

2. LA SÉPARATION DE BIENS CORRIGÉE

Yves-Henri LELEU

Doyen de la Faculté de droit de l'Université de Liège

Chargé de cours à l'ULB

Avocat

Introduction	64
SECTION 1. Preuve par tous moyens des créances (art. 1399, al. 3, 1468)	66
SECTION 2. Autonomie de la volonté (art. 1469, § 1 ^{er} et § 2)	69
SECTION 3. Correctif judiciaire en équité (art. 1474/1)	71
SECTION 4. Devoir de conseil et responsabilité du notaire (art. 1469, § 3, 1474/1, § 2)	82

Introduction

1. Un des objectifs de la réforme des régimes matrimoniaux (L. du 22 juillet 2018) est inabouti : l'encadrement légal du régime de la séparation de biens.

Les autres sont remplis, et correspondent au vœu largement exprimé d'adapter le droit patrimonial des couples aux nouvelles familles et aux nouveaux rapports affectifs (ou de force) dans celles-ci.

Cette réforme intervient après celle du droit des successions (L. du 31 juillet 2017) et partage son objectif de simplifier et intégrer les controverses à la loi, ainsi que de rééquilibrer la position du conjoint survivant par rapport aux enfants.

Le travail législatif s'est déployé sur une très large consultation d'experts issus des mondes académique et professionnels. La proposition de loi n° 2848¹ a été soumise au Conseil d'État pour avis rendu le 15 février 2018², et amendée en Commission de la justice à la suite pour en respecter les principales recommandations³.

Certains amendements ont été introduits sur le tard pour modifier la loi sur certains points clivants depuis la préparation de la réforme des successions ; ils ont tous été rejetés.

2. La communautarisation législative ou judiciaire des séparations de biens fut pourtant à l'ordre du jour de la préparation scientifique de la réforme.

Les recherches de droit comparé indiquaient que nulle part ou presque la séparation de biens n'est aussi potentiellement inique que chez nous, car aucun moyen légal n'existe pour corriger une répartition trop inégale des acquêts résultant de l'usage, par le conjoint économiquement fort, de sa liberté d'investir en nom propre.

Les promoteurs de la loi, Mme Casman au premier chef, appuyés par une doctrine majoritairement néerlandophone à laquelle nous nous rallions

1. Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2017-2018, n° 54-2848/001.

2. Avis du Conseil d'État n° 62.729/2 du 15 février 2018 sur une proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2017-2018, n° 54-2848/002.

3. Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2017-2018, nos 54-2848/007 et 54-2848/008.

depuis le début de nos recherches, n'ont pas ménagé leur peine pour que ce non-régime séparatiste sorte amélioré de la réforme.

Il n'y eut cependant pas de volonté politique ni corporatiste suffisante pour amorcer un changement de paradigme. L'idée que la liberté de choisir la séparation de biens devait être encadrée par le législateur ou le juge n'est donc pas concrétisée. Le principe du respect de l'autonomie de la volonté continue de gouverner la matière.

3. Une première amélioration consista à promouvoir la communautarisation conventionnelle et en particulier la participation aux acquêts. Ce régime est à présent légal mais optionnel, et la pratique est même encouragée à le conseiller puisque le notaire a une obligation d'information spéciale à ce sujet (*infra*, n^{os} 29-31).

Une deuxième amélioration est l'extension d'institutions communautaires au régime de séparation de biens (l'attribution préférentielle, le recel, la théorie des avantages matrimoniaux, le droit successoral *ab intestat* du conjoint survivant). Le contraire était injustifiable au regard de l'article 1390 du Code civil qui érige le régime légal au rang de droit commun à défaut de conventions particulières⁴, et au regard du choix contractuel car ces institutions faisaient rarement l'objet d'une information⁵.

Une troisième amélioration est l'aggravation du devoir de conseil notarial à propos des séparations de biens et de la responsabilité professionnelle corrélative. Certains minimisent cette avancée ou la regrettent ; à tort car elle concrétise une volonté de dissuasion d'un régime que même la Cour constitutionnelle qualifie de risqué⁶.

La quatrième amélioration demande à être éprouvée : le correctif en équité facultatif (art. 1474/1), permettant au juge de réallouer les acquêts jusqu'à maximum 1/3 de ceux-ci en cas de modification des circonstances au détriment d'un des époux. Alors qu'un tel système ne se conçoit qu'obligatoire sauf dérogation (*opting out*), le législateur a voulu que les époux le stipulent pour en bénéficier (*opting in*).

4. Ces deux dernières améliorations seront approfondies dans une perspective critique tant à l'égard de la réforme, qu'à l'égard des commentaires qui tendent à restreindre leur domaine ou application pour des motifs liés au choix des époux ou à l'imprécision du législateur. Mais avant cela, nous nous

4. Pour l'attribution préférentielle : Trib. fam. Namur, 14 novembre 2016, *Rev. not. b.*, 2018, p. 790, note D. STRECKX.

5. Pourtant en ce sens : C.C., 7 mars 2013, n^o 28/2013, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 61, *Rec. gen. enr. not.*, 2013, p. 167, *R.W.*, 2012-2013, p. 1359 (somm.), *T. not.*, 2013, p. 415, note J. VERSTRAETE, *R.W.*, 2013-14, p. 59 (somm.), note, *J.T.*, 2014, p. 170, note Fr. DEGUEL, *A.C.C.*, 2013, p. 501, *R.A.B.G.*, 2013, p. 947, *R.G.D.C.*, 2014, p. 511.

6. C.C., 7 mars 2013, n^o 28/2013, précité.

arrêterons à une amélioration plus discrète : la preuve des créances entre époux par toutes voies de droit.

Section 1. Preuve par tous moyens des créances (art. 1399, al. 3, 1468)

Art. 1467. La preuve de la propriété d'un bien ou d'une créance se fait tant entre époux que vis-à-vis des tiers selon les règles des alinéas 2 et 3 de l'article 1399.
Les biens meubles dont la propriété dans le chef d'un seul des époux n'est pas établie sont considérés comme indivis entre eux.

§1. Sens et portée

5. La preuve entre époux de la propriété des *biens* est déjà simplifiée par rapport au droit commun : tous les modes de preuve sont admissibles, y compris le témoignage et les présomptions.

La séparation de biens est assujettie au même régime que la communauté : l'article 1468 renvoie aux modes de preuve de l'article 1399⁷. Cela simplifie l'établissement des masses et des comptes entre époux.

Mais aucun de ces modes de preuve ne s'appliquait aux créances entre époux, ce qui était préjudiciable aux époux séparés de biens qui n'ont pas droit aux récompenses⁸. Les créances entre époux devaient être prouvées par écrit (art. 1341 et s.), sauf impossibilité morale, sujette à des interprétations divergentes, et sauf les créances d'enrichissement sans cause (art. 1348, al. 2, 12°).

La loi du 22 juillet 2018 prend enfin acte de l'absence généralisée de pré-constitution de preuves dans les rapports entre époux séparés de biens, nonobstant les conseils souvent donnés par le notaire.

À présent, les créances entre époux sont prouvées selon les mêmes modes de preuve que pour la propriété des biens : le nouvel article 1467 vise l'article 1399, alinéas 2 et 3, et reprend l'ancien article 1468.

6. Les conséquences de cette modification sont cruciales et modifieront les stratégies de demandes de créances en liquidation.

Dorénavant la preuve des créances contractuelles (ex. prêt prouvé par témoignages ou présomptions) est admissible par tous les modes de preuve, tant pour l'existence que pour le montant de la créance (pour la créance

7. Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 381, n° 349.

8. En communauté, les faits générateurs de récompenses sont prouvés par toutes voies de droit.

quasi contractuelle d'enrichissement sans cause, la preuve par tous moyens était déjà admise).

Nous appelions l'organisation d'un régime souple de preuve des créances, car soumettre des partenaires affectifs au droit commun de la preuve niait leur spécificité par rapport aux partenaires d'affaires⁹. Nous ne comprenions pas que des personnes en couple puissent être soumis au droit commun de la preuve, ni l'utilité sociale d'un tel régime, propre au droit des affaires, à tout le moins supposant une égale capacité de négociation.

7. À cette réforme, s'ajoute la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation sur la subsidiarité de l'enrichissement sans cause : les époux peuvent invoquer une créance d'enrichissement sans cause subsidiairement à une créance contractuelle qu'ils n'auraient pas réussi à prouver (*infra*, n° 25).

Ainsi, législateur et jurisprudence aboutissent à aligner le régime de preuve des créances entre séparatistes sur celui des récompenses entre communautaristes, contredisant la tendance à laisser les séparatistes soumis au droit commun des contrats.

