

La conscientisation des époux quant à leur choix du régime matrimonial et l'obligation d'information du notaire aggravée par la réforme du droit des régimes matrimoniaux

Auteur : Marchal, Marie

Promoteur(s) : Leleu, Yves-Henri

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit, à finalité spécialisée en mobilité interuniversitaire

Année académique : 2018-2019

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/6949>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

La conscientisation des époux quant à leur choix du régime matrimonial et l'obligation d'information du notaire aggravée par la réforme du droit des régimes matrimoniaux

Marie MARCHAL

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en mobilité interuniversitaire

Année académique 2018-2019

Recherche menée sous la direction de :

Monsieur Yves-Henri LELEU

Professeur ordinaire

Et Madame Julie LARUELLE

Assistante

RESUME

Le choix du régime matrimonial à adopter en cas de contrat de mariage est d'une importance primordiale : il met en cause les patrimoines respectifs des futurs époux et peut entraîner des conséquences majeures en cas de dissolution du mariage. Cependant dans la majorité des cas, le futur couple ne connaît pas suffisamment les risques liés à l'adoption d'un tel régime et n'est bien souvent pas conscient de ce que celui-ci implique en pratique. Dans ce cadre, nous verrons que le notaire a un grand rôle à jouer.

Avant le 1^{er} septembre 2018, les deux régimes conventionnels légaux principaux étaient d'une part le régime légal de communauté et d'autre part, le régime de séparation de biens pure et simple. Face aux importantes dérives inégalitaires auxquelles sont confrontés les couples qui ont opté pour ce dernier, une nécessité d'intervention du législateur était à l'ordre du jour.

C'est dans ce cadre qu'une réforme du droit des régimes matrimoniaux a vu le jour. En vigueur depuis septembre 2018, celle-ci modifie notre Code civil et intervient pour mieux coller à la réalité des couples mariés aujourd'hui. Nous retrouvons dès lors un nouveau modèle légal : la séparation de biens avec une clause de participation aux acquêts, un meilleur encadrement du modèle traditionnel de séparation de biens pure et simple, mais surtout et c'est ce qui fera l'objet de notre travail, un devoir d'information renforcé du notaire dans le cadre de ce régime en particulier.

REMERCIEMENTS

Je remercie le professeur Y.-H. Leleu de m'avoir donné l'opportunité de réaliser mon travail de fin d'études dans le domaine du droit patrimonial des couples et Madame J. Laruelle pour ses précieux conseils.

Je remercie également toutes les personnes ayant contribué de près ou de loin à la réalisation de ce travail.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
I.- OBLIGATION D'INFORMATION DU NOTAIRE AVANT LA REFORME.....	3
A.- FONDEMENT MORAL ET LÉGAL	3
B.- CONTENU DE L'OBLIGATION.....	3
1) <i>Principes généraux</i>	3
2) <i>Application au cas concret du contrat de mariage sous régime de séparation de biens</i>	6
a) Importance d'une information claire et précise dans le cadre du régime de séparation de biens	7
b) Analyse de jurisprudence sur le devoir d'information quant aux régimes matrimoniaux	10
c) Conclusion.....	15
C.- RESPONSABILITÉ DU NOTAIRE	15
1) <i>Contractuelle ou extracontractuelle ?</i>	15
2) <i>Positions de la Cour constitutionnelle et de la Cour de cassation</i>	17
3) <i>Conclusion</i>	18
4) <i>Application au cas concret du contrat de mariage</i>	18
II.- OBLIGATION D'INFORMATION DU NOTAIRE AGGRAVEE PAR LA REFORME.....	21
A.- CONTENU DE L'OBLIGATION AGGRAVÉE	22
1) <i>Régime de participation aux acquêts</i>	22
2) <i>Obligation stricte d'information du correctif judiciaire en équité</i>	24
B.- RESPONSABILITÉ DU NOTAIRE ALOURDIE ?	25
III.- SOLUTIONS AFIN DE CONSCIENTISER AU MIEUX LES FUTURS EPOUX	26
A.- SOLUTIONS RELATIVES À L'INTERVENTION DU NOTAIRE	26
B.- PROPOSITION DE CLAUSES « SUR-MESURE » LORS DE LA RÉDACTION DU CONTRAT DE MARIAGE	29
CONCLUSION	30
BIBLIOGRAPHIE.....	33

INTRODUCTION

Si le régime de communauté légale est par essence une solidarité absolue des époux sur les revenus professionnels¹ – principale source d’alimentation du patrimoine commun –, le régime de séparation de biens pure et simple quant à lui se caractérise par une autonomie accrue et une grande indépendance de gestion des patrimoines². Les conjoints sont dès lors libres de gérer leurs biens respectifs comme ils l’entendent³ et ne répondent que de leurs dettes personnelles, sous réserve de celles contractées conjointement et celles du ménage⁴. Si à priori ce régime paraît adéquat pour les jeunes couples en quête d’épanouissement personnel et d’indépendance – tendance actuelle de notre société –, il se traduit pourtant par une insécurité juridique considérable en raison de solutions incertaines qui interviennent lors de la dissolution du régime⁵. Il est communément admis qu’un des époux subisse un « *préjudice patrimonial de vie commune* »⁶ et soit donc affaibli économiquement pour avoir privilégié ses dépenses pour le ménage et au nom de la vie conjugale.

Cette position inconfortable de l’époux lésé, malheureusement trop fréquente au vu de la jurisprudence que nous analyserons, résulte à notre sens de l’absence d’une information claire, complète et précise du notaire instrumentant. Faute de négligence ? Absence de responsabilité en cas d’information incomplète ? Etant entendu que le contrat de mariage est un acte authentique⁷ (art. 1392 Code civil), son rôle lui confère une position de premier rang « *pour l’orientation des couples vers une protection patrimoniale adaptée à leur situation actuelle et ses évolutions prévisibles* »⁸.

Force est de constater que le législateur a dû intervenir par la réforme du droit des régimes matrimoniaux, notamment en établissant un compromis entre ces deux régimes aux antipodes (communauté légale et séparation de biens pure et simple). Ou encore en aggravant le devoir d’information et de conseil du notaire dans le cadre de ce régime de séparation pure et dure afin de conscientiser au mieux les futurs conjoints des risques que peut engendrer un tel régime matrimonial. Si ces risques sont certes moins importants pour un couple en remariage ou simplement plus âgé, car tenant à son actif une expérience personnelle sur la vie à deux, ils sont à tout le moins bel et bien

¹ Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 : présentation, évaluation » in *La réforme du droit des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Editions Larcier, 2018, p. 56.

