 72 du 10 novembre 1967 relatif à la pension de retraite et de survie des travailleurs indépendants et art. 16 à 21 de l'AR 50 du 24 octobre 1967 relatif à la pension de retraite et de survie des travailleurs salariés.

(19) Art. 74 AR du 21 décembre 1967 portant règlement général du régime de pension de retraite et de survie des travailleurs salariés et art. 101 de l'AR du 22 décembre 1967 portant règlement général relatif à la pension de retraite et de survie des travailleurs indépendants.

avec son ex-conjoint(20). Un régime similaire est prévu pour les travailleurs indépendants(21).

3 : Describe the (direct, indirect, etc.) applicability of international human rights instruments in your legal system, and their enforcement by the judiciary

Les deux sources principales des droits de l'homme dans notre ordre juridique demeurent la Convention européenne des droits de l'homme, élaborée par le Conseil de l'Europe, et le titre II de la Constitution.

En plus de la force obligatoire de la Convention, la Cour de cassation a largement reconnu un effet direct aux droits consacrés par le texte, effet qui n'est guère contesté par la doctrine à ce jour(22). L'effet direct de la Convention décidé par la Cour s'impose aux juridictions et participe à la protection judiciaire des normes concernées. Les juridictions de fond n'hésitent pas à appliquer explicitement et directement les droits de l'homme, conformément à l'arrêt *Le Ski* de la Cour de cassation du 27 mai 1971(23) reconnaissant la primauté de la Convention européenne sur les normes de droit interne, en ce compris la Constitution(24). De la sorte, la Convention fait partie intégrante du droit interne et est dès lors directement applicable, la plupart de ses dispositions étant juridiquement complètes, précises et ne laissant aucun pouvoir discrétionnaire aux Etats(25). Les particuliers ont donc le droit et le pouvoir d'invoquer les clauses normatives de la Convention devant un juge belge qui appréciera le respect ou non de la Convention et, le cas échéant, écartera la norme de droit national contraire à la Convention européenne(26).

(20) Art. 75 et 76 AR du 21 décembre 1967.

(21) Art. 92 à 98bis de l'AR du 22 décembre 1967.

(22) J. PIERET, « L'influence du juge belge sur l'effectivité de la convention : retour doctrinal et jurisprudentiel sur le concept d'effet direct », in *entre ombres et lumières : cinquante ans d'application de la convention européenne des droits de l'homme en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp 89 et s ; C. SCIOTTI-LAM, *l'applicabilité directe des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 359.

(23) Cass., 27 mai 1971, Pas., 1971, I, p. 886 : « lorsque le conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le traité doit prévaloir ; la prééminence de celle-ci résulte de la nature même du droit international conventionnel ».

(24) S. VAN DROOGENBROECK, « cent septante-cinq ans de protections des droits de l'homme en Belgique », *J.T.*, 2005, p. 586.

(25) V. SEPULCHRE, *la protection juridictionnelle des droits de l'homme en Belgique*, Kluwer, Waterloo, 2007, p. 131.

(26) R. ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 112 ; W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, conclusions sous Cass. 27 mai 1971, Pas., 1971, p. 900..

A cet égard, précisons que la Cour européenne des droits de l'homme, siégeant à Strasbourg, examine les plaintes de particuliers à l'encontre d'Etats membres du Conseil de l'Europe qui ne respectent pas les droits et libertés reconnus par la Convention. Les arrêts ainsi rendus par la juridiction internationale pourront ensuite fonder le raisonnement d'une juridiction dans des cas d'espèce similaires(27).

Autre source de droits et libertés, le Titre II de la Constitution – « Des Belges et de leurs droits », – comprend nombre de règles importantes qui devront être respectées par le législateur sous peine de censure par la Cour constitutionnelle ; on citera notamment les principes d'égalité et de non-discrimination, la liberté d'opinion, le respect de la vie privée et familiale, les droits particuliers de l'enfant au respect de son intégrité et à la défense de son intérêt, le droit à la dignité, la liberté de réunion et d'association, ...

Outre ces deux textes, d'autres textes ont acquis force obligatoire en Belgique tels que les Pactes internationaux relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels pour lesquels un effet direct a été reconnu concernant certaines dispositions du premier pacte(28) ou encore la Charte sociale européenne et la Convention sur les droits politiques de la femme qui ont force contraignante et peuvent être invoqués devant les juridictions ordinaires. Parmi ces textes internationaux, la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 connaît une applicabilité controversée en ce sens que certains articles sont envisagés comme directement applicables, les termes de ceux-ci ne nécessitant aucune intervention législative car étant suffisamment précis, tandis que d'autres devront faire l'objet d'une norme interne. Cette controverse se retrouve dans la jurisprudence, partagée sur la question de la reconnaissance des effets directs du texte international(29).

(27) Cass. 7 avril 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 399.

(28) V. SEPULCHRE, *la protection juridictionnelle des droits de l'homme en Belgique*, Kluwer, Waterloo, 2007, p. 131.

(29) F. VAN HOUCKE et V. PROVOST, « Les droits de l'enfant ont 20 ans ! Historique et mise en œuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 », *J.D.J.*, n°289, 2009, p. 9 ; T. MOREAU, « Etat des lieux de la réception de la Convention relative aux droits de l'enfant dans la jurisprudence belge », in *l'enfant et les relations familiales internationales*, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 2 et s. ; V. SEPULCHRE, *la protection juridictionnelle des droits de l'homme en Belgique*, Kluwer, Waterloo, 2007, p. 14.

La Cour de cassation refuse par exemple, de façon constante, de reconnaître un effet direct à l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant (30).

Chapter II. Substantive contractualisation

§ 1^{ER} IN GENERAL

4. Describe the general boundaries of substantive private autonomy in private law (e.g. bona mores, public order, etc.)

Le principe de la liberté contractuelle – qui permet aux parties de donner à leur contrat l'objet de leur choix et les mobiles les plus divers – est étendu mais pas absolu. Il se voit limité par les contraintes que lui imposent *l'ordre public* et les *bonnes mœurs*.

Par ailleurs, le législateur a, également, multiplié les *dispositions impératives* qui restreignent aussi la liberté des parties contractantes.

En synthèse, une disposition légale est d'ordre public lorsqu'elle a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général et impérative lorsqu'elle a pour objet principal de protéger les intérêts particuliers d'une catégorie de personnes considérées comme faibles.

Lorsqu'un contrat ne respecte pas l'ordre public, les bonnes mœurs ou une disposition impérative, il est *illicite* (31). La sanction sera respectivement la *nullité absolue* en cas de contrariété à l'ordre public et/ou aux bonnes mœurs et la *nullité relative* en cas de contrariété à une disposition impérative.

D'autres sanctions sont, dans cette dernière hypothèse, également envisageables : réduction d'une clause, clause réputée non écrite, ... (32).

5. If applicable, describe any general (statutory or judicial) boundaries of contractual freedom in family law. Some legal systems e.g. explicitly prohibit contracting parties to derogate from statutory provisions in regard of marital rights and obligations or parental authority (e.g. art. 1388 French Civil code). Other legal systems may have developed a particular regime

(30) Cass. 4 novembre 1999, *R.W.*, 2000-2001, p. 232, note A. VANDAELE ; 4 novembre 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 680 ; 2 mars 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 712.

(31) L'exigence de licéité se dégage d'une série de dispositions du Code civil. A titre d'exemples, voy. : art. 6 C. Civ.; art. 1108 C. Civ., art. 1128 C. Civ.; art. 900 C. Civ. et art. 1172 C. Civ.

(32) Voy. P. WERY, *Droit des obligations. Volume 1. Théorie générale du contrat.*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 276-288.

of family law agreements in case law, with higher or lower scrutiny applying.

A. La liberté contractuelle des *époux* est limitée à plusieurs niveaux :

- Dans le cadre d'une *procédure de divorce pour cause de désunion irrémédiable* (art. 229 C. civ.), les *époux* peuvent conclure des accords concernant le montant et les modalités de révision d'une pension alimentaire après divorce (art. 301, § 1^{er} C. civ.). Il n'est, par contre, possible de *renoncer* à l'octroi d'une telle pension qu'après le divorce (art. 301, § 9, al. 1^{er} C. civ.). Aucune limitation de ce type n'est, par contre, prévue dans le cadre de la procédure de divorce par consentement mutuel (art. 233 C. civ.).
- La *vente entre époux* est interdite sauf dans quatre cas énumérés par la loi (art. 1595 C. civ.), ceci pour éviter les collusions entre *époux* au détriment des créanciers ou de leurs enfants, futurs héritiers⁽³³⁾. Quant au *rachat par un époux d'une part indivise de l'autre*, elle ne peut avoir lieu qu'en vente publique ou moyennant l'autorisation du tribunal (art. 1469 C. civ.).
- La validité des *conventions matrimoniales* (contrat de mariage) est soumise au respect de l'ordre public et des bonnes mœurs (art. 1387 C. civ.) (*supra*, n° 4) et à des restrictions supplémentaires précisées par la loi :
 - Les *époux* ne peuvent pas déroger aux règles qui fixent leurs droits et devoirs respectifs (régime primaire),
 - Ils ne peuvent déroger aux règles relatives à l'autorité parentale et à la tutelle
 - Ils ne peuvent déroger aux règles déterminant l'ordre légal des successions (art. 1388, al. 1 C. civ.). Cette dernière restriction connaît une exception lorsqu'il y a un enfant d'un premier mariage : il est permis de réduire les droits du conjoint survivant sauf en ce qui concerne son droit réservataire à l'usufruit du logement familial (art. 1388, al. 2 C. civ. – Pacte Valkeniers).
 - La doctrine et la jurisprudence ont formulé une exigence liée à la *cohérence du régime matrimonial* imposant, ainsi, le respect des principes essentiels du régime choisi (par exemple, en régime

(33) Un projet de loi réformant le droit des successions vise, toutefois, à abolir cette interdiction.

de communauté, la mise en commun des revenus professionnels)(34).