La situation ancienne frisait la différence de traitement : les époux communs en biens ou en séparation communautarisée n'avaient à prouver que le fait générateur de récompense (art. 1432, 1434, 1436), la loi se chargeant d'établir la créance¹⁰.

8. En droit transitoire, les éventuelles clauses de contrats de mariage existants qui seraient contraires au nouvel article 1467 doivent en principe encore être appliquées¹¹.

Nous avons soutenu que l'administration de la preuve participe de la loyauté du débat et pourrait être considérée comme impérative au regard du droit transitoire (art. 6 C.E.D.H.)¹². D'autres considèrent que si le contrat ne contient aucune disposition relative à la preuve des créances entre époux,

9. Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, *op. cit.*, pp. 395-396, n° 362.

10. Quant à justifier cette différence de traitement entre communautaristes et séparatistes par l'existence d'un contrat, donc par le choix contractuel et le respect de celui-ci (art. 1134), nous nous y refusions. Le choix initial d'un régime séparatiste, bien que contractuel, ne suffit pas à fonder sa force contraignante tout au long du régime, et notamment pas à imposer aux séparatistes tous les modes d'établissement des créances liquidatives. Sauf preuve du contraire, le choix du régime a été guidé par des considérations très éloignées de la problématique très technique et ciblée des modes de preuve des créances entre époux (Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, *op. cit.*, p. 24, n° 6, et « Les collaborations économiques au sein des couples séparatistes. Pour une indemnisation des dommages collaboratifs envers et contre tous choix », Montréal, Thémis, 2014, pp. 62 et s.)

11. M. DEMARET, « Le droit transitoire », in Y.-H. LELEU (éd.), *La réforme des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Larcier, 2018, n° 18, p. 258.

12. Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux : présentation, évaluation », in Y.-H. LELEU (éd.), *La réforme des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Larcier, 2018, n° 105, p. 57.

l'application immédiate de l'article 1467 peut se défendre au regard de la nature procédurale de la règle¹³.

§2. Interprétation restrictive ?

9. Certains auteurs proposent une interprétation restrictive des modifications des articles 1399 et 1467.

Pour Ph. De Page le nouvel article 1399, alinéa 3, ne supprime pas les difficultés de preuve en l'absence d'écrit à propos de la cause juridique du transfert de fonds entre époux aux fins de leur restitution¹⁴. Nous pensons au contraire que cette modification, jointe à la nouvelle conception jurisprudentielle de la subsidiarité de l'enrichissement sans cause (*infra*, n° 25), rapproche la preuve des créances de celle des récompenses¹⁵.

Pour J.-L. Renchon, la preuve des créances « entre » époux ne serait pas visée par la libéralisation des modes de preuves, faute de mention expresse de la loi de ce terme « entre » ; elle resterait soumise au droit commun de l'article 1341 du Code civil. Cette interprétation manque de fondement et est contraire à la volonté du législateur¹⁶. Une créance vis-à-vis d'un tiers est un bien dont la preuve de l'appartenance à un époux était déjà libre en droit ancien, de sorte que le terme nouveau « créances » ne peut utilement viser que celles entre époux.

10. Ces positions doctrinales pourraient-elles revivifier la tendance, contraire à la jurisprudence récente, à considérer que les séparatistes auraient choisi de demeurer tiers et soumis au droit commun des obligations et des contrats ?¹⁷.

13. H. CASMAN, « Les nouveautés apportées au régime de séparation de biens », in *Le notaire face aux réformes des régimes matrimoniaux et des successions*, Journées du notariat du 7 juin 2018, p. 6.

14. Ph. DE PAGE, « Les nouveautés apportées au régime de la communauté », in *Le notaire face aux réformes des régimes matrimoniaux et des successions*, Journée du notariat du 7 juin 2018, p. 2, n° 2. Comp. Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 309, n° 243.

15. Comp. : Cass., 9 juin 2017, *R.G.D.C.*, 2017, p. 502, note Fr. DEGUEL, *T. fam.*, 2017, p. 268, note J. LAMBRECHTS, *T.B.O.*, 2017, p. 528, *T. Fam.*, 2017, note J. LAMBRECHTS.

16. « leurs créances réciproques », « créance entre époux » : *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2017-2018, n° 54-2848/001, pp. 43-44 et p. 74.

17. Dans le même sens : N. BAUGNIET et P. VAN DEN EYNDE, « Séparation de biens pure et simple : clauses relatives aux charges du mariage ou droit de créance », in J.-L. RENCHON et N. BAUGNIET (éd.), *Trente ans après la réforme des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 180, n° 4 ; N. BAUGNIET, « Les créances entre ex-époux mariés sous le régime de la séparation de biens », *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 372 ; F. BUYSSENS, « Laten we onze verantwoordelijkheid opnemen (inzake de hervormde procedure van gerechtelijke vereffening-verdeling) », *T. Fam.*, 2012, p. 54 ; V. WYART, « Du contractualisme du contrat de mariage et de ses conséquences sur la preuve des créances entre (ex-)époux », *Rev. not. b.*, 2013, pp. 7 et s.

Nous ne le pensons pas. L'application sans nuances du droit commun des obligations et des contrats aux créances entre époux séparatistes est, à notre avis, indigne d'un système juridique qui se prépare à accueillir plus de séparatistes que de communautaristes¹⁸.

Il ne peut être reproché à deux époux séparés de biens de ne pas s'être comportés durant le mariage en « véritables séparatistes », car cela relève de la vie privée et familiale de chacun d'eux (ex. : renoncements professionnels en vue de l'éducation des enfants, mélange de patrimoines en raison d'une communauté affective et d'intérêts), ni de vouloir rétablir un transfert de biens effectué pendant le mariage de manière volontaire et consciente.

Dans le régime légal, de tels rétablissements de transferts de patrimoine non définitivement voulus empruntent un régime probatoire libéral (récompenses – art. 1432 et 1434) ; désormais en séparation de biens et en union libre aussi : est seule cause de transferts volontaires la volonté d'opérer un transfert définitif de patrimoine¹⁹ (*infra*, n° 25).

Il reste encore à élargir aux séparatistes l'article 1436 du Code civil relatif aux intérêts sur récompenses (de plein droit à partir de la dissolution du régime). Selon nous, sauf convention particulière (du contrat séparatiste), cette disposition est applicable aux créances entre époux (art. 1450 et 1390 C. civ.).

Section 2. Autonomie de la volonté (art. 1469, § 1^{er} et § 2)

Art. 1469. § 1^{er}. Les époux qui optent pour le régime de la séparation de biens peuvent ajouter à ce régime toutes les clauses compatibles avec ce régime.

Ils peuvent notamment ajouter des clauses concernant l'administration de la preuve, entre eux, du droit de propriété exclusif, concernant la preuve de créances que l'un peut invoquer contre l'autre, ainsi que des clauses précisant toute indivision ou patrimoine d'affectation pouvant exister entre eux.

Ils peuvent aussi adopter des clauses visant à réaliser un décompte entre leurs patrimoines, notamment par l'ajout d'une clause de participation aux acquêts.

Les articles 1429*bis*, 1458 et 1465 s'appliquent par analogie.

§ 2. Les époux qui ont adopté une clause de participation aux acquêts sont soumis aux articles 1469/1 à 1469/13. Le patrimoine originaire, le patrimoine final, la créance de participation et le paiement de celle-ci sont définis conformément à ces articles.

Les époux peuvent dans leur convention matrimoniale déroger au prescrit de l'alinéa 1^{er} et convenir eux-mêmes de la masse de participation, de la clé de participation, du moment de participation et des modalités de participation.

§ 3. Le notaire mentionne explicitement dans la convention matrimoniale qu'il a attiré l'attention de chacun des époux sur les conséquences juridiques de l'adoption ou non d'une clause de participation aux acquêts.

18. Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, *op. cit.*, p. 24, n° 6.

19. Cass., 23 octobre 2014, *R.G.D.C.*, 2015, p. 559, note J. LAMBRECHTS, *J.L.M.B.*, 2016, p. 834, précité et Cass., 9 juin 2017, *R.G.D.C.*, 2017, p. 502, note Fr. DEGUEL, *T. Fam.*, 2017, p. 268, note J. LAMBRECHTS, *T.B.O.*, 2017, p. 528, *T. Fam.*, 2017, note J. LAMBRECHTS.

11. L'article 1469, § 1^{er}, expose des exemples de clauses qui peuvent modaliser la séparation de biens pure et simple, et cite pour la première fois la participation aux acquêts (traitée par J. Fonteyn dans cet ouvrage).

L'article 1469, § 1^{er}, alinéa 4, déclare en outre applicable par analogie la théorie des avantages matrimoniaux (traitée par M. Van Molle dans cet ouvrage).