² A. VERBEKE, « La séparation de biens pure et simple », in *Les régimes matrimoniaux. 4. Les régimes conventionnels. Le droit transitoire*, p. 886.

³ H. CASMAN, « Clauses de restriction de responsabilité et clauses dites sécurité dans un acte notarié » in *Le notaire garant de la sécurité juridique*, Bruxelles, Editions Larcier, 2016, pp. 21 à 56.

⁴ PH. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2ème éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 301, n°235.

⁵ N. BAUGNIET, « La séparation de biens avec participation aux acquêts : rêve d’un régime matrimonial idéal ? » in *Liber Amicorum Jean-François Taymans*, Bruxelles, Editions Larcier, 2012, pp. 1 à 8.

⁶ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 375.

⁷ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 320.

⁸ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 16.

présents pour le couple primo-accédant au mariage⁹.

Nous analyserons dans un premier temps l'obligation d'information du notaire avant la réforme, dans un cadre général puis son application au cas concret du contrat de séparation de biens, celle-ci étant plus sévèrement appréciée dans le cadre de ce régime au vu des éventuelles dérives inégalitaires à la dissolution de ce régime¹⁰.

Nous nous intéresserons dans un deuxième temps à l'obligation d'information aggravée par la réforme du droit des régimes matrimoniaux dans le contexte de la séparation de biens pure et simple. En effet, il a beaucoup été dit que les notaires ne seraient pas assez vigilants à leur devoir d'information prodigué aux futurs conjoints et de la possibilité pour ces derniers d'atténuer la dureté de ce régime par des clauses insérées dans le contrat¹¹. Nous tenterons dès lors de savoir si cette réforme a répondu aux nécessités de son intervention et proposerons le cas échéant des solutions envisageables afin de conscientiser au mieux les futurs époux et leur permettre de faire un choix en pleine connaissance de cause.

⁹ A. VERBEKE, « Contextuele benadering in het huwelijksvermogensrecht », *N.F.M.*, 2000, pp. 71 à 73.

¹⁰ C. const., 7 mars 2013, n°28/2013.

¹¹ H. CASMAN, « Clauses de restriction de responsabilité et clauses dites de sécurité dans un acte notarié » in *Le notaire garant de la sécurité juridique* ; Bruxelles, Editions Larcier, 2016, pp. 21 à 56.

I.- OBLIGATION D'INFORMATION DU NOTAIRE AVANT LA RÉFORME

A.- FONDEMENT MORAL ET LÉGAL

L'obligation d'information et de conseil fut longtemps reconnue sous son aspect moral uniquement¹² et dès lors dépourvue de sanction juridique. Toutefois, elle était unanimement reconnue par la doctrine et la jurisprudence comme essentielle à la fonction notariale, car liée à la mission de confiance du notaire. L'importance de ce devoir n'a cessé d'évoluer au fil du temps au vu du développement des opérations juridiques, de l'élévation des niveaux de vie, de l'accroissement des législations¹³ ou encore de la diversification des statuts juridiques du couple¹⁴. La consécration légale de ce devoir ne fut établie que par la loi du 4 mai 1999 emportant modification de la Loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat et liant désormais juridiquement le professionnel du droit.

B.- CONTENU DE L'OBLIGATION

1) *Principes généraux*

Aujourd'hui légale, elle trouve son fondement d'une part dans l'article 9 de la loi organique du notariat¹⁵. Elle impose à tout notaire dans le cadre de ses fonctions d'informer « *toujours entièrement chaque partie des droits, des obligations et des charges découlant des actes juridiques dans lesquels elle intervient* » et de conseiller « *les parties en toute impartialité* ». Cette obligation va au-delà d'un simple devoir en ce qu'il incombe au notaire « *d'avertir d'initiative ses clients des risques auxquels ils s'exposent* »¹⁶.

D'autre part, l'article 12 de cette loi prévoit que l'acte que les parties s'apprêtent à signer doit être commenté de sorte qu'elles puissent en comprendre la portée exacte.

¹² P. HARMEL et Robert BOURSEAU « *Les sources et la responsabilité civile des notaires en droit belge de 1830 à 1962* », Liège, La Haye, 1964, p. 173.

¹³ P. HARMEL, « *Organisation et déontologie du notariat* », p. 19.

¹⁴ J-L. RENCHON, « L'activité notariale et le droit du couple : une révolution permanente ? », *Rev. not. b.*, 2011, pp. 699 à 713.

¹⁵ Loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat

¹⁶ Bruxelles, 6 septembre 2002, R.G.A.R., 2003, n° 13776.

Les devoirs d'information et de conseil vont de pair : l'un ne va pas sans l'autre¹⁷. Il est évident qu'un conseil ne pourra être fourni et suivi en pleine connaissance de cause que si une information l'a précédé.

Le contenu du devoir de conseil peut être appréhendé sous trois aspects selon Pierre Harmel¹⁸ : l'information des parties, le devoir d'investigation du notaire instrumentant et le remplacement des parties dans l'exécution de devoirs postérieurs à la réception de l'acte. Nous ne nous attarderons que sur les deux premiers aspects, qui font l'objet du présent travail.

Concernant premièrement l'obligation d'éclairer les parties, ces dernières attendent du notaire qu'il les avertisse des risques¹⁹ et des conséquences juridiques et économiques liés à l'adoption de l'acte²⁰, qu'il leur explique la portée concrète de leurs engagements et des droits et obligations qui y seront souscrits. Ces attentes résultent de la confiance qu'elles placent en lui et qui se fonde sur une présomption que ce dernier est un professionnel du droit aguerris, qu'il possède une compétence avertie, juridique et pratique du droit.

Deuxièmement, le devoir d'investigation personnelle du notaire fait partie intégrante de son obligation d'information²¹. Comment informer et conseiller le plus justement possible les parties sans avoir à sa portée une connaissance suffisante de leur situation personnelle et patrimoniale qui conditionne l'opération juridique ? Pour aboutir à une intervention optimale, il est nécessaire que ce professionnel du droit requiert des parties les informations utiles selon les circonstances particulières dans lesquelles il intervient²², telles que la relation qui lie les sujets de droit, les circonstances de fait dans lesquelles les parties se trouvent, les règles de droit qui leur sont applicables etc.²³. La conclusion du notaire en fonction des éléments recueillis sera différente selon que celle-ci aboutit à un simple renseignement (information), un avertissement ou un conseil²⁴. Le simple renseignement revient à attirer l'attention des parties sur un élément dont il considère qu'elles n'en ont pas saisi la portée exacte. Il se pourrait le cas échéant que le notaire estime que les conséquences juridiques seraient susceptibles de leur être préjudiciables et dans ce cas, une mise en garde serait opportune, laissant aux parties le choix de prendre en compte cet avertissement ou non²⁵. Le notaire pourrait également, selon son avis d'expert proposer aux parties, en fonction des données factuelles dont il dispose, une manière de régler au mieux leurs relations juridiques. Les parties n'étant pas liées puisqu'il s'agit ici d'un conseil qu'il leur est loisible de suivre ou de ne pas suivre. En pratique, tout cela est le résultat d'un processus dynamique des interventions notariales où l'ensemble de ces opérations correspond au devoir d'assistance du notaire. De leur côté, il revient aux parties de collaborer à l'investigation menée par le notaire.