B. Les *cohabitants légaux* sont autorisés à régler les modalités de leur cohabitation par convention mais leur liberté contractuelle est également limitée. En effet, la convention devra respecter :

- l'article 1477 du C. civ. (régime primaire : protection du logement familial, solidarité pour les dettes du ménage et l'éducation des enfants,...), les bonnes mœurs, les règles relatives à l'autorité parentale, à la tutelle et à l'ordre légal des successions (art. 1478, al. 4 C. civ.) ;
- le respect des droits de leurs créanciers (art. 1167 C. civ.) ;
- la liberté individuelle de rupture ;
- la prohibition des pactes successoraux (35).

C. Les partenaires en *union libre* peuvent conclure des conventions de vie commune. Leur liberté contractuelle n'est, toutefois, pas totale, bien que non limitée par des dispositions spécifiques du Code civil, comme pour les deux précédentes formes de couple. Elle est principalement limitée par *l'indisponibilité de l'état des personnes* qui cantonne, dès lors, les conventions d'union libre au domaine patrimonial.

Ainsi, ne sont pas admises :

- une convention imposant/limitant la *cohabitation* : elle serait, en effet, contraire à l'ordre public, au droit à la maîtrise du corps et à la liberté du mariage (art. 12 C.E.D.H.) ;
- une obligation conventionnelle de *fidélité* : elle empièterait sur le droit à la maîtrise du corps (art. 8 C.E.D.H.).

D'autres conventions sont admises, mais doivent être envisagées avec prudence :

- Les conventions relatives à la *rupture* et au règlement de ses conséquences. Elles sont admises pour autant qu'elles ne dérogent pas – même indirectement – aux principes pré rappelés. Sans que ces conventions ne puissent limiter la *liberté de rupture* (art. 8

(34) Cass., 17 septembre 2007, *Arr. Cass.*, 2007, p. 1639 ; *Juristenkrant*, 2007, liv. 159, p. 1, reflète R. VASSEUR ; *NjW*, 2007, p. 797, note G. DE MAESSENEIRE : *Pas.*, 2007, p. 5123 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 562 (somm.), note et p. 1300 ; *R.W.*, 2007-08, p. 534, note J. DU MONGH et CH. DECLERCK ; *T. Fam.*, 2008, p. 72, note K. BOONE.

(35) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 434-436, n^{os} 423-427.

C.E.D.H.), elles peuvent valablement *modaliser* l'exercice de cette liberté en prévoyant, par exemple, un délai raisonnable d'occupation par un des partenaires de la dernière résidence du couple, un montant de contribution financière du partenaire le plus aisé aux (dernières) charges du ménage, des indemnités éventuelles pour le préjudice lié à la rupture (sans qu'elles n'excèdent les dommages prévisibles ni ne s'apparentent à des clauses pénales), le versement d'une rente alimentaire (voir ci-dessous).

- Il est possible de convenir d'une *obligation alimentaire conventionnelle*. Cette obligation devra être de durée limitée et d'ampleur raisonnable (pour respecter la liberté de rupture des partenaires). Elle ne pourra pas mettre en péril la capacité du débiteur à s'acquitter de ses autres obligations alimentaires, notamment envers un conjoint ou un enfant.

La *prohibition des pactes successoraux* (art. 1130 C.civ.) empêche les partenaires de conclure des conventions dérogoratoires à la dévolution légale(36). Toutefois, les *clauses d'accroissement*, par lesquelles les partenaires conviennent que part du prémourant dans un bien indivis accroîtra celle du survivant par une cession réciproque de droits sous condition suspensive du prédécès, ne sont pas de tels pactes(37).

Quel que soit le statut du couple parental, les conventions relatives à *l'exercice de l'autorité parentale* seront précaires dans la mesure où elles pourront toujours être remises en cause par le juge dans l'intérêt de l'enfant (art. 387bis C. civ.) : elles ne valent que *rebus sic stantibus*.

C. – § 2. VERTICAL FAMILY LAW

6 : *Shortly describe the parent-child family relation(s) in your legal system. Who are the legal parents ? who is instituted with parental authority ? what does parental authority encompass ? Which alimony obligations exist ?* (38)

La filiation est le lien juridique qui unit un enfant à son père et/ou sa mère.

(36) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 393-395 et 414-417, n^{os} 376, 378 et 397.

(37) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 417-419, n^o 398.

(38) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 572 et s. ; A.-Ch Van Gysel, *Précis de droit de la famille*, Bruylant 2009, p. 570.

Le Code civil organise trois modes successifs d'établissement de la filiation, étant la loi (acte de naissance pour la filiation maternelle et présomption de paternité pour la filiation paternelle), la reconnaissance volontaire et le jugement sur action en recherche de filiation.

Pour la filiation maternelle, l'acte de naissance constitue le mode d'établissement habituel sinon exclusif (art. 312 C. civ.) dans la mesure où il doit obligatoirement indiquer le nom de la femme qui accouche, cette mention établissant la filiation maternelle de l'enfant quel que soit l'état civil de cette femme.

Il n'y a donc que dans l'hypothèse d'un accouchement à l'étranger avec un état civil incomplet ou dans celle d'un accouchement clandestin que l'acte de naissance ne constitue pas le mode d'établissement automatique de la maternité.

Certaines propositions de loi visent à introduire en droit belge un « accouchement dans la discrétion » qui permettrait à la femme qui accouche de demander que son nom ne figure pas dans l'acte de naissance qui ne constituerait donc pas, en ce cas, le titre de la maternité, l'enfant ayant toutefois accès à certaines informations – au moins non identifiantes –, aux fins de respecter son droit à la connaissance des origines.

Pour la filiation paternelle, le premier mode d'établissement est la présomption légale de paternité de l'article 315 du Code civil qui désigne le mari de la mère comme père de tout enfant né dans le mariage ou dans les 300 jours de sa dissolution.

Cette présomption fondée sur les obligations spécifiques du mariage – cohabitation et fidélité –, est réservée au seul mariage hétérosexuel.

Elle peut être « désactivée » sur déclaration conjointe de la mère et de son époux lors de la déclaration de naissance, lorsque les époux sont séparés de fait ou suite à une décision judiciaire pendant toute la période légale de conception de l'enfant.

Elle peut également être contestée si elle ne correspond pas à la vérité biologique sur action – essentiellement –, du mari, de la mère, de l'enfant et de l'homme qui revendique la paternité, ce dernier étant tenu d'établir sa paternité en remplacement de celle contestée du mari de la mère.

A défaut d'établissement par la loi, la filiation peut également s'établir par voie de reconnaissance volontaire devant un officier de l'état civil ou un notaire moyennant, si l'enfant est mineur, le consentement du parent à l'égard duquel la filiation est établie et

le consentement de l'enfant âgé de plus de douze ans. Si l'enfant est majeur ou mineur émancipé, seul son consentement personnel est requis.

En cas de refus de l'enfant majeur ou mineur émancipé, aucun recours n'est mis en place, ce refus constituant donc un réel droit de véto.

Dans l'hypothèse d'un refus de consentement pour un enfant mineur, un recours judiciaire est ouvert, le tribunal compétent pouvant autoriser la reconnaissance nonobstant le refus de consentement s'il est établi que le candidat à la reconnaissance est le parent biologique et si cette reconnaissance n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant.

La filiation peut enfin être établie subsidiairement par décision de justice, par le biais d'une action en recherche de paternité ou de maternité.

Une telle action n'aboutira que pour autant que la preuve de la filiation biologique soit apportée et que le consentement requis pour une reconnaissance soit obtenu.

L'autorité parentale est un effet de la filiation et appartient donc au(x) parent(s) vis-à-vis duquel ou desquels le lien juridique de filiation est établi.

Lorsque ce lien est double, l'autorité parentale appartient et est exercée conjointement par les deux parents, quel que soit leur situation de conjugalité : leur mariage, cohabitation, concubinage, séparation, divorce n'a pas en principe d'incidence sur le caractère conjoint de l'exercice de l'autorité parentale.

La loi crée une présomption d'accord parental à l'égard de tout tiers de bonne foi – entendu comme celui qui n'a pas connaissance du désaccord d'un des parents et qui ne peut en avoir connaissance -, qui peut donc contracter avec un seul parent en présument que celui-ci agit avec l'accord de l'autre parent.

Seules des circonstances exceptionnelles – conflit persistant entre père et mère ou prise de décision contraire à l'intérêt de l'enfant – peuvent conduire à confier l'autorité parentale exclusive à un parent ; l'autre parent conserve en ce cas un droit aux relations personnelles et un droit de surveillance de l'éducation (art. 374 C. civ.).

L'autorité parentale comprend différents « droits-fonctions » permettant au(x) parent(s) de prendre les décisions relatives à la personne et au patrimoine de leur enfant mineur.

Elle comprend aussi un droit-fonction d'hébergement et un devoir de surveillance, éducation, entretien, formation de l'enfant.