L'article 1469, § 3, précise le devoir de conseil du notaire (traité ci-après – *infra*, n° 26).

12. Comme par le passé, les époux peuvent communautariser le régime séparatiste par l'adjonction de masses communes (société d'acquêts, patrimoine commun interne...) ou par la stipulation de créances de participation.

La loi ne règle pas les effets des stipulations de masses adjointes, notamment à l'égard des tiers²⁰.

Elle précise que ces clauses doivent être « compatibles » avec le régime, ce qui signifie qu'elles ne peuvent contredire les caractères essentiels d'une séparation de biens : séparation des patrimoines et indépendance de la gestion.

Ainsi, une société d'acquêts ou un patrimoine commun interne adjoint ne pourront recueillir tous les revenus professionnels, un trait essentiel d'un régime en communauté²¹. Par contre, une clause de participation aux acquêts pourrait prévoir un partage en valeur de toutes les économies sur les revenus professionnels, voire les attribuer en totalité au survivant par avantage matrimonial (participation 0/100 ; art. 1469, § 1^{er}, *in fine* ; *infra*, n° 31) ; un tel régime demeure séparatiste pendant le mariage.

Ces dispositions n'apportent donc aucun progrès en termes de communautarisation impérative ni supplétive du régime séparatiste²².

Toutefois, comme le notaire est obligé d'informer les époux sur la participation aux acquêts et sur toute autre clause de communautarisation (*infra*, n° 31), on peut escompter une augmentation de leur succès, en particulier du régime participatif. Ainsi, la réforme communautarise indirectement et à long terme les séparations de biens via la pratique notariale, dans le respect de l'autonomie contractuelle.

20. Pour plus de détails : Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux : présentation, évaluation », *op. cit.*, n° 110, p. 60 et les références citées.

21. Gand, 2 avril 2015, *R.G.D.C.*, 2016, p. 82, note J. LARUELLE ; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, *op. cit.*, p. 451, n° 403.

22. Dans le même sens : H. CASMAN, « Les nouveautés apportées au régime de séparation de biens », *op. cit.*, p. 9.

Section 3. Correctif judiciaire en équité (art. 1474/1)

Art. 1474/1. § 1^{er}. Sans préjudice du paragraphe 2, le tribunal de la famille peut, lorsque le mariage est dissous par le divorce pour cause de désunion irrémédiable entre les époux, accorder à l'époux lésé, à sa demande, une indemnisation à charge de l'autre époux, à condition que les circonstances se soient modifiées défavorablement et de manière imprévue depuis la conclusion de la convention matrimoniale de séparation de biens ou depuis le jour de la demande de séparation de biens, de sorte que le régime choisi entraînerait, au détriment de l'époux demandeur, des conséquences manifestement inéquitables, eu égard à la situation patrimoniale des deux époux.

L'indemnisation à accorder remédie à ces conséquences manifestement inéquitables et ne peut être supérieure au tiers de la valeur nette des acquêts conjugués des époux au moment de la dissolution du mariage, dont il faut ensuite déduire la valeur nette des acquêts personnels de l'époux demandeur. Les acquêts des époux au sens du présent alinéa sont déterminés en application des articles 1469/1 à 1469/5.

La demande d'indemnisation est examinée dans le cadre de la procédure de liquidation du régime matrimonial.

§ 2. Les époux qui optent pour le régime de la séparation de biens constatent dans leur convention matrimoniale leur accord quant à l'insertion ou non de ce droit à l'indemnisation, assorti ou non de modalités dérogatoires.

Le notaire attire l'attention des époux sur l'obligation prévue à l'alinéa 1^{er} ainsi que sur les conséquences juridiques qui découlent de leur choix d'insérer ou non le droit à l'indemnisation, assorti ou non de modalités dérogatoires. Sous peine de responsabilité, le notaire fait expressément mention du choix des époux dans la convention matrimoniale.

§1. Contexte et nature optionnelle

13. Pour la première fois dans l'histoire des régimes matrimoniaux, la loi instaure un correctif en équité de la séparation pure et simple. Si les époux l'ont convenu, le juge pourra octroyer au conjoint affaibli économiquement par le régime en raison de circonstances imprévues, au maximum 1/3 des acquêts de l'autre (art. 1474/1).

Ce correctif n'est pas impératif ni même supplétif. C'est donc un coup d'épée dans l'eau.

14. À l'origine de cette réforme, se trouve la liberté d'investissement des époux séparatistes (fortunés) (art. 217 C. civ.) dont les conséquences sont parfois très graves quand la vie commune a imposé à l'un des époux – souvent l'épouse²³ – des renoncements préjudiciables (ex. : réorientation professionnelle).

23. Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2017-2018, n° 2848/001, p. 27. Pour plus de détails et des statistiques : Y.-H. LELEU, *Les collaborations économiques au sein des couples séparatistes. Pour une indemnisation des dommages collaboratifs envers et contre tous choix*, Montréal, Thémis, 2014, pp. 14-21. *Adde* : A. VERBEKE,

Le régime ou le contrat séparatiste peut *enrichir* celui qui exerce sa liberté d'investir le surplus de ses revenus après contribution aux charges du mariage. Si cette liberté est légale (art. 217 C. civ.), elle ne peut faire l'objet d'un exercice abusif : *appauvrir* celui dont les revenus ont diminué à cause du mariage ou sont utilisés pour les dépenses courantes du ménage.

Nous identifions deux sources courantes d'appauvrissement et d'enrichissement corrélatifs²⁴ : la collaboration économique non rémunérée et les confusions involontaires de patrimoine.

Dans de nombreux pays²⁵, la séparation pure et simple peut être corrigée par le juge saisi d'une demande du conjoint appauvri sans juste compensation à cause du fonctionnement patrimonial du couple.

De tels systèmes fonctionnent sans difficulté ni perte de sécurité juridique. La prévisibilité des décisions judiciaires est assurée par la connaissance de la jurisprudence tandis que la liberté contractuelle des époux est préservée par de larges possibilités d'exclure ou de modaliser les correctifs (« *opting out* »), sauf à la marge, celle de l'inacceptable en équité.

Nous regrettons que le législateur belge ait refusé d'instaurer un correctif judiciaire en équité applicable à tout contrat séparatiste sauf exclusion conventionnelle dûment éclairée (« *opting out* »). Il concède tout au plus un correctif « *opting in* », très encadré et déjà critiqué²⁶.

On peut expliquer cette faiblesse par des considérations politiques et académiques. Le refus d'une correction légale « *opting out* » s'est manifesté en phase finale de préparation de la réforme et par des amendements de l'opposition²⁷, mais fut encouragé par divers courants : le notariat n'aimait pas qu'un juge modifie un acte ; le barreau tenait à la prévisibilité des décisions judiciaires ; les partis de droite tenaient au libre-choix ; les partis confessionnels voulaient des différences de statuts ; les partis de gauche étaient absents ; pendant que les académiques se disputaient sur l'axe « convention-loi » / « *judge made law* ».

« Gender-ongelijkheid bij zuivere scheiding van goederen. Pleidooi voor een onderhandelde aanpak », *T.E.P.*, 2010, p. 98.

24. Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., p. 375, n° 346.

25. Un tel système régit les couples séparatistes, parfois ceux non mariés, dans de très nombreux pays (États-Unis (états de communauté), Royaume-Uni, certains pays Scandinaves, etc.). Au Québec, l'institution du patrimoine familial est également en ce sens. Pour une analyse comparative approfondie : A. VERBEKE, *Goederenverdeling bij echtscheiding*, 2^e éd., Antwerpen, Maklu, 1994.

26. J.-L. RENCHON, « Vers un nouveau contrat de séparation de biens », in F. TAINMONT et J.-L. VAN BOCKSTAEL (éd.), *Tapas de droit notarial 2018. Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 141, n° 43 ; A.-C. VAN GYSEL, « Le conjoint et le cohabitant légal survivant », in P. MOREAU (coord.), *La réforme du droit des successions*, Actes du colloque de l'Association « Famille et Droit », Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 431-435.

27. Dans ce sens des amendements de l'opposition (Amendements n° 38 et n° 42 de M. Brotcorne et Mme Onkelinx, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2017-2018, n° 54-2848/006, pp. 33 et 38).

Le législateur a préféré « sensibiliser les époux et non de rendre impossible un choix réfléchi et délibéré en faveur d'une séparation de biens pure et simple »²⁸.

15. L'équité dans les séparations de biens repose à présent sur l'expérience et la capacité de persuasion du notaire, que la loi invite à expliquer aux époux les mérites et les inconvénients des corrections de la séparation de biens, en particulier le correctif judiciaire en équité.