¹⁷ H. CASMAN « Clauses de restriction de responsabilité et clauses dites de sécurité dans un acte notarié », in *Le notaire garant de la sécurité juridique*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 21 à 56.

¹⁸ P. HARMEL « *Organisation et déontologie du notariat* », p. 19.

¹⁹ Mons, 23 juin 1998, *Rev. not. belge*, 1998, p. 641.

²⁰ Cour d'appel de Bruxelles - arrêt du 12 janvier 2004

²¹ P. HARMEL, « *Organisation et déontologie du notariat* », p. 28.

²² H. CASMAN, « *Précis du notariat* », Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 251.

²³ K. TROCH, « *De notariële informatie – en raadgevingsrecht revisited* », R.G.D.C., 1999, p. 297.

²⁴ L. CORNELIS et M. BEERENS, « Réflexions sur l'obligation d'information, d'avertissement, de conseil et d'assistance du notaire », *Rev. not. b.* 2003, p. 284.

²⁵ *Ibid.*, p. 285.

Enfin nous ne serions pas totalement complets dans notre exposé si nous nous arrêtons à la nature et au contenu de ce devoir du notaire sans en noter les principales caractéristiques²⁶. Pierre Harmel énonce cinq éléments essentiels.

Premièrement l'obligation est personnelle : le notaire instrumentant sera personnellement tenu responsable pour l'accomplissement des actes qu'il établit.

Deuxièmement, le devoir d'information a toujours un caractère supplétif à l'ignorance des parties²⁷. Le notaire qui prodiguera ses conseils avisés pourra ainsi s'adapter en fonction de différents facteurs tels que leurs compétences, leurs connaissances, leur expérience²⁸. Le devoir de conseil diminue également lorsque le particulier est conseillé par un avocat ou un spécialiste de droit fiscal²⁹. Cette charge d'information diminuera donc pour tout ce que les parties savent déjà et pour toutes les informations qu'elles ont pu obtenir en dehors du notaire, par tout professionnel du droit³⁰. Ce caractère ne s'accordant pas au caractère d'ordre public que nous verrons ci-dessous, n'est pas toujours suivi par les juges³¹.

Troisièmement, l'ampleur du conseil doit être commandée par son utilité³². Le notaire ne peut s'en tenir qu'à un exposé théorique. Comme nous l'avons déjà expliqué, il doit en effet passer outre les considérations abstraites et générales et appliquer ses conseils et informations au contexte déterminé auquel il est confronté en l'espèce.

Quatrièmement, le conseil doit être tenu dans des limites raisonnables³³. L'intensité du conseil sera différente pour chaque partie suivant son expérience, la nature et la complexité de l'acte et les circonstances entourant l'opération juridique telles que l'urgence par exemple, qui réduit le temps nécessaire à l'investigation précédant l'information³⁴. Nous constatons que la profession requiert tant une bonne connaissance du droit que du bon sens psychologique et une bonne connaissance de la nature humaine pour pouvoir répondre aux attentes du public.

Cinquièmement, la profession de l'authentificateur étant d'ordre public, son devoir d'information qui se rattache à l'essence même de la profession, l'est aussi à fortiori³⁵. Ceci signifie en pratique que le notaire sera dans l'impossibilité de se délester de toute responsabilité en cas de mauvais conseils ou d'informations incomplètes. La jurisprudence confirme d'ailleurs sur ce point que c'est la source d'une grande partie des contentieux en

²⁶ P. HARMEL, « *Organisation et déontologie du notariat* », p. 41.

²⁷ H. CASMAN, « *Clauses de restriction de la responsabilité et clauses dites de sécurité dans un acte notarié* » in *Le notaire garant de la sécurité juridique*, Bruxelles, Editions Larcier, 2016, pp. 21 à 56.

²⁸ Gand, 15 mars 1994, T. not., 1994, p. 322.

²⁹ Mons, 23 juin 1998, *Rev. not. belge*, 1998, p. 644.

³⁰ P. HARMEL, « *Organisation et déontologie du notariat* », p. 42.

³¹ Bruxelles, 27 septembre 2004, *R.G.A.R.*, 2006, n° 14149 ; Bruxelles, 3 octobre 2000, *Rev. not. b.*, 2001, p. 237.

³² H. CASMAN, « *Clauses de restriction de responsabilité et clauses dite de sécurité dans un acte notarié* » in *Le notaire garant de la sécurité juridique*, Bruxelles, Editions Larcier, 2016, pp. 21 à 56.

³³ P. HARMEL et R. BOURSEAU, « *Les sources et la nature de la responsabilité civile des notaires en droit belge de 1830 à 1962* », Liège, La Haye, 1964, pp. 259 à 266.

³⁴ Civ. Charleroi (1re ch.), 16 mai 2003, *Rev. not. belge*, 2004, n° 2979, p. 482.

³⁵ H. Casman, « *Clauses de restriction de responsabilité et clauses dite de sécurité dans un acte notarié* » in *Le notaire garant de la sécurité juridique*, Bruxelles, Editions Larcier, 2016, pp. 21 à 56.

matière de responsabilité du notaire³⁶. Il arrive toutefois que ce dernier ait correctement exécuté son travail et malgré que les parties aient été dûment informées, celles-ci, à la recherche d'un coupable, mettent en cause de mauvaise foi la responsabilité du professionnel³⁷. Pour éviter ces situations qui mettent le notaire dans une position inconfortable, il lui est vivement recommandé et nous sommes de cet avis, de prouver par des clauses rédigées par lui, qu'il a correctement accompli sa mission telle que prescrite par la loi³⁸.

Pour finir et nous en terminerons par ça au niveau des caractères principaux, le devoir d'information du professionnel doit être exécuté en toute impartialité³⁹. C'est une des composantes essentielles de sa fonction. Il se voit dès lors contraint de fournir aux clients une information conçue en fonction de leurs intérêts propres, malgré qu'ils seraient opposés.