Elle comprend également un volet « administration légale » correspondant à la gestion – toujours conjointe – du patrimoine de l'enfant, sous réserve du contrôle exercé par le juge de paix par le biais de l'obligation d'obtenir son autorisation spéciale et préalable pour certains actes jugés comme étant les plus dangereux pour le patrimoine (art. 378 C. civ.).

Enfin, le ou les parent(s) ont un droit de jouissance légale (art. 384 C. civ.) pendant la minorité de leur enfant. Ce droit leur permet de prélever et utiliser les revenus du patrimoine de leur enfant à charge de les affecter par priorité aux frais de son entretien et de son éducation.

Ce droit de jouissance légale ne s'étend pas aux revenus professionnels ni aux revenus des biens donnés ou légués à l'enfant sous condition expresse d'absence de tout droit de jouissance légale.

D'un point de vue alimentaire, les parents sont soumis à une obligation d'entretien, de formation et d'éducation des enfants en vertu de l'article 203 du Code civil.

Cette obligation s'exerce en principe en nature au logement familial mais peut toutefois, dans certaines conditions – séparation... – être exécutée par équivalent soit par le versement d'une contribution alimentaire dont le montant varie suivant le besoin de l'enfant et les revenus des parents.

Cette obligation s'achève non pas à la majorité de l'enfant, mais au jour où sa formation est achevée, soit au jour où l'enfant est apte à couvrir les frais de son entretien personnel.

Précisons enfin qu'il existe également une obligation alimentaire réciproque, limitée aux besoins élémentaires de la vie, entre descendants et ascendants ; il s'agit d'une obligation réciproque de droit commun, limitée à la couverture de l'état de besoin.

7 : Describe if and how legal parenthood may be contractually established or excluded. Think of anonymous or discrete birth, agreements on (artificial) insemination, use of gametes or embryos, (open) adoption agreements etc.

La procréation médicalement assistée est autorisée en droit belge par la loi du 6 juillet 2007 qui précise que la filiation sera établie vis-à-vis des auteurs du projet parental sur base des conventions conclues avec les centres de fécondation.

Aucun lien de filiation ne pourra jamais être établi entre l'enfant et les donneurs génétiques(39). Toute action relative à la filiation et ses effets est exclue, que ce soit par l'enfant ou par les donneurs génétiques.

Cette exclusion est renforcée par la règle de l'anonymat du don ; si l'anonymat pour le don d'embryon est absolu, le don de gamète peut ne pas l'être s'il y a accord entre receveur et donneur, étant toutefois précisé que même en ce cas, le centre de fécondation est tenu au secret professionnel en manière telle que l'enfant n'aura jamais accès à des données identifiantes quant au donneur.

La gestation pour autrui couvre les hypothèses dans lesquelles une femme accepte de mener une grossesse à terme dans l'intention de céder l'enfant à la naissance à des parents intentionnels qui sont les auteurs du projet parental.

La gestation pour autrui n'est pas autorisée en droit belge ni expressément interdite mais on peut considérer que la convention est frappée de nullité absolue par application des règles d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ainsi que par référence à la règle également d'ordre public de l'article 312 du Code civil qui donne à la femme qui accouche le droit inaliénable d'établir sa maternité.

Toutefois, en cas d'exécution volontaire de la convention, les tribunaux cherchent à trouver une solution permettant d'assurer à l'enfant un lien de filiation stable et protégé vis-à-vis des parents intentionnels.

Le plus souvent, le père intentionnel – qui est également le plus souvent le père génétique –, reconnaît l'enfant tandis que la mère intentionnelle procède à son adoption.

Les tribunaux considèrent le plus souvent que cette adoption n'est pas le dernier acte d'exécution d'une convention de gestation pour autrui illicite *de lege lata* mais constitue une institution distincte répondant à ses propres conditions - justes motifs et respect de l'intérêt de l'enfant – qui, dans l'état actuel du droit, est la seule technique de filiation permettant de rattacher l'enfant à ses parents intentionnels.

(39) N. GALLUS, « approche juridique nouvelle des parentés et parentalités en droit belge », *rev. Dr. Ulb.*, 2008, pp. 147-148 ; N. MASSAGER, *droit familial de l'enfance*, Bruylant, 2009, Bruxelles, p. 51 ; G. GENICOT, « la maîtrise du début de vie : la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée », *J.T.*, 2009, p. 17.

Des propositions de loi ont été déposées au parlement pour, soit interdire, soit encadrer la pratique de la gestation pour autrui en définissant les exigences éthiques minimales – conditions d'accès à la gestation pour autrui, contrôle du consentement de la mère porteuse, absence de toute commercialisation, droit de repentir, ... -, qui seraient exigées.

L'adoption, enfin, est conçue comme une institution subsidiaire de protection de l'enfant.

Elle a perdu son caractère contractuel depuis la réforme du 24 avril 2003 : l'adoption a cessé en effet d'être une convention homologuée par le tribunal pour devenir une filiation substitutive (adoption plénière) ou additionnelle (adoption simple) prononcée par le tribunal dans l'intérêt de l'enfant pour de justes motifs et dans le respect de ses droits fondamentaux (art. 344-1 C. civ.).

L'adoption simple peut concerner tant des adoptés mineurs que majeurs alors que l'adoption plénière ne s'adresse qu'aux adoptés mineurs.

L'adoption simple crée un lien entre l'adoptant, d'une part, et l'adopté et ses descendants, d'autre part, lien qui se superpose à la famille d'origine.

L'adoption plénière au contraire supprime les liens avec la famille d'origine – sous réserve des empêchements à mariage -, mais fait entrer l'adopté dans la famille du ou des adoptant(s) comme s'il s'agissait d'un enfant né de cet ou ces adoptant(s).

L'adoption simple ou plénière peut être réalisée par une personne seule ou un couple marié, cohabitant légal ou en concubinage affectif depuis 3 ans, la différence de sexe entre les adoptants n'est plus requise depuis la loi du 18 mai 2006 (art. 343 C. civ.).

Des dérogations aux effets de l'adoption simple ou plénière sont prévues lorsque l'adoption est intrafamiliale, c'est-à-dire lorsque l'adoptant adopte l'enfant de son conjoint ou de son cohabitant.

En adoption simple intrafamiliale, l'autorité parentale appartient conjointement à l'adoptant et au parent d'origine et non pas exclusivement à l'adoptant.

En adoption plénière intrafamiliale, le lien avec la famille du conjoint ou du cohabitant de l'adoptant ne sera pas rompu et l'autorité parentale sera donc exercée conjointement par l'adoptant et son partenaire.

8 : describe if and how a person can be contractually vested with parental authority as a whole, or with aspects thereof only (if applicable).(40)

En droit belge, l'autorité parentale est une matière d'ordre public et ne peut donc faire l'objet d'une convention en tant que telle.

L'autorité parentale découle en effet de la filiation qui confère à son ou ses titulaires des droits fonctions indisponibles.

Toutefois, il reste possible de trouver des accords entre parents en vue d'aménager ou de modaliser l'exercice de leurs prérogatives parentales dans la mesure où ces accords sont conformes à l'intérêt du ou des enfants concernés.

Des parents ne pourraient donc pas convenir amiablement de céder leur autorité parentale à un tiers, ni d'y renoncer volontaire ; Ils pourraient par contre aménager l'exercice de cette autorité, par exemple, en fixant conventionnellement l'organisation de l'hébergement de l'enfant en cas de séparation.

9 : Can parents – i.e. persons with parental authority over a child – conclude contracts with civil effect in regard of the content of educational choices, particularly upon divorce or separation ? think of religious education (and circumcision), school career, etc.(41)

En droit belge, l'autorité parentale implique que le ou les parents se voient reconnaître des prérogatives qui devront être mises au service de l'intérêt de l'enfant mineur tant en ce qui concerne les orientations à prendre relativement à son éducation que de manière générale, pour toutes les décisions nécessaires à son bien-être et son devenir.

L'exercice conjoint de l'autorité parentale constituant la règle, il appartiendra aux parents d'effectuer, de commun accord, les meilleurs choix dans l'intérêt de leur enfant.

Ainsi, le baptême et la circoncision relèvent certainement de l'autorité conjointe, tout comme tout autre acte de la vie religieuse ou de l'engagement philosophique impliquant les enfants mineurs.

L'orientation scolaire doit être perçue de la même manière et relèvent ainsi de l'autorité parentale conjointe : le choix de l'école,

(40) Y.-H. LELEU, *droits des personnes et des familles*, 2^{ème} éd., Larcier, 2010, Bruxelles, pp. 693 et s. ; MASSAGER, *droit familial de l'enfance*, Bruylant, 2009, Bruxelles, pp. 265 et s.

(41) MASSAGER, *droit familial de l'enfance*, Bruylant, 2009, Bruxelles, pp. 269 et s.

la décision de changer d'établissement scolaire, le choix des orientations, de la langue, des cours de morale ou de religion.

La délégation conventionnelle de l'autorité parentale à un tiers – sous réserve de la seule garde matérielle – n'est pas autorisée sauf dans l'hypothèse de la tutelle officieuse (art. 475*bis* C. civ.), institution de nature contractuelle organisée devant un notaire ou devant le juge de paix et entérinée par le tribunal de la jeunesse afin de conférer à un tiers certaines prérogatives de l'autorité parentale – entretien, éducation et garde matérielle du mineur ainsi que l'administration de ses biens -, tout en laissant aux père et mère l'autorité juridique et le pouvoir de décision sur les choix fondamentaux (consentement au mariage, à l'adoption, droit de requérir l'émancipation ...).