En seconde ligne, la loi fait confiance au juge dans l'arbitrage de l'équitable en lui permettant une large appréciation des intérêts.

Les notaires devront toutefois résister à la tentation de suivre le discrédit jeté par plusieurs auteurs tant sur le correctif, que sur la jurisprudence fondée sur l'équité²⁹.

Ils devront élargir leur devoir de conseil, procéder à l'analyse complète de la situation du couple et des projets de chacun de ses membres, avec une anticipation raisonnable de l'évolution future de ses équilibres économiques.

Ils devront affiner la rédaction des contrats au terme d'une « réflexion plus pointue »³⁰.

Pour J.-L. Renchon, le notaire n'aurait « pas à imposer aux époux de justifier le choix qu'ils effectueraient dans leur contrat de mariage d'exclure le dispositif de la correction judiciaire en équité » au motif que ce choix relèverait de « leur vie privée et familiale »³¹. Cette thèse ne peut être suivie car elle limite l'information recueillie par le notaire, et procède d'une conception étroite de son devoir de conseil, cantonnée à l'acte et ses effets juridiques. Cette conception est prônée par certains³² mais rejetée par d'autres, précisément en matière de séparation de biens dans le cadre de la réforme³³. Les conséquences et les effets de l'acte juridique sont simples à expliquer (principalement l'absence de solidarité économique obligatoire). Il est beaucoup

28. Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2017-2018, n° 2848/001, p. 27.

29. « roulette russe » judiciaire : A.-C. VAN GYSEL, « Le conjoint et le cohabitant légal survivant », *op. cit.*, p. 433 ; « monture rétive » : V. WYART, « Du contractualisme du contrat de mariage et de ses conséquences sur la preuve des créances entre (ex-)époux », *op. cit.*, p. 7 ; incohérence avec un « droit latin » : Avis 62.729/2 du 15 février 2018 du Conseil d'état, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2017-2018, n° 54-2848/002, pp. 11-12.

30. Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, *La réforme des régimes matrimoniaux et de diverses dispositions successorales*, Limal, Anthemis, 2018, p. 107, n° 85.

31. J.-L. RENCHON, « Vers un nouveau contrat de séparation de biens », *op. cit.*, p. 143, n° 48.

32. En ces sens : J.-F. TAYMANS, « Libre choix du notaire et concours de plusieurs notaires », in P. VANDEN EYNDE *e.a.* (éd.), *La loi de ventôse rénovée*, II, *Manuel de l'organisation du notariat*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 168-169.

33. P. VANDEN EYNDE, « Le devoir de conseil du notaire n'est-il pas d'ordre public ? », *op. cit.*, p. 22.

plus compliqué d'en faire comprendre les impacts concrets à moyen et long terme en fonction des aléas de la vie en couple.

Surtout, le couple n'est pas titulaire d'une vie privée et familiale *commune* qui interdirait d'interroger les époux sur leurs motifs personnels d'adopter telle ou telle clause. Une des missions du notaire est de s'assurer que les deux époux soient en égale capacité de négocier³⁴ pour que le contrat réponde à leurs attentes *individuelles* respectives. Le droit au respect de la vie privée et familiale est personnel. En particulier le conjoint économiquement faible, potentiellement le plus affecté par les risques du contrat, doit se voir offrir par le notaire, dès la conclusion du contrat, toutes les garanties de respect de son droit fondamental à la protection de sa propriété et de sa vie privée et familiale. Son droit au respect de la vie privée serait compromis si la seule manière d'éviter ou de mettre fin à un appauvrissement causé par l'exécution du contrat séparatiste était de quitter son conjoint sans juste compensation.

Aussi, pour rendre possible l'appréciation *in concreto* par le notaire de l'opportunité des correctifs, chacun des futurs époux doit être invité, en présence de son conjoint et séparément, à exposer au notaire son projet économique personnel dans le cadre de l'association conjugale (ex. carrière, enfants, logement, investissements...). C'est une des raisons qui nous conduisent à soutenir que la présence de deux notaires ou de deux conseils est recommandée (*infra*, n° 37).

16. Ajoutons que si le droit réformé des obligations voit le jour, un nouvel article du code civil assouplira la théorie de l'imprévision contractuelle. Il faudra essayer de la mettre à profit en séparation de biens, le cas échéant en conjonction avec la théorie de l'abus de droit (ici le droit d'investir en nom propre sur la base de l'article 217 du Code civil).

Ainsi pourra se produire le même phénomène qu'en matière d'enrichissement sans cause : la Cour de cassation, saisie dans une affaire de couple, a adapté sa jurisprudence sur la notion de volonté-cause d'un enrichissement ; elle décide que cette volonté doit être « d'opérer un transfert définitif de patrimoine » (*infra*, n° 25).

§2. Conditions

17. Les conditions d'application du correctif sont nombreuses ; leur mode d'interprétation est déjà controversé :

- une modification imprévue des circonstances depuis la conclusion du contrat ;

34. Sur le déséquilibre fréquent des capacités de négociation au détriment des futures épouses : A. VERBEKE, « Het wilsgebrek van de liefde », *T.E.P.*, 2015, p. 105.

- une modification défavorable de ces circonstances au préjudice du demandeur ;
- des conséquences manifestement inéquitables eu égard à la situation patrimoniale des deux époux ;
- au maximum 1/3 des acquêts ;
- et seulement en cas de divorce pour désunion irrémédiable.

18. En ce qui concerne la condition d'*imprévision des circonstances modifiées défavorablement*, peut-on exclure l'application du correctif si le déséquilibre découle de circonstances prévisibles, ou dont le caractère évolutif a été expliqué par le notaire (ex. croissance des bénéfices de l'entreprise, risque de faillite, risques de mélanges de biens d'origine familiale avec les biens indivis) ?

Nous pourrions l'admettre si l'époux défendeur (enrichi) prouve que le notaire a expliqué aux futurs époux les impacts de ces évolutions et que chaque époux en a accepté l'éventualité.

Certains auteurs reconnaissent que des circonstances telles que l'évolution des carrières, la maladie, le soin des enfants, sont indicatives d'un besoin de correction en équité, mais estiment qu'elles ne sont pas « imprévues » et en déduisent que le correctif ne pourrait s'y appliquer³⁵. D'autres estiment nécessaire qu'il y ait un « bouleversement » des situations personnelles par un événement soudain³⁶.

Nous ne partageons pas leur avis.

Sauf à rester lettre morte, la loi doit s'appliquer aux préjudices économiques causés par des imprévus de santé ou de planning familial. Ces événements sont fréquents, tout comme les préjudices causés par des pertes ou confusions de capital. Si ces faits sont prévisibles, rarement les époux en anticipent les conséquences dommageables.

Plus fondamentalement, il faut présumer que le législateur dans un système « *opting in* » où les époux ont voulu le correctif, encourage l'application de celui-ci, et ne soutient par conséquent pas son application restrictive.

19. La condition d'*iniquité manifeste des conséquences du régime*, malgré les termes de la loi, ne réserve pas le correctif aux situations de grande anormalité.

35. J.-L. RENCHON, « Vers un nouveau contrat de séparation de biens », *op. cit.*, p. 141, n° 43.

36. Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, *La réforme des régimes matrimoniaux et de diverses dispositions successorales*, *op. cit.*, pp. 166-137, n° 137.

À notre avis, tout appauvrissement causé par l'absence de communauté de revenus est manifestement inique sauf s'il a été accepté en connaissance de cause (ex : madame investit, monsieur consacre tout son salaire au fonctionnement du ménage).

Nous pensons donc que le fait qu'une circonstance de vie ou un comportement ait permis, à cause du contrat séparatiste, à un époux d'appauvrir son conjoint, est « manifestement inéquitable » et imputable au régime (sauf volonté de transfert définitif de patrimoine – *infra*, n° 25).

20. Certains infèrent des termes « eu égard à la situation patrimoniale des deux époux » et des travaux préparatoires que le préjudice devrait être apprécié en fonction du patrimoine du demandeur, et n'être compensé que dans un « cas dramatique »³⁷.

La loi ne fixe pourtant pas de seuil d'admissibilité en lien avec le patrimoine du demandeur. Nous regrettons donc cette restriction par les travaux préparatoires. Si elle devait être partagée par la jurisprudence, le domaine du correctif s'en trouverait atteint, alors que celui-ci a été voulu par les parties, dûment éclairées sur son opportunité.

Nous pensons que le correctif peut obliger à compensation dès qu'un époux profite du régime au détriment de l'autre. Un époux appauvri « très aisé » est donc éligible à l'application du correctif, tout comme un époux très fortuné peut demander récompense en communauté.