2) Application au cas concret du contrat de mariage sous régime de séparation de biens

Pour déterminer les obligations concrètes du notaire, il faut se placer dans un contexte déterminé⁴⁰. Nous parlerons dès lors au cours de cette étude, de son devoir de conseil dans le cadre des régimes matrimoniaux et plus précisément dans le contrat de mariage encadrant le régime de séparation de biens, en ayant à l'esprit que celui-ci comporte un enjeu patrimonial non-négligeable.

En guise de bref rappel théorique, les régimes matrimoniaux organisent la façon dont les époux vont gérer la propriété de leurs biens actuels et futurs ainsi que la gestion de leurs patrimoines⁴¹.

Il existe d'une part, le régime légal qui s'applique par défaut aux époux mariés sans contrat de mariage⁴² et conçu pour répondre aux besoins du plus grand nombre possible d'individus⁴³. Le caractère supplétif du régime légal offre aux conjoints la possibilité d'opter pour un régime conventionnel⁴⁴ qui conviendrait au mieux à leurs perspectives de vie, sous réserve bien entendu des dispositions d'ordre public et du régime primaire qui instaure une solidarité

³⁶ H. CASMAN, « Quelques réflexions en matière de responsabilité professionnelle du notaire ». – *Rev. not. b.*, 2004, pp. 450 à 465.

³⁷ H. CASMAN, « Clauses de restriction de responsabilité et clauses dite de sécurité dans un acte notarié » in *Le notaire garant de la sécurité juridique*, Bruxelles, Editions Larcier, 2016, pp. 21 à 56.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ H. CASMAN, « Précis du notariat », Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 32.

⁴⁰ H. CASMAN, « Clauses de restriction de responsabilité et clauses dites de sécurité dans un acte notarié » in *Le notaire garant de la sécurité juridique*, Bruxelles, Editions Larcier, 2016, pp. 21 à 56.

⁴¹ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 303.

⁴² Article 1390 C.Civ

⁴³ L. RAUCENT., « Introduction », in *Les régimes matrimoniaux. 4. Les régimes conventionnels. Le droit transitoire*, Rép. not., t. V., 1. II/4, Bruxelles, Larcier, 2002, n° 404.

⁴⁴ S. BRAT, « (Re)Mariage ou cohabitation », in *Le couple. Vie commune* (Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-Fr. TAYMANS et M. BOURGEOIS coord.), coll. « Manuel de planification patrimoniale », L.1., Bruxelles, Larcier, 2009, p. 30.

économique minimale entre les conjoints ⁴⁵ par laquelle « chacun des époux contribue aux charges du mariage selon ses facultés ».

L'un des régimes conventionnels principaux et principalement choisi par les contractants est le régime de séparation de biens. Cependant ce régime n'est règlementé que par quatre dispositions légales du Code civil (articles 1466 à 1469) et fait l'objet de lacunes. L'intervention du notaire sera requise dès lors que le contrat de mariage est un acte notarié⁴⁶. Nous y retrouvons donc une obligation du notaire d'informer les futurs conjoints de toutes les conséquences juridiques y découlant.

a) Importance d'une information claire et précise dans le cadre du régime de séparation de biens

Le régime de séparation de biens semble de prime abord être, aujourd'hui, le contrat que beaucoup de jeunes couples désireux de s'épanouir dans leur vie professionnelle et à la recherche d'indépendance choisissent⁴⁷. Ce régime est également choisi pour la protection de l'un des conjoints contre les dettes professionnelles de son partenaire de couple⁴⁸ puisque la caractéristique principale, du moins pour la séparation de biens pure et simple, est la séparation stricte et absolue des patrimoines.

Ainsi que nous l'avons déjà évoqué dans l'introduction, le régime matrimonial de séparation de biens non-adjoint de correctifs, offre aux époux une propriété exclusive et une gestion indépendante de leurs biens respectifs⁴⁹. Partant, il n'y a aucun patrimoine commun aux conjoints⁵⁰, qui ne répondent dès lors que de leurs dettes personnelles, sous réserve de celles contractées conjointement par eux⁵¹ ainsi que les dettes légales de ménage⁵². Certains auteurs en vont même à dire qu'ils organisent leur vie patrimoniale comme s'ils n'étaient pas mariés⁵³. Cependant en réalité, la nature du mariage et une vie à deux impliquent

⁴⁵ Article 221 Code civil ; voy. aussi Revue trimestrielle de droit civil, 1983, p. 56.

⁴⁶ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 320.

⁴⁷ J.-L. RENCHON, « L'activité notariale et le droit du couple : une révolution permanente ? », *Rev. not. b.*, 2011, pp. 699 à 713 ; voy. aussi B. CARTUYVELS et L. ROUSSEAU, « A la recherche d'un contrat harmonieux pour les comptes entre époux : quelques propositions de clauses », in *Le service notarial : réflexions critiques et prospectives*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 57.

⁴⁸ A. VERBEKE : *Le contrat de mariage de séparation de biens, plaidoyer pour une solution équitable*, Kluwer, Diegem, 1997, p. 3.

⁴⁹ A. VERBEKE, « La séparation de biens pure et simple », in *Les régimes matrimoniaux. 4. Les régimes conventionnels. Le droit transitoire*, p. 886.

⁵⁰ W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCELEN, *Familiaal Vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 364.

⁵¹ Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 301.

⁵² Article 222 du Code civil

⁵³ A. VERBEKE, « La séparation de biens pure et simple », in *Les régimes matrimoniaux. 4. Les régimes conventionnels. Le droit transitoire*, p. 886.

inévitablement une forme de solidarité. Pensons simplement au partage du logement familial. Il est donc rare, voire quasi impossible de vivre en régime de séparation de biens pure et dure.

Le législateur prévoit donc à cet effet, la possibilité pour les époux d'adjoindre à leur régime des mécanismes de correction qui tempèrent cette dureté⁵⁴. Il n'en demeure pas moins que des effets inéquitables concernant les conséquences financières lors de la dissolution du régime (qualifiée de « zone de tension » par l'auteur Alain Verbeke) sont à prévoir⁵⁵.