10 : *Can parents – i.e. persons with parental authority over a child – conclude contracts with civil effects in regard of the housing of the child, particularly upon divorce or separation* ?(42)

Chaque parent demeure parfaitement libre de choisir un nouveau domicile et/ou une résidence pour lui-même mais non pas pour l'enfant.

La fixation de la résidence et du domicile des enfants est une décision qui relève en effet de l'autorité parentale conjointe.

L'exercice conjoint de cette autorité parentale implique donc nécessairement que les parents conviennent ensemble du changement de domicile ou de résidence de l'enfant ou, le cas échéant, soumettent leur différend au tribunal compétent.

11 : *Can parents – i.e. persons with parental authority over a child – dissolve the parent-child relation, in a contract between them or with the (major) child* ?

La matière de la filiation et de l'autorité parentale étant indisponible, il n'est pas permis aux parents de créer ou de dissoudre la relation parent-enfant par un contrat.

L'autorité parentale pourrait être maintenue sur l'enfant par le recours à la minorité prolongée, consistant en un maintien fictif de la personne sous régime de minorité au titre de régime de protection par représentation de l'enfant atteinte d'une maladie mentale.

Ce régime est destiné à disparaître avec l'entrée en vigueur de la loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant

(42) MASSAGER, *droit familial de l'enfance*, Bruylant, 2009, Bruxelles, pp. 282 et s.

un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine ; cette loi uniformise par la voie du régime de l'administration de la personne et/ou des biens, les régimes actuels différents de protection des majeurs incapables.

On rappellera également ici que si l'autorité parentale comme tel ne peut pas faire l'objet de convention entre les père et mère titulaires, son exercice peut être aménagé conventionnellement ou judiciairement (en ce compris le placement de l'enfant en famille d'accueil) et donc l'attribution à un « tiers » de la garde matérielle.

12 : *Shortly describe the horizontal family law relations in your legal system. Wich types of partnerships are recognized by law. Shortly describe the conditions of formation, the default content in primarily family (not property law) and the legal conditions of dissolution.*

A. Le *mariage* est encore le statut principal des couples, en termes qualitatifs et quantitatifs.

Il est célébré par l'officier de l'état civil et dissout par un juge. Il n'y a pas de divorce administratif en Belgique. La loi organise une protection particulière du consentement à mariage, qui doit être libre, ne peut être forcé ni simulé. La répression des mariages forcés et simulés est civile et pénale (nullité et sanctions).

La loi impose aux époux des obligations personnelles de cohabitation, de fidélité, d'assistance et de secours (*supra*, n° @). Le devoir de secours (art. 213 C.civ.) exprime la solidarité alimentaire entre époux, le partage des niveaux de vie pendant le mariage.

Toutes les personnes mariées sont également soumises au régime matrimonial primaire, un statut impératif assurant une protection minimale quel que soit le régime matrimonial choisi par contrat de mariage. Le régime primaire assure :

- le choix de la résidence conjugale (art. 214 C.civ.)
- la protection du logement familial contre les actes de disposition du conjoint (art. 215 C.civ.)
- le libre choix d'une profession (art. 216 C.civ.)
- la libre disposition des revenus (art. 217 C.civ.)
- la liberté d'ouverture de comptes et coffres bancaires (art. 218 C.civ.)
- la révocabilité des mandats entre époux (art. 219 C.civ.)

- la protection contre les défaillances de volonté du conjoint (art. 220 C.civ.)
- la contribution aux charges du mariage (art. 221 C.civ.)
- la solidarité pour le paiement des dettes ménagères (art. 222 C.civ.)
- les mesures urgentes et provisoires (art. 223 C.civ.)
- l'annulabilité d'actes contraires au régime primaire ou d'actes sans contreparties (donations, suretés) mettant en péril les intérêts de la famille (art. 224 C.civ.).

Le mariage est dissout par le divorce. Il existe deux formes de divorce⁽⁴³⁾ dont aucune n'est basée sur un comportement fautif : le divorce pour désunion irrémédiable (art. 229 C.civ.) et le divorce par consentement mutuel (art. 233 C.civ.).

Le divorce pour désunion irrémédiable, une notion objective, est obtenu selon trois voies :

- la désunion irrémédiable est *prouvée* par des faits, sans qu'ils soient qualifiés à ce stade de fautes : le juge peut prononcer le divorce sans délai (art. 229, § 1^{er}) ;
- le divorce est demandé par les deux époux *conjointement* : le juge doit constater la désunion irrémédiable et prononcer le divorce s'ils sont séparés depuis plus de 6 mois avant la demande, ou s'ils forment cette demande à deux reprises devant lui, dans un délai maximal de 3 mois entre les deux demandes (art. 229, § 2) ;
- le divorce est demandé *unilatéralement* par un époux : le juge doit constater la désunion irrémédiable et prononcer le divorce si les époux sont séparés depuis plus de 1 an avant la demande, ou si le demandeur exprime cette demande à deux reprises devant lui, dans un délai maximal de 1 an entre les deux demandes (art. 229, § 2).

Le divorce produit des effets personnels (dissolution du mariage, possibilité de remariage, etc...) et patrimoniaux, notamment la pension alimentaire éventuelle (art. 301 C.civ.) et la dissolution du régime matrimonial (art. 1427 C.civ.).

La pension alimentaire est octroyée en fonction des besoins économiques du créancier, mais en tenant compte également du niveau de vie des époux durant la vie commune. Elle est limitée à la durée

⁽⁴³⁾ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 440, n° 433.

du mariage et peut être supprimée si le créancier a commis une faute grave ayant rendu impossible la poursuite de la vie commune. Elle doit être supprimée en cas de violences conjugales (art. 301 C.civ.).

B. La *cohabitation légale* a été instaurée par la loi du 23 novembre 1998. Elle rencontre un succès croissant pour diverses raisons d'ordre sociologique ou psychologique. Même si elle produit de plus en plus d'effets juridiques, la protection qu'elle confère aux cohabitants est très inférieure à celle du mariage.

Une déclaration de cohabitation légale peut être effectuée devant l'officier de l'état civil par (art. 1475 C.civ.) : deux personnes; en situation de vie commune; qui ne sont pas liées par un mariage ou par une autre cohabitation légale et qui sont capables de contracter.

La nature de la relation entre les deux cohabitants légaux est indifférente : ils peuvent être de sexe différent ou de même sexe ; ils peuvent même être apparentés.

Le régime juridique de la cohabitation légale est inspiré d'une partie du régime matrimonial primaire (impératif), avec l'importante différence qu'il suffit de rompre, sans formalités, la cohabitation légale, pour faire cesser ces effets. Les dispositions du régime matrimonial primaire applicables sont (art. 1477 C.civ.).

- La protection du logement où les déclarants cohabitent ;
- L'obligation de contribuer aux charges de la cohabitation ;
- La solidarité à l'égard des tiers pour les dettes en relation avec le ménage ;
- La possibilité d'intervention du juge pour ordonner des mesures urgentes et provisoires.

Pour le surplus, les cohabitants légaux ne sont obligés à aucune obligation personnelle (ex. devoir de fidélité) ni solidarité économique pendant la cohabitation. Aucun patrimoine commun avec le cohabitant n'est créé; la présomption d'indivision des biens peut toutefois être aménagée contractuellement.

Au contraire du mariage, la cohabitation légale peut être très facilement dissoute, même sur décision unilatérale (art. 1476, § 2 C.civ.). Elle n'entraîne aucune obligation alimentaire.

Depuis 2007, la cohabitation légale est dotée d'effets successoraux, non réservataires, au profit du cohabitant survivant (attribution en usufruit du logement familial)(44).

C. *L'union libre* n'est pas sans réglementation, même si aucune disposition légale de droit civil n'impose des obligations entre les partenaires non mariés.

La jurisprudence reconnaît la légitimité de l'union libre, et le droit fiscal ainsi que le droit de la sécurité sociale procèdent à quelques assimilations au mariage.

Une obligation naturelle de contribution aux charges du ménage existe entre partenaires, qui n'a pas pour effet de permettre de réclamer une pension alimentaire après rupture, mais qui stabilise les paiements faits à ce titre pendant l'union.

L'union libre est dissoute sans formes, mais aussi sans commettre de fautes (dommages-intérêts en cas de rupture dommageable).

13 : Formation. *Would it be possible either to opt in or opt out substantive or formal conditions to enter into a relation? A possible substantive condition may be a contract by which an adult person promises not to marry before reaching an age that is higher than the legal marriageable age. A possible procedural condition might be the requirement to ask the consent to the marriage from the chieftain, the family council, grandparents etc.*

Il n'est pas possible de s'engager contractuellement à respecter certaines conditions pour former une relation de couple ou familiale. Une telle convention, par exemple un engagement de contracter mariage(45), serait nulle car contraire à la liberté individuelle.

Ce type de clause pourrait néanmoins être envisagé, de manière indirecte, à l'occasion d'une autre convention. Serait ainsi valable une libéralité octroyée sous la condition résolutoire suivante : « *je révoque ma donation si le donataire n'est pas marié à l'âge de 35 ans* »(46).

Seule la loi peut prévoir des conditions de fond et de forme pour nouer une relation, ce qu'elle fait pour le mariage et, dans une moindre mesure, pour la cohabitation légale.