21. L'ampleur de la correction est limitée à « un/tiers de la valeur nette des acquêts ». La loi précise : les acquêts conjugués des époux au moment de la dissolution du régime, dont il faut ensuite déduire la valeur nette des acquêts personnels de l'époux demandeur ».

La raison semble en être que le conseil du notaire aura porté sur les avantages et sur les inconvénients de la participation aux acquêts, et que les époux auront, par hypothèse, décidé d'écarter tant la communauté légale que la participation aux acquêts 50/50 au profit du correctif judiciaire.

L'objet de la compensation et son plafond (1/3 des acquêts) obligera le notaire à effectuer une liquidation du régime séparatiste sur le mode de la participation aux acquêts. Il pourra s'appuyer sur la nouvelle réglementation de ce régime (art. 1469/1-1469/13)³⁸.

Il devra donc expliquer la participation aux acquêts lors de l'explication du correctif...

37. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2017-2018, n° 54-2848/001, p. 97.

38. Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, *La réforme des régimes matrimoniaux et de diverses dispositions successorales*, *op. cit.*, p. 167, n° 136.

Ainsi se confirme peut-être le projet du législateur en termes de correction ou d'éradication, sur le long terme, de la séparation de biens pure et simple. La mise en œuvre du correctif est presque plus lourde pour le notaire que pour le juge. Elle oblige les époux et le(s) notaire(s) à une mise à plat générale des projets économiques personnels des futurs époux et des solutions contractuelles ou légales aux problèmes potentiels de la vie en couple. Cette discussion pourrait aboutir, *in fine*, à une solution contractuelle équilibrée sans correctif judiciaire. Ceci devrait promouvoir la participation aux acquêts qui joint l'utile (l'indépendance) à l'agréable (le partage). Les époux peuvent moduler le quantum de participation, voire soumettre la participation à des conditions, telles la survenance d'enfants, d'un certain nombre d'enfants, ou l'interruption d'une carrière.

22. La limitation du correctif au « divorce pour désunion irrémédiable » n'est pas étonnante : dans le divorce par consentement mutuel la liquidation précède le divorce et est négociée sous la guidance d'un notaire, d'un médiateur ou de deux avocats.

On s'est demandé si, à l'occasion du divorce par consentement mutuel, le notaire devait donner aux époux une information circonstanciée sur les bénéfices attendus d'une application du correctif, afin de permettre aux parties de transiger.

Si cette information n'est pas simple à fournir, en raison de l'aléa judiciaire, le notaire est à même d'en jeter les bases. Il sera en effet tenu de le faire pour le juge si une demande d'application du correctif est faite en liquidation-judiciaire. En divorce par consentement mutuel, le notaire doit effectuer une « liquidation informative » identique à celle d'un état liquidatif.

La tâche du notaire ne s'en trouvera pas simplifiée, raison pour laquelle le notaire serait avisé de proposer aux époux qui l'interrogent sur l'opportunité de stipuler le correctif, d'encore mieux corriger leur séparation de biens par une clause participation, quitte à en moduler le *quantum*.

En liquidation-partage amiable ou judiciaire le notaire a le même rôle.

On s'est interrogé sur la procédure judiciaire entourant le correctif. Certains auteurs reprochent le manque de précision par la loi du rôle du notaire liquidateur³⁹.

La demande de correction est formée dans la procédure de liquidation ou en constitue le seul point s'il n'y a pas matière à liquidation-partage faute d'indivision (ex. un époux a investi tous ses revenus en biens personnels).

39. J.-L. RENCHON, « Vers un nouveau contrat de séparation de biens », *op. cit.*, p. 140, note 44 ; A.-C. VAN GYSEL, « Le conjoint et le cohabitant légal survivant », *op. cit.*, pp. 433-434.

Le notaire doit conseiller aux parties de faire application du correctif s'il est stipulé (partage amiable), et si son application est demandée, il rendra un avis en droit et en fait sur le montant de l'indemnité, comme pour une demande d'attribution préférentielle ou d'application de la sanction du recel.

Doit-il suspendre la procédure et déposer un P.V. intermédiaire ? Oui s'il estime que la liquidation est bloquée tant qu'il n'y a pas de décision à ce sujet, notamment en raison de la composition du patrimoine et des difficultés de composer des lots.

23. En *conclusion sur les conditions et la procédure*, la diversité des interprétations renvoie aux opinions divergentes sur le principe-même de l'intervention du juge dans le contrat.

Elle confirme la persistance d'une tendance contractualiste en séparation de biens, qui n'est pourtant déjà plus celle de la réforme, même si le législateur a choisi un correctif judiciaire « *opting in* ».

Si les époux, éclairés par le notaire, ont souhaité le correctif, c'est pour qu'il en soit fait un large usage à leur profit. Interpréter restrictivement ses conditions contredirait cette volonté, un comble dans la perspective contractualiste.

La prédiction de débats difficiles devant les tribunaux de la famille (et avant cela devant le notaire liquidateur)⁴⁰, ou la crainte de l'impraticabilité du correctif judiciaire, risque de décourager les notaires chargés de l'implémenter.

C'est au contraire sa diffusion dans les contrats et son usage fréquent qui construira la jurisprudence et rassurera ceux pour qui la sécurité juridique suppose la prévisibilité des solutions.

Pour nous, l'essentiel dans un droit casuel est que la décision judiciaire corrige au maximum l'iniqité *in concreto*. La tendance contemporaine en droit des familles est à l'élargissement du pouvoir du juge et à l'appréciation large et globale des intérêts en présence, même dans l'application de l'enrichissement sans cause⁴¹.

§3. Correctif en équité et enrichissement sans cause anno 2018

24. Quel est le champ d'application de l'enrichissement sans cause quand des époux ont inséré ou exclu le correctif judiciaire ?

40. A.-C. VAN GYSEL, « Le conjoint et le cohabitant légal survivant », *op. cit.*, pp. 433-434.

41. J.-L. RENCHON, « Vers un nouveau contrat de séparation de biens », *op. cit.*, p. 135, n° 33.

Comme l'a soutenu Fr. Deguel⁴², la seule existence du correctif dans le contrat ne prouve pas une volonté de transfert définitif du patrimoine par l'appauvri au profit de l'enrichi au terme du mariage.

Inversement l'absence du correctif n'implique pas que les époux ont renoncé à recourir à l'enrichissement sans cause.

Il semble par contre inutile de stipuler expressément que les époux se réservent d'appliquer l'enrichissement sans cause car ce mécanisme est subsidiaire.

On distinguera trois hypothèses⁴³ :

- le correctif n'est pas stipulé : l'enrichissement sans cause reste admis ;
- le correctif est stipulé et ses conditions d'application sont remplies *in casu* : l'enrichissement sans cause n'est plus admis, faute de subsidiarité ;
- le correctif est stipulé et ses conditions d'application ne sont pas remplies *in casu* : l'enrichissement sans cause est admis, par subsidiarité.

Une clause du contrat de mariage – ici le correctif en équité – ne saurait être anticipativement une cause de transferts de richesses ultérieurs, et n'exclut donc pas par elle-même le recours subsidiaire à l'enrichissement sans cause, pas même après un conseil renforcé du notaire.

Une clause d'exclusion générale « parfaitement éclairée » de l'enrichissement sans cause en liquidation devrait encore être exécutée, au jour de la liquidation, de bonne foi et sans abus, c'est-à-dire sans volonté de s'enrichir au détriment de l'autre.

Nous espérons que la doctrine ne se divisera pas sur cette question, car cela en coûterait à ceux qui seraient privés du recours subsidiaire pour un motif juridique et divinatoire : une prétendue volonté d'exclure l'enrichissement sans cause *in abstracto*. Cela évoque le sort des victimes de la « clause Grégoire » (à présent déclassée⁴⁴) à qui l'on a pu opposer que cette clause contenait une volonté-cause de tous transferts de richesses ultérieurs.

42. Fr. DEGUEL, « La (nouvelle ?) séparation de biens pure et simple », in Y.-H. LELEU (éd.), *La réforme des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 199, n° 28.