Il est fréquent par exemple, qu'un des conjoints se voit contraint de mettre sa carrière professionnelle entre parenthèses, ou à tout le moins à temps partiel, afin de se consacrer pleinement au ménage et à l'éducation des enfants⁵⁶ (dans la plupart des cas, ceci vise principalement les femmes qui sont prêtes à se sacrifier)⁵⁷. La conséquence y est double : non seulement les revenus du conjoint au foyer diminuent et celui-ci s'appauvrit, ses revenus étant impactés par la vie de couple, mais en plus, le conjoint actif sur le marché du travail, s'épanouissant professionnellement s'enrichit au profit de son patrimoine propre⁵⁸. Ceci fait référence à la notion de « *préjudice patrimonial lié à la vie de couple* » qui recouvre deux composantes selon l'auteur Y.-H. Leleu : d'une part « *la collaboration économique non rémunérée et son impact sur la carrière professionnelles et ses perspectives de gains après le mariage* ». D'autre part « *les confusions involontaires de patrimoine et leur impact sur le capital de chaque partenaire pendant le mariage* »⁵⁹. Lors de la dissolution du régime, « *chacun obtient ce qui est à son nom* »⁶⁰. Le conjoint au foyer n'ayant pas ou peu de revenus professionnels, la quasi-totalité des biens et revenus reviendront à celui qui s'est enrichi en investissant ses revenus dans son patrimoine propre⁶¹.

Il est dès lors interpellant et même choquant de constater qu'une femme au foyer, ayant tout autant participé à la construction du patrimoine que son mari se retrouve, à la dissolution du mariage, sans ressource. S'il est vrai qu'elle y a participé d'une autre manière, elle a sans nul doute accompli des tâches essentielles relevant tout autant de la responsabilité de son mari lorsqu'on considère qu'elle lui a permis de faire des économies tant sur le plan financier que sur le plan psychologique⁶².

⁵⁴ N. BAUGNIET, « La séparation de biens avec participation aux acquêts : rêve d'un régime matrimonial idéal ? » in *Liber Amicorum Jean-François Taymans*, Bruxelles, Editions Larcier, 2012, pp. 1 à 8.

⁵⁵ A. VERBEKE, « *Goederenverdeling bij echtscheiding* », 2^e éd., Antwerpen, Maklu uitg., 1994, n°187.

⁵⁶ N. BAUGNIET, « La séparation de biens avec participation aux acquêts : rêve d'un régime matrimonial idéal ? » in *Liber Amicorum Jean-François Taymans*, Bruxelles, Editions Larcier, 2012, pp. 1 à 8.

⁵⁷ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 374.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 375.

⁵⁹ Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 : présentation, évaluation » in *La réforme du droit des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Editions Larcier, 2018, p. 67.

⁶⁰ A. VERBEKE, « La séparation de biens pure et simple », in *Les régimes matrimoniaux. 4. Les régimes conventionnels. Le droit transitoire*, p. 889.

⁶¹ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 375.

⁶² A. VERBEKE, « La séparation de biens pure et simple », in *Les régimes matrimoniaux. 4. Les régimes conventionnels. Le droit transitoire*, p. 890.

Un autre exemple fréquent est celui du conjoint aidant qui s'investit et fait fructifier l'entreprise de son époux, et à fortiori son patrimoine, à titre gratuit la plupart du temps⁶³. Ce procédé est extrêmement risqué étant entendu qu'en cas de divorce, le conjoint aidant aura permis d'accroître le patrimoine personnel de celui détenant l'entreprise, que ce dernier récupèrera pour son compte uniquement au détriment du conjoint qui s'est investi gratuitement.

En raison du cadre législatif minimal dont le régime de séparation de biens fait l'objet et en l'absence de mécanisme légal pouvant être invoqué par le conjoint lésé, le seul moyen dont celui-ci disposera pour obtenir une compensation financière sera d'invoquer la théorie de l'enrichissement sans cause, qui permet au conjoint économiquement faible qui se sera appauvri au profit de l'économiquement fort sans raison, de récupérer ce qu'il a perdu.

Cette construction jurisprudentielle incertaine est extrêmement difficile à établir. Par conséquent, pour éviter d'en arriver au processus judiciaire et de subir les lacunes du régime de séparation de biens, il nous paraît primordial d'intervenir en amont, et ce par la conscientisation des futurs conjoints par le notaire chargé de la rédaction de leur contrat de mariage.

Ces préjudices lourds de conséquences pourraient selon nous, à tout le moins être réduits si le notaire prenait la grande précaution de conscientiser pleinement les futurs conjoints de ces dangers d'appauvrissement. Il est impératif, lorsque ce dernier reçoit des clients en son étude qui veulent opter pour ce régime potentiellement préjudiciable, d'en exposer les conséquences juridiques, brièvement les avantages de liberté et d'indépendance mais surtout les dangers d'appauvrissement auxquels ils peuvent être confrontés en cas de divorce⁶⁴. L'information devrait également consister en une analyse des risques et inconvénients susceptibles de se produire en tenant compte de la situation socio-professionnelle actuelle et prévisible du couple. Une comparaison détaillée entre ce régime et le régime légal de communauté pourrait leur être présentée ainsi qu'une explication sur les possibilités d'adjoindre à la séparation de biens des mécanismes de correction instaurant une solidarité patrimoniale minimale entre les conjoints⁶⁵.

Nous sommes conscients que ce n'est pas chose aisée d'évoquer avec les futurs mariés l'éventuelle possibilité que leur relation prenne fin un jour⁶⁶. Le mariage impliquant nécessairement une vision du couple à long terme. Cependant agissant en sa qualité de professionnel du droit et en tant que rédacteur du contrat de mariage, le notaire est l'acteur principal susceptible d'exercer une influence déterminante sur leur choix de régime⁶⁷.

⁶³ N. BAUGNIET, « La séparation de biens avec participation aux acquêts : rêve d'un régime matrimonial idéal ? », in *Liber Amicorum Jean-François Taymans*, Bruxelles, Editions Larcier, 2012, pp. 1 à 8.

⁶⁴ K. TROCH, « De notariële informatie – en raadgevingsrecht revisited », *R.G.D.C.*, 1999, p. 297.

⁶⁵ Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 : présentation, évaluation » in *La réforme du droit des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Editions Larcier, 2018, p 75.

⁶⁶ H. CASMAN, « Équité et bonne foi dans les relations patrimoniales entre époux – Réflexions sur l'élaboration d'un contrat de mariage juste », *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 458.

⁶⁷ G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, 7e. éd., Paris, P.U.F., 1985, p. 30.

b) Analyse de jurisprudence sur le devoir d'information quant aux régimes matrimoniaux

Il semble que la jurisprudence abordant l'obligation d'information du notaire en matière de régimes matrimoniaux fasse défaut, ou à tout le moins soit très peu abordée. Nous avons relevé un arrêt de référence en la matière de séparation de biens rendu par la Cour constitutionnelle.

Le contrat de séparation de biens pure et simple s'avérant potentiellement dangereux pour ses bénéficiaires doit impérativement être précédé d'une information claire et précise sur ses effets inévitables.