(44) R. BARBAIX, "Het erfrecht van de langstlevende wettelijk samenwonende partner", *TEP* 2007, 442; F. TAINMONT, "La loi du 28 mars 2007 relative aux droits successoraux du cohabitant légal. Aspects civils", *RTDF* 2008, 7.

(45) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 334, n° 317.

(46) F. SWENNEN, "Contractualisation of Family Law in Continental Europe", *Familie & Recht*, 2013.

A. Les candidats au *mariage* doivent ainsi avoir atteint l'âge de 18 ans (art. 144 C. civ.), avec possibilité de dispense (art. 145 C. civ.), ne pas présenter certains liens de parenté entre eux (art. 161 à 163 C. civ.), également avec possibilité de dispense selon le lien (art. 164 C. civ.), ne pas être déjà unis par un mariage non dissous.

B. Les *cohabitants légaux* doivent également être majeurs (sauf dispense analogue au mariage), capables de contracter et ne pas être déjà liés par un mariage ou une autre cohabitation légale (art. 1475 C. civ.). Il n'existe par contre aucune prohibition relative au lien de parenté. La cohabitation légale peut être conclue, par exemple, entre un parent et son enfant.

C. L'*union libre* n'est quant à elle soumise à aucune condition de fond ni de forme.

14 : Non-patrimonial content. What is the legal effect, if any, on the non-patrimonial rights and obligations between partners, if applicable ? Under personal mag be understood : the obligation to live together, to have sexual intercourse, the prohibition of adultery, support etc.

A. Les couples *mariés* sont soumis à différentes obligations personnelles légales : devoir de cohabitation, de fidélité, d'assistance, de secours (art. 213 C. civ.) et de contribution aux charges du mariage (art. 221 C. civ.). Ces obligations font partie du régime matrimonial primaire des époux, auquel on ne peut déroger par contrat (art. 1388 C. civ.).

Ces obligations ne sont pas sanctionnées en nature, sauf si la faute que constitue leur violation est « grave » et justifie une privation du droit aux aliments après divorce (art. 301, § 2, al. 2, C. civ. ; *supra*, n° 12).

B. Les *cohabitants légaux* ne sont soumis à aucune obligation personnelle en vertu de la loi (pas même celle de cohabiter), si ce n'est l'obligation de contribuer aux charges de la vie commune en proportion de ses facultés (art. 1477 C. civ.).

C. Il n'existe aucune obligation personnelle, pas même de secours, entre les partenaires en *union libre*. Seule une obligation naturelle de secours est reconnue, laquelle est cependant impuissante à fonder une obligation pour le futur, après rupture(47).

(47) La théorie de l'obligation naturelle ne sert qu'à empêcher de devoir restituer des contributions volontaires : Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 394-395, n° 377 et 379.

Tant les cohabitants légaux que les cohabitants de fait ont la possibilité de rédiger une *convention de vie commune*, laquelle pourra imposer certaines obligations personnelles. Le contenu de cette convention est toutefois limité par la liberté de chaque partenaire de rompre la relation, l'indisponibilité de l'état des personnes et la prohibition des pactes sur successions futures. Il reste possible d'y stipuler une obligation de secours ou de contribution aux charges du ménage entre partenaires durant la relation, voire une obligation alimentaire après rupture, mais limitées (48).

15. Patrimonial content. What is the legal effect on the patrimonial rights and obligations between partners, if applicable ? Patrimonial valuation of the help by a woman to her ill husband., Exclusion of certain income or the calculation of a spouses's contribution to the household expenses.

Les différents statuts de couple offrent différentes formes de partage des ressources du ménage et différentes protections, plus ou moins efficaces, contre les appauvrissements liés au couple.

A. Le *mariage* entraîne l'application du régime légal de communauté si les époux ne l'excluent pas par contrat de mariage. Tous les revenus et les biens acquis au moyens de revenus sont communs (art. 1405 C.civ.). Sont communs à titre résiduaire tous les biens non qualifiés propres, essentiellement les biens que chaque époux possédait avant le mariage et ceux qu'il acquiert par succession ou donation (art. 1399 C.civ.). Ainsi les époux se partagent, en principe par moitié, les enrichissements réalisés par chacun durant le mariage : les acquêts. Ce régime offre une protection maximale contre les appauvrissements liés à la vie en couple : déficit de carrière professionnelle pour le conjoint qui accomplit des tâches non rémunérées au détriment de celle-ci ; pertes de biens propres s'il les investit dans des biens communs ou pour payer des dettes communes. L'appauvrissement professionnel est compensé par la communauté des revenus et des acquêts (art. 1405 C.civ.). L'appauvrissement du patrimoine propre est compensé par le mécanisme des récompenses (art. 1432-1436 C.civ.).

Si les époux excluent le régime légal pour adopter le régime de la séparation de biens pure et simple, sans correctif associatif ou communautaire (art. 1466-1469 C.civ.), ces mécanismes ne s'appliquent pas. L'appauvrissement professionnel n'est pas compensé par la

(48) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 414, n° 397.

loi, pas plus que l'appauvrissement des patrimoines propres. L'appauvrissement professionnel lié à des collaborations économiques non rémunérées entre époux est soumis au droit commun des obligations, et trouve, en jurisprudence, une compensation via la théorie de l'enrichissement dans cause (art. 1371 C.civ.). Il faut prouver un transfert de valeurs au profit du conjoint aidé, supérieur à l'obligation du conjoint aidant à contribuer aux charges du mariage (art. 221 C.civ.). L'appauvrissement d'un patrimoine personnel au profit d'un patrimoine indivis ou du patrimoine personnel de l'autre conjoint trouve aussi, en jurisprudence, une compensation via la théorie de l'enrichissement sans cause, le transfert de richesses étant plus souvent considéré injuste lorsqu'il profite au patrimoine personnel de l'autre conjoint qu'au profit du patrimoine indivis. La jurisprudence est cependant très divisée, certains juges estimant que les collaborations ou les transferts de richesses volontaires ne doivent pas être indemnisés.

B. En *cohabitation légale*, les partenaires sont soumis à un régime patrimonial de séparation de biens pure et simple. Le droit commun (enrichissement sans cause) régit les éventuelles demandes d'indemnisation de collaborations entre époux ou de transferts injustifiés de richesses entre patrimoines. Les cohabitants légaux peuvent souscrire des conventions de cohabitation, mais ne peuvent instaurer entre eux un régime de communauté sur les acquêts semblable à celui des époux.

C. En *union libre* les partenaires lésés par une collaboration économique ou un transferts de richesses ont les mêmes remèdes que les époux séparatistes, tirés du droit commun des obligations. Ils peuvent, encore moins que les cohabitants légaux, souscrire des conventions de type communautaire.

16 – Dissolution. Would it be possible either to opt in or opt out substantive or formal conditions to dissolve a relation ? A substantive condition might be the exclusion of certain grounds for (no-)fault divorce. A procedural condition might be the requirement of the consent of a family council etc.

A. La dissolution du *mariage* ne peut intervenir que par la mort d'un des époux ou par le divorce (art. 227 C. civ.). En dehors de ces exceptions, le principe en droit belge reste celui de *l'indissolubilité*

du mariage(49), à combiner avec celui de l'indisponibilité de l'état des personnes.

Partant du principe selon lequel le mariage modifie l'état des personnes et crée des obligations juridiques entre époux et à l'égard des tiers pour une durée indéterminée, le droit belge soustrait sa dissolution à l'autonomie des volontés individuelles. Les causes de divorce sont, ainsi, limitativement énumérées (*supra*, n° 12).

B. Les couples non mariés – en *union libre* ou en *cohabitation légale* – bénéficient d'une liberté de rupture et ne peuvent conclure de conventions que dans le respect de celle-ci. Il n'est donc pas possible de soumettre la rupture à des conditions – quelles qu'elles soient – mais seulement de modaliser l'exercice de cette liberté (*cf. supra*, n° 5).

17 – Dissolution. Please describe the possibilities, if any, to conclude an agreement on post-divorce support. If applicable, shortly describe the difference between support duties on the one hand and division of property on the other, and the relation between the two.

A. Pour les couples *mariés*, les règles diffèrent selon que l'on est en dehors d'une procédure de divorce ou dans le cadre d'une telle procédure et, dans ce dernier cas, selon qu'il s'agit d'un *divorce pour cause de désunion irrémédiable* (art. 229 C. civ.) ou d'un *divorce par consentement mutuel* (art. 230 C. civ.).

- Des accords anticipés sur les effets du divorce entre époux *pendant le mariage*, en dehors de toute procédure en divorce, ne sont pas admis ;
- Dans le cadre d'une procédure de divorce *pour cause de désunion irrémédiable*, de tels accords sont possibles en vue du jugement (art. 301, § 1^{er} C. civ.). Il s'agira de convenir l'octroi de la pension, le montant de celle-ci et les modalités selon lesquelles ledit montant pourra être revu. Il n'est, par contre, pas possible de renoncer à l'octroi d'une pension alimentaire avant que le divorce soit prononcé (art. 301, § 9, al. 1^{er} C. civ.) (*supra*, n° 5).
- Dans le cadre du *divorce par consentement mutuel*, de tels accords doivent être conclus dans le cadre des conventions préalables à divorce (art. 1288, 4^o C. jud.), et sont soumis la condition suspensive du prononcé du divorce.

(49) D. STERCKX, "Mariage en droit civil", *Rép. Not.*, t. I, l. 9/1, éd. 2004, pp. 68-69, n° 21-24.