43. *Ibid.*

44. En ce sens : Fr. DEGUEL, « Les (clauses relatives aux) comptes entre ex-époux séparés de biens et l'enrichissement sans cause », note sous Mons, 8 juin 2010, *Rev. not. b.*, 2011, p. 363, n° 7 ; Y.-H. LELEU, « La présomption de règlement de comptes à défaut de comptes écrits », in Ph. DE PAGE, A. CULOT et I. DE STEFANI, *Le contrat de séparation des biens. Risques actuels et perspectives nouvelles*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 89 et s. En ce sens : Bruxelles, 9 février 2017, *Rev. not. b.*, 2017, p. 547, confirmant T. Fam. Brabant wallon, 12 février 2015, *Rev. not. b.*, 2017, p. 533 ; Liège, 2 octobre 2012, *Rev. not. b.*, 2013, p. 430, note L. STERCKX ; T. Fam. Brabant wallon, 12 janvier 2017, *Rev. not. b.*, 2017, p. 513 ; *contra* : Mons, 30 juin 2014, *R.G.D.C.*, 2016, p. 99, note Fr. DEGUEL ; Mons, 8 juin 2010, *Rev. not. b.*, 2011, p. 352,

25. Pour être complets⁴⁵, signalons les derniers développements de la jurisprudence relative à l'enrichissement sans cause, dans un sens favorable à l'équité et au rapprochement des statuts (union libre, séparation de biens, communauté). De tous les outils du séparatiste⁴⁶, l'enrichissement sans cause demeure le fondement juridique le plus utilisé.

Les conditions de *subsidiarité* et d'*absence de cause* ont été précisées par la Cour de cassation.

Dans un arrêt du 9 juin 2017, rendu entre partenaires non mariés, la Cour énonce que la volonté de l'appauvri peut être une *cause* faisant obstacle à l'action *de in rem verso*, pour autant qu'il ait eu la « volonté d'opérer un glissement de patrimoine définitif » en faveur de l'enrichi⁴⁷.

La Cour ajoute dans cet arrêt que la condition de *subsidiarité* ne prive pas le demandeur d'invoquer l'enrichissement sans cause « à titre subsidiaire » après d'autres fondements de restitution. Il devient ainsi possible⁴⁸, d'invoquer à titre principal la révocation d'une donation (art. 1096) et subsidiairement l'enrichissement sans cause.

Dans un arrêt antérieur du 22 janvier 2016, à nouveau entre partenaires non mariés, la Cour valide l'arrêt d'appel décidant que la vie de couple ne saurait à elle seule constituer la cause de l'appauvrissement et de l'enrichissement corrélatif, spécialement lorsqu'elle a été de courte durée⁴⁹.

Dans un arrêt du 27 septembre 2012, la Cour de cassation énonce que la créance née de l'enrichissement sans cause est une *créance de valeur* et non de somme⁵⁰. Elle permet ainsi la revalorisation d'une créance pour investis-

note Fr. DEGUEL, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 747, note N. BAUGNIET, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 15 ; Gand, 25 février 2016, *T.E.P.*, 2016, p. 481.

45. Pour une synthèse : Fr. DEGUEL, « L'enrichissement sans cause et les relations affectives devant les cours d'appel », *R.G.D.C.*, 2016, p. 102 et « Enrichissement sans cause : précisions attendues dans les relations familiales », *R.G.D.C.*, 2017, p. 503. Pour la jurisprudence récente : Y.-H. LELEU et J. LARUELLE, « Examen de jurisprudence (2006-2017). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2018, pp. 490 et s., n^{os} 154 et s.

46. Pour un aperçu complet : Y.-H. LELEU, « Les outils du séparatiste. Réclamations et contestations de créances en liquidation d'un régime de séparation de biens pure et simple », in M. BOELEN (coord.), *Questions particulières en matière de partage judiciaire*, Limal, Anthemis, 2016, pp. 81-119.

47. Cass., 9 juin 2017, *R.G.D.C.*, 2017, p. 502, note Fr. DEGUEL ; dans le même sens, mais étranger au droit patrimonial des couples : Cass., 23 octobre 2014, *Pas.*, 2014, p. 2328, *R.G.D.C.*, 2015, p. 559, note J. LAMBRECHTS, *J.L.M.B.*, 2016, p. 834, *R.W.*, 2016-2017, p. 225 (somm.).

48. Contrairement à ce que nous affirmions avant cet arrêt : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, *op. cit.*, p. 399, n^o 366.

49. Cass., 22 janvier 2016, *J.L.M.B.*, 2017, p. 306.

50. Cass., 27 septembre 2012, *Pas.*, 2012, p. 1746, concl. A. HENKES, *J.T.*, 2012, p. 763, note Y.-H. LELEU, *J.T.*, 2013, p. 399, note, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 46, note D. PIGNOLET, *J.L.M.B.*, 2013, p. 377, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 514, note M. VAN MOLLE, *T. Fam.*, 2013, p. 177, note C. DECLERCK, *T. Not.*, 2013, p. 508.

sements (travaux d'amélioration) dans un immeuble indivis, selon le prix de vente de l'immeuble⁵¹.

À la suite de cet arrêt, M. Van Molle a proposé deux méthodes pour l'évaluation de la créance⁵². Selon une méthode qualifiée « financière », l'appauvrissement est non seulement la perte des fonds ayant bénéficié à l'enrichi, mais aussi la perte de la plus-value que l'investissement aurait permis de générer si la répartition de la propriété entre époux avait respecté les investissements de chacun. Selon une méthode qualifiée « monétaire », l'appauvrissement est limité au montant décaissé, majoré d'une allocation compensatoire à la fois de la dévaluation de la monnaie (taux d'indexation) et de la perte des revenus des fonds investis dans le patrimoine de l'enrichi (taux de rendement).

Enfin, mais sans caution à ce jour de la Cour de cassation, se développe une approche résolument novatrice du recours subsidiaire : l'appréciation proportionnelle et globale de l'existence ou de l'absence de cause eu égard à l'ensemble des mouvements de patrimoine opérés entre époux⁵³. Suivant ce courant, l'office du juge est d'apprécier *globalement* les mouvements patrimoniaux entre les partenaires, sans considérer isolément tel transfert de biens, pour apprécier, à l'aune d'une situation familiale, si un époux ne se serait pas enrichi sans cause aux dépens de l'autre.

La détermination de la cause du transfert de patrimoine lors d'une demande « *de in rem verso* » se fera en deux temps : 1) observer l'ensemble des relations patrimoniales des partenaires afin de constater soit une *disproportion* entre (tous) les transferts de l'un et de l'autre (ex. : financement unilatéral de tous les immeubles), soit un déséquilibre, estimé trop important, entre l'appauvrissement global de l'un et l'enrichissement (corrélatif) de l'autre (ex. : déficit d'épargne⁵⁴) ; 2) déterminer si cette disproportion est raisonnablement *justifiable* (ex. : transferts excessifs de revenus, transfert de capitaux familiaux).

51. Liège, 8 novembre 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 512.

52. M. VAN MOLLE, « La (re)valorisation des créances entre ex-époux séparés de biens », note sous Cass., 27 septembre 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, pp. 526-528, n^{os} 18-20. Dans le même sens : Y.-H. LELEU, « La réévaluation des créances d'enrichissement sans cause entre ex-époux séparés de biens », note sous Cass., 27 septembre 2012, *J.T.*, 2012, p. 765 ; *contra* D. PIGNOLET, « L'arrêt de la Cour de cassation du 27 septembre 2012 – Les créances fondées sur l'enrichissement sans cause sont des créances de valeur », note sous Cass., 27 septembre 2012, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 49.

53. B. GENNART et L. TAYMANS, « La théorie de l'enrichissement sans cause appliquée aux comptes entre ex-époux séparés de biens ou ex-concubins », *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, pp. 615 et s. ; dans le même sens : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, *op. cit.*, pp. 402-402, n^o 367 ; J.-L. RENCHON, « Vers un nouveau contrat de séparation de biens », *op. cit.*, p. 135.

54. Ph. DE PAGE et Y.-H. LELEU, « Les collaborations non rémunérées entre époux : solutions contractuelles et judiciaires », in *Travail et relation, Congrès des Notaires, 2013*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 51, n^o 25.

Cette doctrine commence à recevoir des applications dans une jurisprudence de plus en plus favorable aux restitutions équitables⁵⁵.

Nous approuvons cette tendance, en phase avec le développement de l'appréciation globale des intérêts en présence dans les litiges de droit des familles.

Section 4. Devoir de conseil et responsabilité du notaire (art. 1469, § 3, 1474/1, § 2)

§1. Avant la réforme

26. Il y a un risque professionnel à conseiller à deux futurs époux de signer un contrat de séparation de biens pure et simple sans les informer de tout ce à quoi ils renoncent ni se ménager la preuve de cette information et de sa compréhension⁵⁶.

La séparation de biens pure et simple comporte des risques d'appauvrissement⁵⁷, d'autant que l'acte a pu être passé sans garantie d'équilibre des forces de négociation en présence⁵⁸.

Il devrait en découler, comme en droit de la consommation par exemple, de larges possibilités pour le juge d'aménager le choix contractuel pour en écarter les conséquences les plus inéquitables⁵⁹.