- Cour constitutionnelle, 7 mars 2013⁶⁸

Dans ce contexte, la Cour constitutionnelle a été confrontée à cette question. Il s'agissait d'un couple marié sous le régime de séparation de biens et aboutissant à un divorce. Madame demandait l'attribution préférentielle du logement familial qu'ils avaient construit à deux au cours de leur mariage. Des conjoints mariés sous le régime de séparation de biens et qui acquièrent ensemble un immeuble en sont indivisaires. Le logement familial appartenait donc en indivision aux deux conjoints. La requérante voulait faire application de l'article 1447 du Code civil qui prévoit la possibilité pour les ex-conjoints de demander l'attribution préférentielle de l'immeuble servant au logement familial. Toutefois, cette disposition concerne uniquement les régimes comprenant un patrimoine commun, elle ne s'applique qu'aux biens faisant partie d'une communauté⁶⁹. Or nous l'avons vu, dans un régime de séparation de biens pure et simple, il n'y a que deux patrimoines personnels⁷⁰ et aucun patrimoine commun. L'attribution préférentielle ne peut dès lors porter sur un bien faisant partie du patrimoine propre d'un des ex-conjoints⁷¹.

La question préjudicielle posée à la Cour est de savoir si cet article 1447 ne viole pas le principe d'égalité et de non-discrimination dans la mesure où il n'est applicable que pour des biens qui relèvent d'une communauté conjugale et ne peut dès lors être invoqué par des époux mariés sous le régime de séparation de biens.

La Cour constitutionnelle relève que la différence de traitement entre ces deux régimes repose sur le critère objectif du choix par les conjoints d'un régime matrimonial avec ou sans patrimoine⁷². Elle souligne dès lors que cette différence de régime n'est pas discriminatoire

⁶⁸ C. const., 7 mars 2013, n°28/2013

⁶⁹ C. const., 7 mars 2013, n°28/2013, attendu B.2.1

⁷⁰ W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *Familiaal Vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 364.

⁷¹ C. const., 7 mars 2013, n°28/2013, attendu B.2.2

⁷² *Ibid.*, n°28/201, attendu B.4.1

puisqu'elle provient de l'existence de différents régimes matrimoniaux. Par conséquent, les époux qui choisissent le régime de séparation de biens en vertu de leur autonomie des volontés (une des caractéristiques les plus fondamentales des régimes conventionnels secondaires⁷³), sont réputés en accepter les effets d'iniquité vus supra.

Nous ne nous rallions pas à la position de la Cour et considérons qu'une telle différence de traitement entre les régimes conventionnels est condamnable. Nous reviendrons sur ce point plus loin dans nos développements.

Nous en arrivons au point qui nous intéresse tout particulièrement : la Cour souligne qu' « *Il relève du devoir d'information incombant au notaire de signaler expressément certains risques aux époux qui souhaitent opter pour un contrat de mariage sous le régime de la séparation de biens.* »⁷⁴.

La Cour relève la nature « risquée » du régime séparatiste pur et simple. Elle requiert donc du notaire qu'il fournisse une obligation d'information aggravée aux futurs conjoints qui souhaitent opter pour un régime qui, selon nous, est loin d'être idéal. Selon trois auteurs : Y.-H. Leleu, R. Barbaix et A. Verbeke⁷⁵, et nous les rejoignons dans leurs positions, les parties contractantes doivent recevoir un conseil utile qui doit comprendre les avantages que comporte seul ce régime de séparation de biens pure et simple mais surtout les conséquences négatives auxquelles elles devraient faire face si l'une d'elles comptait « sacrifier » sa carrière professionnelle pour se consacrer pleinement au foyer conjugal. Ce conseil utile doit en outre comprendre, une information complète du régime légal et les mécanismes de correction qui peuvent y être adjoints (clause de participation aux acquêts, adjonction d'une société d'acquêts). Pour finir il serait dans son intérêt d'informer les contractants sur la nécessité pour lui, notaire de se réserver une preuve écrite qu'il a correctement accompli sa mission et ainsi éviter une éventuelle mise en cause de sa responsabilité.

Deux autres arrêts peuvent être invoqués, ne visant pas directement l'obligation d'information du notaire en tant que telle mais illustrant les difficultés que pose le régime de séparation de biens, et donc indirectement, l'importance que revêt le devoir de conseil du notaire face aux parties désirant adopter ce régime dangereux.

- Liège, 22 octobre 2008⁷⁶

Les conjoints se marient en 1987 sous le régime de séparation de biens pure et simple et divorcent en 1999. Les époux ont acheté un terrain en indivision sur lequel ils ont érigé une

⁷³ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 26.

⁷⁴ C.const., 7 mars 2013, n°28/2013, attendu B.6.2

⁷⁵ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 377.

⁷⁶ Cour d'appel de Liège (10e ch.), 22/10/2008, *R.T.D.F.*, 2010/1, pp. 366 à 372.

construction, financée d'une part par un prêt et d'autre part par les fonds propres de l'épouse. Monsieur reconnaît devoir à son épouse la moitié de la valeur du bâtiment érigé, payé par elle et correspondant à l'appauvrissement de cette dernière. Toutefois, prenant en compte la plus-value qu'a acquis l'immeuble depuis sa construction, Madame entend dès lors obtenir une revalorisation de sa créance. La décision de la Cour de revaloriser la créance sera fondée sur la théorie de l'enrichissement sans cause.

Cette théorie selon laquelle la personne qui s'appauvrit au profit de l'autre sans raison a le droit de récupérer son appauvrissement, est largement utilisée lors des règlements de créances entre ex-époux séparés de biens⁷⁷. Une des conditions qui pose énormément de difficultés pour accorder la compensation financière est que l'enrichissement et l'appauvrissement n'aient pas de cause juridique. Nous ne comptons plus les décisions rejetant ce droit à la créance après justification d'un appauvrissement ou d'un enrichissement. En effet, les causes y sont multiples⁷⁸ : le lien matrimonial et les obligations y découlant, les devoirs relatifs au ménage et à l'éducation des enfants d'un des époux non-rémunéré⁷⁹, ou en l'espèce, l'acquisition disproportionnée d'un immeuble en indivision par les époux séparés de biens. Nous approuvons en l'espèce la décision de la Cour – s'écartant des sentiers battus – qui admettra sans conteste la théorie de l'enrichissement sans cause et accordera à Madame son droit d'obtenir plus que le montant nominal de son appauvrissement au vu de la plus-value réalisée sur l'immeuble.