Les conventions patrimoniales relatives à la répartition des biens entre époux (*division of property*) sont interdites sauf dans un contrat de mariage (dans les limites des articles 1387 et 1388 C. civ.), ou dans un contrat modificatif du régime matrimonial existant (dans le respect de la procédure prévue à cet effet : art. 1394-1396 C.civ.).

De tels accords patrimoniaux peuvent et doivent être conclus en cas de divorce par consentement mutuel (art. 1287 C. civ.), mais sont soumis à la même condition suspensive que le règlement des effets personnels du divorce.

B. Pour les couples non mariés – en *union libre* ou en *cohabitation légale* – il est possible de conclure de telles conventions alimentaires (*support duties*) dans les limites examinées ci-avant (*supra*, n° 5).

Chapter III. Procedural contractualisation

§ 1. JURISDICTION

18 : Which ADR-techniques whereby parties resolve or settle their conflicts themselves are applied in your legal system in general (e.g. mediation, family councils etc.) ? distinguish between in-court and out-court ADR(50)

En droit belge, on connaît différents modes alternatifs de règlement des conflits entre parties : la négociation, la conciliation, la médiation.

La négociation consiste en ce que les parties tentent, préalablement à toute procédure judiciaire – ou même en cours de procédure judiciaire –, de parvenir à un accord et ce, en dehors de toute organisation règlementaire.

La négociation n'étant pas encadrée juridiquement, elle reste soumise au droit commun des obligations et de la responsabilité.

La conciliation peut être judiciaire ou volontaire.

La conciliation judiciaire consiste en l'intervention du juge compétent qui tente de concilier les parties.

Dans certaines matières, la loi prévoit l'obligation pour le juge de tenter de concilier les parties.

(50) D. MOUGENOT, principes de droit judiciaire privé, *rép. Not.*, Tome XIII : principes de droit judiciaire privé, livre 0, éd. 2008, pp. 140 et s. ; A.-C. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, Bruylant, 2009, pp. 744 et s.

La conciliation volontaire, fort proche de la médiation, vise à confier à un tiers le soin de tenter de rapprocher les parties pour qu'elles trouvent un accord, sachant qu'elles pourront toujours saisir le juge compétent en cas d'échec de la conciliation.

La différence avec la médiation réside dans le rôle plus actif du conciliateur.

La médiation familiale(51) est un processus de coopération en vue de la gestion d'un conflit familial dans lequel un tiers impartial, professionnel, qualifié, est sollicité pour aider les parties à trouver elles-mêmes les bases d'un accord acceptable.

Elle peut être volontaire et se réaliser avant, pendant ou après un litige.

Elle peut être judiciaire(52), c'est-à-dire ordonnée par le juge à la demande des parties ou de sa propre initiative, mais toujours avec l'accord des parties, cet accord devant porter sur le principe de la médiation mais également sur le choix de la personne du médiateur(53).

Cette médiation est confidentielle, suspend la procédure qui reprendra en cas d'échec ; Par contre, si la médiation aboutit à un accord complet ou partiel, les parties peuvent demander au juge d'homologuer cet accord.

Un nouveau mode alternatif de règlement des conflits voit également le jour, étant le droit collaboratif. Celui-ci vise, pour les avocats respectifs des parties, à tenter de rapprocher les points de vue mutuels des parties aux fins de parvenir à un accord avec l'obligation, à défaut d'accord, de se retirer du dossier et de ne plus intervenir pour les parties à un autre titre en qualité d'avocat.

Il est important de noter que tant la conciliation que la médiation peuvent aboutir à une transaction, contrat réglémenté par le Code civil, par lequel les parties terminent un litige né ou à naître par un accord fondé sur des concessions mutuelles.

(51) S. BROUWERS, « De wet betreffende de procedure gebonden bemiddeling in familie zaken », *A.J.T.*, 2001-2002, p. 1 ; B. COMPAGNON, « la médiation familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire », *Div. Act.*, 2001, p. 98 ; M. DESCAMPS, « conflit et médiation familiale : une coexistence possible ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 389 ; C. GHYS, « la médiation familiale et sa pratique dans les relations parentales », *Rev. Dr. ULB.*, 1996, p. 89 ; Y.-H. LELEU, *droit des personnes et des familles*, collection Droit Université de Liège, 2^{ème} éd., Bruxelles, Larcier 2010, p. 368.

(52) Art. 1724 et s. du Code judiciaire ; N. UYTENDAELE, « la loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation », *J. J. P.*, 2005, p. 582.

(53) Art. 1734 du Code judiciaire.

19 : Please elaborate if, and how, the techniques mentioned in Q 18 are applied in family law matters. Clarify whether or not parties are informed on the availability of such techniques and whether or not the court can order them to attend an information session or even try to achieve results through ADR. Describe whether or not (ad hoc or advance) ADR-clauses can be agreed upon, and how they are enforced (penalty clause etc.)

La négociation, la conciliation et la médiation trouvent une place importante dans le droit familial belge et de nombreux médiateurs sont spécifiquement formés en matière familiale.

La médiation existe dans le contentieux conjugal, dans les litiges alimentaires, dans ceux qui se rapportent à l'exercice de l'autorité parentale et l'administration des biens des enfants mineurs, dans tout conflit de cohabitation légale et enfin, dans le divorce et la séparation de corps.

Outre la mission de conciliation du juge expressément prévue par la loi et la faveur donnée à la résolution des conflits par l'accord, plusieurs dispositions légales prévoient une information des parties en conflit sur les possibilités qu'offre le recours à la médiation.

Ainsi, l'article 387bis du Code civil prévoit que « *sans préjudice de l'article 1734 du Code judiciaire, le tribunal tente de concilier les parties. Il leur donne toutes les informations utiles sur la procédure et en particulier sur l'intérêt de recourir à la médiation telle que prévue à la septième partie du Code judiciaire. S'il constate qu'un rapprochement est possible, il peut ordonner la surséance de la procédure afin de permettre aux parties de recueillir toutes informations utiles à cet égard et d'entamer le processus de médiation. La durée de la surséance ne peut être supérieure à un mois* ».

De même, l'article 1254 du Code judiciaire relatif à la procédure en divorce pour désunion irrémédiable énonce en son paragraphe 4/1 que « *dès que la première demande est introduite, le greffier informe les parties de la possibilité de médiation en leur envoyant immédiatement le texte des articles 1730 à 1737, accompagné d'une brochure d'information concernant la médiation rédigée par le Ministre qui a la justice dans ses attributions ainsi que de la liste des médiateurs agréés spécialisés en matière familiale et établie dans l'arrondissement judiciaire concerné* ».

Par ailleurs, la loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse qui devrait entrer en vigueur

le 1^{er} septembre 2014 rappelle et accentue la faveur du législateur envers les modes alternatifs de règlement des conflits, conciliation et médiation(54).

Ainsi, il est prévu une information sur la médiation, la conciliation et tout autre mode de résolution amiable du conflit par l'envoi aux parties, dès l'introduction de la demande, du texte des articles 1730 à 1737 du Code judiciaire, accompagné d'une brochure d'information sur la médiation contenant notamment la liste des médiateurs agréés(55).

Le mécanisme de la conciliation est renforcé par la création de chambres de règlement amiable(56).

Enfin, la comparution personnelle des parties est généralisée(57) et moyennant leur accord, le juge peut remettre la cause afin de permettre aux parties d'examiner la possibilité d'un accord ou d'une médiation ; le juge peut également renvoyer la cause devant une chambre de règlement amiable.

Une clause de médiation peut donc être prévue dans une convention portant sur les matières énoncées ci-dessus ; en ce cas, le juge suspendra la cause jusqu'à ce que la médiation ait été tentée et qu'il y ait un accord ou un constat d'échec.

20 : Which ADR-techniques whereby parties have their conflicts settled by a third party are applied in your legal system in general (e.g. arbitration) ? Distinguish between in-court and out-court ADR.

Le code judiciaire régit trois modes alternatifs de règlement des conflits : l'arbitrage, la médiation et la conciliation.

A. *L'arbitrage*(58) est un mode extra-judiciaire de règlement des conflits par lequel les parties confient à un tiers – l'arbitre – la mission de trancher leur différend. La décision de l'arbitre lie les parties, mais devra faire l'objet d'un *exequatur* pour avoir force exécutoire. Une convention ou clause d'arbitrage prive le juge judiciaire de sa compétence.

(54) D. PIRE, « la loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse », *Act. dr. fam.*, 2013/9, p. 170.

(55) Art. 1253ter/1 nouveau du Code judiciaire.

(56) Art. 731 nouveau du Code judiciaire.

(57) Art. 1253ter/ 3 § 1 nouveau du Code judiciaire.

(58) Art. 1676 à 1723 C. Jud (réd. L. 24 juin 2013).

La convention d'arbitrage détermine l'arbitre ou le tribunal arbitral compétent, le lieu et les règles de la procédure. Sauf convention contraire, l'arbitre statue selon les règles du droit applicable.

B. La *médiation* (59) est le processus par lequel les parties font appel à un tiers indépendant et impartial qui, sans pouvoir de contrainte, va les aider à trouver eux-mêmes une solution négociée à leur différend. Il s'agit d'un mode volontaire de règlement des conflits, chaque partie pouvant mettre fin à la médiation tout au long du processus. La médiation peut être volontaire ou judiciaire (ordonnée par le juge), mais ne pourra être entamée ou poursuivie que de l'accord des parties.