55. Récemment : Liège, 24 janvier 2012, *J.L.M.B.*, 2012, p. 743, obs. Fr. DEGUEL ; Civ. Nivelles, 20 juin 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 996, note approbative J.-L. RENCHON ; Civ. Arlon, 8 avril 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 1117 ; en matière d'union libre : T. Fam. Liège, 17 décembre 2014, *Rev. trim. tr. fam.*, 2015, p. 291 (demande de restitution non fondée faute de disproportion, appréciée globalement) ; Liège, 15 janvier 2018 et 10 septembre, inédits, R.G. 2016/FA/766.

56. A. VERBEKE, *Le contrat de mariage de séparation de biens. Plaidoyer pour une solution équitable*, Anvers, Kluwer, 1997, pp. 12 à 18 ; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., p. 376, n° 346.

57. C.C., 7 mars 2013, attendu B.6.2, *Act. dr. fam.*, 2013, 61, *J.T.*, 2014, 170, note Fr. DEGUEL, *Rec. gén. enr. not.*, 2013, 167, *T. Not.*, 2013, note J. VERSTRAETE, *R.A.B.G.*, 2013, p. 947, *R.W.*, 2012-2013, p. 1359, somm., *R.W.*, 2013-2014, p. 59, somm., note.

58. A. VERBEKE, « Het wilsgebrek van de liefde », op. cit., p. 105 ; Y.-H. LELEU, *Les collaborations économiques au sein des couples séparatistes. Pour une indemnisation des dommages collaboratifs envers et contre tous choix*, Montréal, Thémis, 2014, pp. 62 et s.

59. Voy. not. : C. DECLERCK, « De normaalste zaak van de wereld. Valorisatie van huishoudelijke arbeid in het huwelijksvermogensrecht », in W. PINTENS et C. DECLERCK, *Patrimonium 2015*, Bruges, die Keure, 2015, pp. 389-392 ; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., p. 27, n° 7 ; Y.-H. LELEU, « Du droit des régimes matrimoniaux au droit patrimonial du couple », *J.T.*, 2004, p. 310. Adde : A. VERBEKE, *Le contrat de mariage de séparation de biens. Plaidoyer pour une solution équitable*, op. cit., pp. 12-18.

Le législateur n'y est pas parvenu en raison de la prégnance du principe « *pacta sunt servanda* », notamment dans les milieux notariaux. Cela peut se comprendre eu égard à la mission du notariat. Mais la conséquence indirecte est le report sur les notaires de la mission de réduire, par de meilleurs conseils, le risque d'iniquités en séparation de biens⁶⁰.

27. L'obligation de conseil et d'information a toujours obligé le notaire à expliquer les risques de la séparation de biens et les avantages et inconvénients des clauses qui la communautarisent (art. 9, § 1^{er}, al. 3, L. Ventôse)⁶¹.

Le non-respect de ces obligations a toujours engagé la responsabilité du notaire à hauteur du dommage en lien causal avec le choix et la teneur du contrat séparatiste.

28. Avant la réforme, pour que le conseil soit utile, le notaire devait fournir les informations et conseils suivants⁶² :

- 1) exposé des risques et des conséquences négatives du régime susceptibles de se produire compte tenu du profil socio-professionnel actuel du couple et de son évolution prévisible ;
- 2) exposé des avantages concrets de la séparation de biens pure et simple pour ce couple, qui ne seraient pas prodigués par la communauté légale ni par une correction contractuelle de la séparation de biens ;
- 3) information détaillée et complète sur le régime légal et ses correctifs ;
- 4) information sur la nécessité, pour le notaire, de se réserver une preuve de la fourniture de l'information et des propositions alternatives ;
- 5) information sur la possibilité, pour les époux, de confirmer par écrit leur renonciation aux protections offertes par des correctifs ou par le régime légal ;
- 6) information sur le contenu de l'article 9 de la Loi de ventôse et invitation à recourir aux services de deux notaires car les engagements risquent d'être disproportionnés.

Nous concédions que ces propositions étaient peu pratiques ou peu rentables, et surtout qu'elles affrontaient un courant doctrinal confiant à l'excès dans le choix contractuel et dans la qualité du conseil préalable⁶³.

60. Sur la prise de conscience du législateur : P. VANDEN EYNDE, « Le devoir de conseil du notaire n'est-il pas d'ordre public ? », *op. cit.*, p. 22.

61. Pour une analyse approfondie : P. VANDEN EYNDE, « Le devoir de conseil du notaire n'est-il pas d'ordre public ? », *op. cit.*, pp. 7 et s., spéc. p. 23 ; Y.-H. LELEU, *Les collaborations économiques au sein des couples séparatistes. Pour une indemnisation des dommages collaboratifs envers et contre tous choix*, *op. cit.*, pp. 62 et s.

62. Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, *op. cit.*, p. 377, n° 346 ; rapport : R. BARBAIX et A. VERBEKE, *Beginselen relatievermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2012, p. 246, n° 492.

63. Voy. récemment : F. BUYSENS, « Laten we onze verantwoordelijkheid opnemen (inzake de hervormde rocedure van gerechtelijke vereffening-verdeling) », *T. Fam.*, 2012, p. 54 ; V. WYART,

§2. Le devoir de conseil du notaire élargi

29. Sur le constat implicite par le législateur d'une marge de progression, sur le plan général, du devoir de conseil notarial en matière de contrat de mariage⁶⁴, la réforme a précisé et aggravé celui-ci.

Il faut s'en réjouir et laisser cette nouveauté de la réforme se déployer conformément à la volonté du législateur : responsabiliser les notaires, au sens large autant qu'au sens strict.

La première mention de l'obligation légale concerne la participation aux acquêts (art. 1469, § 3), la seconde le correctif en équité (art. 1474/1, § 2). Elle ne limite le devoir de conseil à ces seuls cas.

Dès que le notaire est requis d'instrumenter un contrat de mariage de séparation de biens, peu importe ce que les époux lui demandent *a priori*, il doit exposer toutes les conséquences du régime proposé en fonction des projets des membres du couple (*supra*, n° 15) et toutes les corrections possibles⁶⁵.

30. Cela suppose en premier lieu qu'il explique les *avantages et inconvénients du régime légal*, les avantages et inconvénients du régime séparatiste, ainsi que ceux des clauses qui peuvent le communautariser.

Il faut donc expliquer le fonctionnement du régime de participation aux acquêts (*supra*, n° 12).

31. Quand les époux choisissent de *communautariser leur régime* par une clause (participation aux acquêts, société d'acquêts...), une information spécifique doit être donnée.

Cela résulte de l'article 1469, § 3, qui vise les clauses de participation aux acquêts, mais cela s'applique à toute autre clause communautarisant le régime. L'obligation du notaire est double : attirer l'attention sur les conséquences de l'adoption ou de la non-adoption de la clause.

32. Quand les époux s'interrogent sur *le correctif en équité*, l'information doit être encore plus précise (art. 1474/1) ; elle va, selon les travaux préparatoires, « au-delà d'une simple obligation d'avis et d'information »⁶⁶.

Le conseil ne se limite pas donc à l'acte envisagé (le correctif) et ses conséquences, mais s'étend à son opportunité *in concreto* en fonction des

« Du contractualisme du contrat de mariage et de ses conséquences sur la preuve des créances entre (ex)-époux », *op. cit.*, pp. 7 à 22.

64. P. VANDEN EYNDE, « Le devoir de conseil du notaire n'est-il pas d'ordre public ? », *op. cit.*, p. 23.

65. Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2017-2018, n° 54-2848/001, pp. 77 et 96.

66. *Ibid.*, p. 77.

projets économiques de chacun des époux (*supra*, n° 29). Leur attention doit être attirée sur deux points : les conséquences du choix de le retenir « ou non » ; les modalisations possibles de ce correctif.

Selon nous l'information sur le correctif doit être donnée même si les futurs époux n'évoquent pas le correctif, car il pourrait leur être utile. Le correctif doit donc être exposé pour tout contrat de base séparatiste⁶⁷.

Cette obligation concernant le correctif en déborde largement et est extrêmement large, ce qui à notre avis pourrait, à terme, « corriger » la séparation de biens pure et simple.

Pour être donnée conformément à la loi, l'information sur le correctif en équité convoque tous les principes importants du régime matrimonial. Le notaire doit comparer une séparation de biens avec correctif à une séparation pure et simple, ainsi qu'une séparation de biens corrigée avec une communauté. Les explications sur le correctif doivent faire comprendre aux époux le concept d'acquêts et l'importance du partage des acquêts que seul la communauté réalise.

En d'autres termes, le notaire ne peut pas présenter le correctif comme une amélioration significative de la séparation de biens, sans dire que renoncer à la séparation de biens augmenterait encore plus la solidarité patrimoniale. Chaque époux doit comprendre qu'avec le correctif, sa situation est encore loin d'être comparable à celle d'un époux communs en biens sur le plan des actifs.