S'il est vrai que la séparation de biens pure et dure a pour caractéristique essentielle que les patrimoines respectifs des conjoints restent totalement indépendants, il n'en va pas ainsi en pratique. Les époux seront indéniablement amenés à opérer des transferts patrimoniaux entre eux. Le mariage et leur vie de couple impliquent nécessairement une mise en commun de leurs ressources. Toutefois ils doivent être conscients que leur régime n'est pas défini par des règles précisément déterminées dans le Code civil contrairement au régime de communauté. Ils ne disposent, par conséquent, d'aucun mécanisme légal leur permettant de réclamer ce qui leur appartient. Seules des constructions jurisprudentielles dépourvues de force légale pourront être invoquées par eux, telle que la théorie de l'enrichissement sans cause par exemple. Ils devront dès lors être particulièrement attentifs de se réserver des preuves écrites lors des transferts financiers qui interviendraient entre eux tout au long de leur mariage s'ils devaient établir des comptes lors d'une éventuelle liquidation de leur régime⁸⁰, à défaut desquels ils se verraient dépossédés d'une partie de leur patrimoine propre.

La Cour en l'espèce, va adopter une attitude souple quant à la stricte théorie de l'enrichissement sans cause, en ce que malgré les actes notariés des époux, révélateurs de leur volonté et donc d'une cause, acceptera d'accorder une restitution du patrimoine de l'épouse lésée. Elle ira même jusqu'à accorder une revalorisation de la créance de Madame,

⁷⁷ Y.-H. LELEU et F. DEGUEL, « L'enrichissement sans cause et le valorisme en séparation de biens », *R.G.D.C.*, 2009, p. 417 à 423 (note sous Liège (10e ch.), 22 oct. 2008)

⁷⁸ Liège 14 janvier 2003, *JLMB* 2003, 1757, *Rev. not. b.* 2004, 164, note L. STERCKX, *RRD* 2003, 135.

⁷⁹ Y.-H. LELEU et F. DEGUEL, « L'enrichissement sans cause et le valorisme en séparation de biens », *R.G.D.C.*, 2009, p. 414.

⁸⁰ N. BAUGNIET, « Les créances entre ex-époux mariés sous le régime de la séparation de biens », *R.T.D.F.*, 2010/1, pp. 372 à 388.

« *similairement à ce qui se serait produit pour des comptes de récompense entre époux mariés sous le régime de la communauté* »⁸¹. Ceci démontre la volonté de certains juges, et nous y sommes clairement favorables, de rétablir une certaine équité entre les différents régimes conventionnels.

- Mons, 8 juin 2010⁸²

Les parties se marient en 1993 sous le régime de séparation de biens pure et simple et divorcent en 2006. Des transferts patrimoniaux – objets de la contestation – ont été opérés pendant le mariage. Le contrat de mariage stipulait que « *A défaut de comptes écrits, les époux sont présumés avoir réglés entre eux, au jour le jour, les comptes qu'ils peuvent se devoir, y compris ceux relatifs à la contribution aux charges du mariage....* ». Les présomptions contenues dans le contrat de mariage posent le principe qu'il n'y a pas de comptes à établir entre les époux sauf si celui qui se prétend créancier rapporte par écrit la preuve que de tels comptes existent bel et bien⁸³. La preuve écrite du paiement mais également de sa cause doivent être rapportées pour que l'époux lésé puisse obtenir restitution de ce qui lui est dû. Monsieur estime que des comptes doivent être effectués lors de la liquidation du régime pour avoir participé au-delà de sa contribution aux charges du mariage. Or en l'espèce, il ne s'est réservé la preuve d'aucun écrit le prouvant et n'a guère d'autre choix que d'invoquer la théorie de l'enrichissement sans cause pour fonder la créance qu'il prétend devoir obtenir de son ex-épouse. La Cour ne retiendra cependant pas cette théorie estimant qu'il y a bel et bien une cause à l'éventuel transfert patrimonial. Celle-ci selon la Cour se trouve dans le contrat de mariage qui stipule qu'à défaut d'écrit, il y a renonciation à procéder aux comptes. En outre, le contrat de mariage reflète la volonté des parties et à fortiori une cause juridique au transfert patrimonial effectué lors du mariage. Dès lors que la condition d'absence de cause fait défaut, la théorie de l'enrichissement sans cause ne pourra être retenue par la Cour.

Selon l'auteur Nathalie Baugniot, la Cour a mis les ex-époux face à leurs responsabilités en leur faisant accepter les conséquences néfastes de leur choix de séparation de biens. Car selon elle, ils étaient supposés accepter ces effets juridiques en pleine connaissance de cause. Ceci nous paraît critiquable et fait l'objet du cœur de notre travail. Il ne nous semble pas que le choix des époux soit toujours le résultat d'une volonté libre et éclairée. D'une part l'absence d'une information claire et complète entrave ce libre choix, et d'autre part des considérations non juridiques entrent également en jeu. Plaçons-nous simplement au moment où les parties sont face au notaire dans le but bien précis de faire acter leur relation dans leur contrat de

⁸¹ N. BAUGNIOT, « Les créances entre ex-époux mariés sous le régime de la séparation de biens », *R.T.D.F.*, 2010/1, pp. 372 à 388.

⁸² Cour d'appel de Mons (2e ch.), 08/06/2010, *R.T.D.F.*, 2011/3, pp. 747 à 751.

⁸³ N. BAUGNIOT, « Le renversement de la présomption de « comptes au jour le jour » entre époux séparés de biens », *R.T.D.F.*, 2011/3, pp. 751 à 756.

mariage. Celles-ci n'envisagent pas une seconde, à ce moment bien précis, choisir un régime matrimonial en fonction d'une éventuelle rupture de leur relation.

Il nous paraît dès lors illégitime de fonder des règles abordant des solutions différentes pour des problèmes surgissant dans tout couple, selon les statuts du couple et en se basant sur un « supposé » choix contractuel libre et éclairé. Des situations identiques ou comparables sont traitées différemment sans justification objective. Des conjoints mariés sous le régime de communauté seront plus avantagés puisque celui-ci leur offrira des solutions inscrites dans la loi et par conséquent bien plus sûres que les solutions développées par la jurisprudence pour les couples séparatistes. Le principe d'égalité et de solidarité entre tous les partenaires étant dès lors compromis.

Au vu de ces deux arrêts, la condition d'absence de cause juridique de transfert patrimonial entre époux rend quasi impossible l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause permettant au conjoint appauvri de recouvrer sa créance. Réjouissons-nous cependant de la tendance majoritaire doctrinale qui se veut plus souple quant à la condition d'absence de cause. Une information parfaite et adaptée prodiguée par le notaire permettrait toutefois d'éviter d'en arriver à devoir invoquer cette théorie lors de la liquidation du régime.