L'accord de médiation qui sera éventuellement obtenu au terme du processus pourra, le cas échéant, être homologué par le juge, étant alors doté de la force exécutoire.

C. La *conciliation* (60) consiste, pour le législateur, à inviter le juge compétent pour connaître d'une demande, préalablement à l'instruction de la cause, à tenter de concilier les parties et de les aider à trouver une solution amiable, non imposée d'autorité, au conflit.

La demande de conciliation est soumise au juge soit à la requête d'une des parties, soit de leur commun accord. Le juge n'a pas le pouvoir de se proposer d'office comme conciliateur. En l'absence d'accord à l'issue de la conciliation ou lorsqu'une partie ne se présente pas, le juge n'a aucun pouvoir de contrainte et dressera un procès-verbal de non conciliation.

D. A côté de ces trois modes classiques de règlement des conflits, se développe en droit belge un nouveau mode alternatif : le *droit collaboratif* (61). Cette pratique consiste pour chaque partie à confier le règlement du litige à un avocat chargé de défendre ses intérêts, mais uniquement dans le but de trouver une solution négociée au conflit. Les avocats exercent leur mission en dehors de toute procédure judiciaire et devront se déporter si cette mission échoue et que le litige aboutit devant les cours et tribunaux. Les avocats mandatés n'agissent pas comme tiers indépendants et impartiaux, mais comme conseillers de leur propre client.

21 : Please elaborate if, and how, the techniques mentioned in Q20 are applied in family law matters. Describe whether

(59) Art. 1724 à 1737 C. Jud.

(60) Art. 731 à 734 C. Jud.

(61) Voy. pour plus de détails: A.-M. BOUDART, "Le droit collaboratif: un nouveau mode alternatif de résolution des conflits", *Act. Dr. Fam.*, 2008, pp. 133-142.

or not (ad hoc or advance) ADR)-clauses can be agreed upon, and how they are enforced (penalty clause etc.).

Les modes alternatifs de règlement des conflits ne sont envisageables que dans les matières sur lesquelles les parties peuvent transiger. Tel n'est pas le cas en matière d'état civil ou encore de filiation. L'on ne pourrait dès lors pas imaginer qu'un tribunal arbitral prononce le divorce entre époux ou établisse la filiation d'un enfant à l'égard d'un de ses auteurs.

La *médiation* pourra en revanche être utilisée pour aider les parties à trouver des accords en matière d'hébergement d'enfant, de pension alimentaire ou encore concernant les mesures urgentes et provisoires dans le cadre d'une procédure en divorce(62). Les accords obtenus à l'issue de processus de médiation pourront, le cas échéant, être homologués par le juge.

Le code civil prévoit expressément, en matière d'autorité parentale et d'hébergement, que le tribunal tente de *concilier* les parties et leur donne toutes informations utiles sur la procédure de *médiation* et l'intérêt d'y recourir (art. 378*bis*, al. 2, C. civ.).

Une disposition analogue existe en matière de divorce (art. 1255, § 6, C. jud.).

De même, dans le cadre d'une action en réclamation d'une pension pour l'entretien, l'éducation et la formation adéquate, le code civil prévoit une phase de conciliation devant le Président du tribunal de première instance avant de pouvoir renvoyer la cause au tribunal compétent (art. 338 C. civ.).

De manière générale, tout contrat peut contenir une *clause de médiation* par laquelle les parties s'engagent à recourir à la médiation préalablement à tout autre mode de résolution de leur litige (art. 1725, § 1^{er} C. jud.). Le juge ou l'arbitre confronté à une clause de médiation doit, à la demande d'une des parties, suspendre l'examen de la cause jusqu'à ce que la médiation ait pris fin (art. 1725, § 2 C. jud.). Les accords de médiation contiennent aussi fréquemment une clause de médiation par laquelle les parties s'engagent à recourir à nouveau à ce processus en cas de difficulté à la mise en œuvre de l'accord(63).

(62) Voy. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 368, n° 356.

(63) E. VINK et F. VAN DE PUTTE, "La médiation", in *Familles: union et désunion – commentaire pratique*, Malines, Kluwer, feuil. mob., 2011, V. Prélim.1.3. – 8, n° 3.14.

La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse, qui entrera en vigueur le 1^{er} septembre 2014, encourage le recours aux modes alternatifs de règlement des conflits familiaux. Il est notamment prévu que le greffier, dès qu'une demande est introduite, informe les parties sur les possibilités de médiation, de conciliation et de tout autre mode alternatif de résolution du litige, via l'envoi d'une brochure d'informations (64).

La loi crée par ailleurs, au sein du tribunal de la famille et de la cour d'appel, des *chambres de règlement à l'amiable* (65).

Dès l'audience d'introduction, le juge informera les parties de la possibilité de résoudre leur différend par le biais de la conciliation ou de la médiation. Le dossier pourra être renvoyé, à tout moment de la procédure, à une chambre de règlement à l'amiable, soit à la demande des parties, soit d'office par le juge s'il l'estime opportun.

Si un accord intervient dans le cadre de la conciliation, il sera acté dans un procès-verbal revêtu de la formule exécutoire.

§ 2 RECOGNITION

22 : A priori review, Describe whether or not agreements reached through ADR (Q19 and Q20) need to be confirmed (or homologated, approved etc.) a priori by a state court and which conditions and standard of judicial review apply.

Conformément au Code judiciaire, dans le cadre d'une conciliation judiciaire, le juge vérifiera la capacité de transiger des parties ainsi que si l'objet du litige est susceptible de transaction pour enfin aboutir à une décision actant l'accord des parties (art. 731 et s. C. jud.).

Le juge aura un rôle actif pour amener les parties à un accord qu'il consignera dans un procès-verbal de conciliation, acte authentique revêtu de la forme exécutoire.

Dans le cadre d'une médiation, l'accord intervenu entre les parties doit être homologué par un juge aux fins de le voir recevoir force exécutoire aux termes d'une procédure simplifiée. Le juge homologuera alors sous réserve du bon respect de l'ordre public et au respect de l'intérêt de l'enfant. Une telle démarche ne sera pas nécessaire dans l'hypothèse où l'accord est constaté dans un acte notarié.

(64) Pour plus de détails: D. PIRE, "La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse", *Act. Dr. Fam.*, 2013, p. 184, n° 55.

(65) Pour plus de détails: D. PIRE, "La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse", *Act. Dr. Fam.*, 2013, p. 172, n° 6-7 et pp. 184-186, n° 54-65.

Dans le cadre visant à déterminer l'*exequatur* d'une sentence arbitrale pour qu'elle soit exécutée, le juge sera uniquement amené à vérifier le bon respect de l'ordre public et l'« arbitralité » du litige en cause.

23 : A priori review. Describe whether or not family contracts outside the scope of ADR need to be confirmed (or homologated etc.) a priori by a State court and which conditions and standard of judicial review apply ?(66)

Dans différentes matières du droit familial, il y a lieu de constater que l'intervention du juge est obligatoire.

Ainsi en est-il en matière de divorce par consentement mutuel pour lequel le couple souhaitant divorcer devra comparaître devant le juge qui vérifiera le respect des conditions de forme du divorce, son admissibilité et le contenu des conventions préalables relatives aux enfants mineurs et leur compatibilité avec l'intérêt manifeste de ceux-ci.

Lorsqu'il prononce le divorce par consentement mutuel, le juge homologue les conventions relatives aux enfants mineurs.

De même, l'adoption nécessite que le juge vérifie que l'ensemble des conditions de consentement et de capacité sont remplies, les intérêts légitimes, les justes motifs, l'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits fondamentaux.

Il en est de même en matière de filiation où la reconnaissance de filiation suppose l'intervention du tribunal si les consentements requis font défaut.

Le tribunal contrôle alors la vérité biologique de la filiation et l'intérêt de l'enfant.

En matière de mariage et de modification de la mention du sexe dans l'acte de naissance d'une personne transsexuelle, une intervention « administrative » sera requise avec un éventuel recours judiciaire vérifiant le respect des conditions légales (contrôle préventif de la sincérité du mariage par l'officier de l'état civil avec refus de célébration en cas de simulation et possibilité de recours au tribunal ; contrôle des conditions de la conversion sexuelle par l'officier de l'état civil et recours possible au tribunal en cas de refus d'établissement de l'acte de conversion par ledit officier de l'état civil).

(66) Y-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^{ème} édition, Larcier, 2010, Bruxelles, pp 55 et 604 et s.

Les autres matières, pour autant qu'elles ne touchent pas à l'ordre public, peuvent faire l'objet de conventions sans intervention du juge.

Ainsi, l'exercice de l'autorité parentale peut-elle être modalisée entre les parents tout comme la fixation du *quantum* et des modalités de l'obligation alimentaire.

En cas de circonstances nouvelles indépendantes de la volonté des parties modifiant leur situation ou celle des enfants, une révision amiable ou judiciaire est possible(67).

En ces matières, en effet, l'autorité de chose jugée est relative et la variabilité est de l'essence même de l'obligation alimentaire (sous réserve des seules pensions après divorce entre ex-époux qui peuvent être conventionnellement fixées de façon non révisable).

24. A *posteriori* review. Describe the standard of judicial review, if any, in regard of declaring a family agreement null and void, or without effect, on the grounds of unequal bargaining positions.

On peut envisager ici la *lésion* (art. 1118 C. civ.). La lésion est un vice de consentement des contrats qui peut être défini comme étant « une disproportion importante entre les avantages réciproques qui est contemporaine de la conclusion du contrat »(68).