33. Ensuite et pour tout contrat, *l'information sur le passif* est importante. La séparation des dettes – argument traditionnel de « justification » d'une séparation pure et simple - doit être contextualisé par rapport à la profession et son mode d'exercice actuel ou futur – les avocats peuvent faire faillite à présent, et pour tous l'exercice en société réduit les risques.

Et comme une profession à risque peut être très lucrative, il faut « chiffrer » le prix à payer pour une protection contre les dettes, et l'annoncer au conjoint « protégé » par la séparation pure et simple. Voilà encore une raison d'appliquer l'article 9 de la loi de Ventôse et conseiller les services de deux notaires (*infra*, n° 37).

34. Le notaire doit également informer les époux sur *l'absence de compte de récompenses*. Il doit s'assurer que les époux acceptent le risque de devoir

67. J.L. Renchon reproche au législateur de ne pas avoir dispensé le notaire d'information sur le correctif s'il est requis d'instrumenter un régime de séparation de biens avec participation aux acquêts ; cela prouve au contraire la volonté du législateur d'obliger le notaire à toujours évoquer le correctif en même temps que les autres corrections (J.L. RENCHON, « Vers un nouveau contrat de séparation de biens », *op. cit.*).

subir les aléas et les couts d'une procédure pour la réclamation des créances sur la base de l'enrichissement sans cause.

§3. Les formes requises

35. L'information sera concrétisée par une mention dans le contrat d'avoir attiré l'attention des époux sur les conséquences du contrat et de ses possibilités d'aménagement conventionnel (art. 1469, § 3, et 1474/1, § 2).

Le notaire doit à notre avis se réserver une preuve écrite de ses conseils. La clause du contrat de mariage n'est pas le compte rendu de l'information donnée ; une correspondance est nécessaire à ce sujet.

Ces mentions et preuve doivent refléter l'information réellement dispensée, en fonction de la situation des parties. La clause du contrat de mariage ne pourra pas être une clause de style.

36. Les clauses proposées par H. Casman⁶⁸ sont intéressantes, car elles sont différentes pour chaque type de clause ou de correction souhaitée. Elles sont longues, détaillées et personnalisées, ce qui suscitera l'intérêt des époux et obligera le notaire à en expliquer les termes et répondre à toute question.

Certains en ont critiqué la longueur ou la complexité⁶⁹, à tort selon nous. Une clause reproduisant le texte de la loi⁷⁰, ou une clause personnalisée mais trop sommaire, risquent d'être accueillies avec circonspection par le juge en cas de recherche de responsabilité pour conseil déficient.

37. L'information doit être adaptée au profil socio-psychologique des époux, et le notaire doit s'assurer que ses clients ont compris le conseil.

Elle doit être fournie « à chacun des époux », ensemble selon H. Casman⁷¹, sauf si le notaire a proposé aux parties de recourir aux services d'un notaire distinct (art. 9 L. Ventôse – risque d'engagements disproportionnés).

Nous avons soutenu que le notaire devait toujours avertir les époux de recourir aux services de deux notaires, et que cela devait devenir la règle en matière de contrat de mariage séparatiste, puisque les engagements pouvaient être disproportionnés.

On a critiqué voire tourné cette thèse en dérision, alors qu'elle est la règle dans la plupart des pays de droit anglo-américain qui connaissent des

68. H. CASMAN, « Les nouveautés apportées au régime de séparation de biens », *op. cit.*, p. 18.

69. Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, *La réforme des régimes matrimoniaux et de diverses dispositions successorales*, *op. cit.*, p. 107, n° 85.

70. J.-L. RENCHON, « Vers un nouveau contrat de séparation de biens », *op. cit.*, p. 143, n° 48 et p. 152 (exemples de clauses).

71. H. CASMAN, « Les nouveautés apportées au régime de séparation de biens », *op. cit.*, p. 18.

correctifs judiciaires « *opting out* ». Nous n'avons cependant encore lu aucun argumentaire contraire dans la doctrine notariale.

Un notaire qui instrumente seul un contrat de mariage ne peut se contenter de la clause de style relative à l'article 9 de la loi de Ventôse, mais doit, s'il demeure seul notaire, se ménager la preuve qu'il a expliqué aux parties pourquoi le contrat de mariage séparatiste justifiait que chacune d'elles ait un conseil indépendant.

§4. La responsabilité du notaire

38. Comme par le passé, tout défaut d'information engage la responsabilité du notaire (art. 1382 C. civ.).

Quand une loi spéciale impose un devoir d'information et en précise le contenu, la responsabilité s'aggrave, ne fût-ce parce que la preuve à fournir par la victime du dommage est allégée.

Dans la réforme la loi mentionne en outre expressément que le notaire engage sa responsabilité dans le cadre de l'information préalable au contrat de séparation de biens. Elle le fait à propos du correctif judiciaire en équité (art. 1474/1, § 2), mais cela vaut pour tout aspect de son devoir de conseil.

Cela signifie qu'en l'absence de correctif, ou de clause de communautarisation, le conjoint mal informé, et qui aurait pu bénéficier du correctif ou d'une clause de communautarisation, pourra rechercher la responsabilité du notaire.

Chiffrer son dommage et établir la causalité sera une autre gageure, mais qui n'est pas hors de portée du raisonnement en matière de responsabilité contractuelle.

39. Malgré ces constats, certains commentateurs estiment que la loi ne modifie pas fondamentalement les obligations du notaire en termes de conseil, ou n'avait pas à modifier celles-ci car elles existaient déjà⁷².

C'est ignorer l'existence de cas où l'officier ministériel n'accomplit pas son devoir de conseil. Quelques cas voire un seul justifient la responsabilisation de tous, comme pour d'autres secteurs ou professions⁷³.

C'est surtout minimiser la portée de la réforme sur le conseil et la responsabilité notariale et encourager des pratiques anciennes qui seront pourtant plus sévèrement évaluées.

72. Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, *La réforme des régimes matrimoniaux et de diverses dispositions successorales*, *op. cit.*, p. 131, n° 106.

73. Pour un constat que rares sont les cas où les candidats à la séparation de biens reçoivent une information sur le régime de la participation aux acquêts : P. VANDEN EYNDE, « Le devoir de conseil du notaire n'est-il pas d'ordre public ? », *op. cit.*, p. 22.

Par précaution pour le notaire, ou pour protéger le conjoint économiquement faible, il faudra adapter les pratiques aux nouvelles obligations. Des encouragements en ce sens viennent de la doctrine notariale, et il faut s'en réjouir⁷⁴.

40. Quant à la jurisprudence, elle est inexistante pour le moment. En droit français, la Cour de cassation a validé par un arrêt du 3 octobre 2018⁷⁵ la condamnation d'un notaire à indemniser les époux pour mauvais conseil de contrat de mariage, un contrat de communauté proche d'une communauté universelle pour un couple dont l'un était indépendant et déjà endetté au moment du mariage.

Il n'y a donc pas que la séparation de biens qui soit facteur de risque pour le notaire.

La Cour de cassation française fait reposer le fardeau de la preuve du bon conseil sur le notaire, comme il se doit s'agissant d'un professionnel détenteur de la compétence et de l'information. En l'espèce, la Cour relève que le notaire n'a pas démontré que les époux lui avaient fait part de circonstances particulières de nature à justifier un régime matrimonial proche d'une communauté universelle ni leur avait donné un conseil adapté à leur situation professionnelle spécifique.

Cet arrêt confirme que le conseil doit être personnalisé comme le préconise la loi du 22 juillet 2018, et que le notaire ne peut se contenter d'acter les propositions des parties.

Comme il doit prêter son ministère, il lui revient, s'il ne parvient pas à infléchir le projet au vu des circonstances actuelles et prévisibles, de se prémunir d'un recours en informant par écrit les futurs époux sur les avantages d'un projet de contrat différent.

Pour B. Vareille, l'alternative aux « pénibles courriers de mise en garde, reconnaissances laborieuses de conseil donné peuplées d'explications exhaustives, déclarations libératoires émanant des intéressés, voire insérées dans lacté lui-même et pesées au trébuchet » est, comme nous le proposons ci-avant, la participation aux acquêts⁷⁶.

74. *Ibid.*, pp. 23-24.

75. Cass. (1^{re} civ.), 3 octobre 2018, *Rev. trim. dr. civ.*, 2018, 957, obs. B. VAREILLE, *D.*, 2018, 1968, *A.J.Fam.*, 2018, 621, obs. P. HILT.

76. *Rev. trim. dr. civ.*, 2018, p. 958.