Une sanction de la lésion est prévue :

- en matière de vente d'immeuble lorsqu'elle est de plus de 7/12^{ème} du prix de l'immeuble (art. 1674 à 1685 C. civ.) ;
- en matière de partage, lorsqu'elle est de plus d'1/4 (art. 887 à 892 C. civ.) ;
- en matière de prêt à intérêts (art. 1907ter C. civ.) ;
- en faveur du mineur (art. 1305 et s. C. civ.)(69) ou de l'administré (nouvelle loi sur les incapacités(70), instaurant un régime de nullités : art. 493 nouveau C. civ.).

A cette liste très limitée, il faut ajouter la *lésion qualifiée*, développée par la doctrine et admise par la jurisprudence, qui vise à sanctionner un déséquilibre entre les parties en négociations.

(67) N. GALLUS, *les aliments*, Larcier, 2005, p. 186.

(68) P. WERY, *Droit des obligations. Volume 1. Théorie générale du contrat.*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 238, n° 261.

(69) P. WERY, *Droit des obligations. Volume 1. Théorie générale du contrat.*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 238-239, n° 262.

(70) L. du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine (M.B. 14 juin 2013).

Trois conditions doivent être remplies pour qu'il soit question de lésion qualifiée :

1. un déséquilibre manifeste entre prestations réciproques dès la conclusion du contrat ;
2. procédant d'un abus par l'une des parties de la position de faiblesse de l'autre (abus de son ignorance, de ses passions, de ses besoins ou de sa faiblesse) sans qu'il y ait nécessairement dans le chef de cette partie une intention de nuire ou l'existence de manœuvres ;
3. et un lien de causalité entre l'abus et la disproportion manifeste(71).

Il ressort d'un arrêt récent de la Cour de cassation(72), que bien que les conventions préalables à divorce par consentement mutuel soient des conventions de droit familial soumises aux règles générales du droit des obligations, elles *ne peuvent pas*, eu égard à leur nature et leur économie, être attaquées du chef d'erreur ou de lésion (de plus d'un quart – art. 888 C.civ.), les parties étant censées avoir prévu ces risques au moment de leur conclusion.

Toutefois, il résulte d'un autre arrêt rendu par la Cour de cassation le même jour(73) que de telles conventions – fussent-elles même qualifiées de transactions – pourront être attaquées sur base de la *lésion qualifiée*.

25- A posteriori review. Describe the standard of judicial review, if any, in regard of modifying a family agreement ex nunc, on the grounds of unforeseen circumstances that result in unfair results.

A. Des accords alimentaires (*support duties*) peuvent être pris *dans le cadre d'une procédure de divorce pour cause de désunion irrémédiable* (art. 301, §§ 1er et 9 C. civ. *cf. supra*, n° 16). De tels accords – qui doivent être homologués par le juge du divorce (art. 1256, al. 1^{er}

(71) P. WERY, *Droit des obligations. Volume 1. Théorie générale du contrat.*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 240-241, n° 264-265.

(72) Cass., 9 novembre 2012, *Juristenkrant*, 2012, liv. 258, p. 6, reflet E. ADRIAENS, concl. G. DUBRULLE; *Not. Fisc. M.*, 2013, liv. 4, p. 117, note H. CASMAN; *Pas.*, 2012, liv. 11, p. 2183; *R.W.*, 2012-13, liv. 36, p. 1415, note E. ADRIAENS; *R.G.D.C.*, 2013, p. 168; *T. Fam.*, 2013, p. 131, note V. HULPIAU; *T. Not.*, 2013, p. 356.

(73) Cass., 9 novembre 2012, *Juristenkrant*, 2012, liv. 258, p. 6, reflet E. ADRIAENS; *Not. Fisc. M.*, 2013, liv. 4, p. 119, note H. CASMAN; *Pas.*, 2012, p. 2178; *R.A.B.G.*, 2013, p. 274; *R.W.*, 2012-13, p. 520 et 1416, note E. ADRIAENS; *R.G.D.C.*, 2013, p. 129, note M. DE POTTER DE TEN BROECK; *T. Fam.*, 2013, p. 132, note V. HULPIAU; *T.G.R. – T.W.V.R.*, 2013, p. 103; *T. Not.*, 2013, p. 363.

C. jud.) – sont provisoires et pourront être remis en cause avant le divorce par l'un des époux si les besoins ou ressources ont été modifiées de façon significative sans que le juge saisi du litige ne soit lié par son contenu.

Après le prononcé du divorce pour cause de désunion irrémédiable, il est également possible pour les parties de conclure de tels accords. Ils seront révisables sur demande unilatérale seulement dans les cas visés par l'accord(74).

La capitalisation d'une pension est assimilable à un tel accord, après le divorce. Elle est soumise à un régime particulier :

- A tout moment, les ex-époux peuvent, *de commun accord*, remplacer la pension alimentaire par un capital par le biais d'une transaction soumise à homologation judiciaire (art. 301, § 8 C. civ.) ;
- Il est également possible, pour le débiteur (pas pour le créancier), de *demandeur au juge* d'accorder une telle capitalisation, qui sera définitive (art. 301, § 8 *in fine* C. civ.). Le juge appréciera l'opportunité d'une telle capitalisation. Le montant du capital sera déterminé par des règles de calcul strictes en fonction de la durée du mariage(75).

B. Dans le cadre d'un *divorce par consentement mutuel*, des conventions préalables doivent être adoptées (art. 1287-1288 C. jud.). Les conventions alimentaires peuvent être révisées sur demande conjointe (en cours de procédure – art. 1293, al. 1^{er} C. jud.) ou de commun accord (après la transcription du divorce). Elles pourront également être révisées, sur demande unilatérale, par le juge dans les cas visés par les conventions.

C. Pour toute forme de divorce, le juge pourra, sur demande unilatérale, sauf si les parties ont convenu expressément le contraire, augmenter, réduire ou supprimer la pension conventionnelle après le prononcé du divorce *pour cause de désunion irrémédiable* (art. 301, § 7 C. civ.)(76) ou par *consentement mutuel* (art. 1288, *in fine* C. jud.)(77), à condition que le demandeur établisse des circonstances nou-

(74) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 501-502, n^o 493.

(75) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 519-520, n^{os} 510-511.

(76) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 512, n^o 500.

(77) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 539-543, n^{os} 560-561-1.

velles et indépendantes de la volonté des parties rendant le montant de la pension inadapté(78).

D. Les accords relatifs à l'*autorité parentale* n'ont, quant à eux, d'effet que *rebus sic stantibus*, puisque le juge peut toujours, dans l'intérêt de l'enfant, ordonner ou modifier toute disposition relative à l'autorité parentale (art. 387*bis* C. civ.)(79).

Quant aux conventions relatives aux contributions financières à l'éducation des enfants (art. 203 C. civ.), elles sont également révisables, mais seulement dans l'intérêt de l'enfant. Elles lient donc les parties si celles-ci ont la possibilité de les exécuter sans nuire aux intérêts de l'enfant (ex. diminution modérée des ressources).

Dans le cadre du *divorce par consentement mutuel*, les conventions relatives aux enfants (art. 1288, al. 1^{er}, 2^o et 3^o C. jud. – autorité parentale/hébergement et contribution financière) sont soumises à un contrôle judiciaire et sont révisables sur demande unilatérale après le divorce, le tout dans l'intérêt de l'enfant, lorsque des circonstances nouvelles et indépendantes de la volonté des parties modifient sensiblement leur situation ou celle des enfants (art. 1288, al. 2 C. jud.)(80).

26 : A posteriori review. Describe the standard of judicial review, if any, in regard of modifying a family agreement ex nunc, on other grounds than Q 25 et Q26. Think of agreements that shift financial responsibility for a family member from the family towards the State social security system.

|

27 : Elaborate to what extent the best interest of the child may allow courts to modify a family agreement ex tunc or ex nunc ?

La détermination du mode d'exercice de l'autorité parentale le plus adéquat ou des meilleures modalités d'hébergement peuvent s'appuyer sur l'appréciation que se fait le juge de l'intérêt de l'enfant au

(78) Le juge peut, sur base de cette disposition, sauf convention contraire, octroyer une pension au demandeur qui n'en n'avait pas sollicité jusqu'à alors, et même à l'époux qui aurait renoncé unilatéralement à toute pension alimentaire. Il ne pourrait, par contre, pour les mêmes motifs, réviser une pension conventionnelle ou une transaction et devrait appliquer les éventuelles modalités relatives à la modification convenues entre les parties. Voy. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 512, n^o 500.

(79) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 713, n^o 769.

(80) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 543-544, n^o 562.

moment où il statue et ces modalités seront revues dès lors que l'intérêt de l'enfant aura changé, avec l'âge et les circonstances de vie.

L'intérêt de l'enfant joue également un rôle important dans l'établissement de la filiation puisqu'il peut être l'ultime obstacle à l'établissement par reconnaissance ou jugement d'un lien de parenté conforme à la réalité biologique mais qui pourrait se révéler gravement préjudiciable pour l'enfant (81).

L'intérêt de l'enfant doit être défini *in concreto*, selon les circonstances particulières de chaque espèce, en mettant en œuvre les moyens d'investigation dont dispose le juge : enquête sociale, audition de l'enfant, expertise, comparution personnelle des parties ...

(81) N. MASSAGER, *droit familial de l'enfance*, Bruylant, 2009, Bruxelles, pp. 26-28.