- Gand (11^e ch.) 29 mars 2007⁸⁴

Cet arrêt concerne une modification du régime matrimonial des époux et illustre tout aussi bien que les précédents l'importance d'une information claire et détaillée par le professionnel.

Des conjoints s'étaient mariés en 1967 sans contrat de mariage. Ils modifient leur régime en une communauté universelle adjointe d'une clause d'attribution de la totalité de la communauté en 1978, afin que l'épouse puisse acquérir en bien propre le rachat de parts indivises qu'elle effectue.

Cependant un immeuble de l'épouse qui faisait partie de son patrimoine propre est devenu de ce fait, la propriété commune des conjoints.

L'épouse intenta une action en responsabilité contre le notaire ayant instrumenté la modification du régime en un contrat de mariage de communauté universelle pour n'avoir, selon elle, pas suffisamment expliqué aux époux les conséquences qu'allait engendrer le nouveau régime et précisément le sort qui allait advenir au bien propre devenu commun. Il n'a dès lors pas rempli correctement son obligation d'information selon laquelle Madame allait être contrainte en cas de divorce, de payer la moitié de la valeur de l'immeuble, désormais commun, pour que celui-ci lui revienne en totalité.

En dépit du fait que la Cour n'ait pas retenu le notaire responsable d'avoir prodigué une information incomplète, nous pourrions toutefois constater la forte probabilité que Madame

⁸⁴ Gent (11de kamer), 29 maart 2007, T. Not., 2007, pp. 416 à 425.

n'aurait pas contracté la modification de leur régime matrimonial, si elle avait été pleinement consciente des implications résultant du nouveau régime. Nous considérons que le préjudice subi par Madame de devoir payer à son mari la moitié de la valeur de l'immeuble n'est pas à minimiser. Cet arrêt nous démontre une fois de plus que le devoir d'information du notaire revêt une importance primordiale liée aux conséquences patrimoniales y découlant.

c) Conclusion

Les arrêts que nous venons d'analyser illustrent l'importance fondamentale pour le notaire d'exposer aux futurs conjoints les effets pratiques qui résultent d'un régime matrimonial. Spécifiquement concernant la séparation de biens, qui, de par son cadre minimal légal, est susceptible d'engendrer de graves conséquences patrimoniales pour l'un des ex-conjoints.

Une question non-encore abordée dans le présent travail concerne la responsabilité du notaire. Au vu de la jurisprudence que nous venons de passer en revue, s'il est vrai que sa responsabilité fut à chaque fois mise en cause, elle était cependant pour chaque cas d'espèce non-fondée.

Le cœur de notre travail n'est pas d'étudier en profondeur la responsabilité du notaire, il convient toutefois d'aborder brièvement les risques qu'il encourt face à une information qui fait défaut.

C.- RESPONSABILITÉ DU NOTAIRE

Qu'en est-il lorsque ce dernier manque à son obligation d'information ? Encoure-t-il un risque d'être tenu responsable pour ne pas avoir attiré l'attention des parties sur les répercussions d'un choix qui, par conséquent, ne serait pas pris en pleine connaissance de cause ?

1) Contractuelle ou extracontractuelle ?

Le client qui subirait un dommage par la faute du notaire dans l'exercice de ses fonctions pourra obtenir de ce dernier réparation par le biais d'une action en responsabilité. Mais quelle en est la nature ? Agit-il dans une relation contractuelle avec son client lorsqu'il authentifie un acte ou donne un conseil juridique ? Ou bien agit-il en dehors de tout lien contractuel lorsque, en vertu de la loi, il dispose du pouvoir de dresser un acte authentique, et agit dès lors en sa qualité d'officier public ?

L'intérêt de la qualification contractuelle ou extracontractuelle de la responsabilité du notaire réside dans la détermination du délai de prescription de l'action en responsabilité intentée par

la personne ayant subi un préjudice par la faute du notaire. Le droit commun, applicable à la responsabilité notariale prévoit que l'action en réparation du dommage né d'une faute extracontractuelle sera prescrite après un délai de cinq ans et dix ans si le dommage est né d'une faute contractuelle.

L'intérêt se trouve également dans la détermination de la faute d'où découlera l'obligation pour le notaire de réparer le dommage subi par les parties⁸⁵. En cas de responsabilité contractuelle, l'étendue des obligations sera déterminée par la convention liant les parties et la victime ne pourra obtenir réparation que de son dommage prévisible. En cas de responsabilité aquilienne, le juge prendra en compte le critère du notaire normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances et dans ce cas, s'il s'avère que la faute est établie, une réparation intégrale du dommage pourra être obtenue.

Cette question controversée qui a fait l'objet de beaucoup de doctrine et jurisprudence tient à la nature hybride liée à la profession du notaire⁸⁶. Celui-ci étant tout à la fois titulaire d'un office public et d'une profession libérale⁸⁷. Il agira d'une part en sa qualité d'officier public pour l'authentification d'actes et conventions entre parties – fonction instrumentaire du notaire –, et d'autre part comme titulaire d'une profession libérale chaque fois qu'il agira dans un but autre que celui de recevoir un acte notarié⁸⁸, c'est-à-dire dans le cadre d'un mandat, d'une mission d'expertise ou encore en sa qualité de conseil juridique auprès des parties⁸⁹. Si la majeure partie de la doctrine et jurisprudence admet que lorsque le notaire agit dans la deuxième hypothèse précitée – en dehors de la fonction d'authentification –, il intervient dans un cadre contractuel⁹⁰, ça n'est cependant pas aussi limpide lorsqu'il dresse des actes notariés.

Les partisans de la thèse contractuelle⁹¹ défendent par exemple l'idée que les obligations légales auxquelles sont tenus ceux qui exercent une profession libérale (médecin, architecte, avocat) vis-à-vis de leurs clients, se greffent d'abord et avant tout sur le lien contractuel. On ne voit donc pas pourquoi il en serait autrement pour le notaire, titulaire de la profession

⁸⁵ H. CASMAN, « B. - La responsabilité civile » in *Précis du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 241 à 266.

⁸⁶ N. ESTIENNE, « Chapitre 3 – La responsabilité des notaires » in *La responsabilité liée aux activités juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 317 à 324.

⁸⁷ E. DECKERS, « Algemene uiteenzetting over de plichtenleer », in *Notariële déontologie, Recyclage 1997 du Conseil Néerlandophone de la Fédération royale des Notaires de Belgique*, Kluwer 1997, p. 5 et s.

⁸⁸ H. CASMAN, « B. - La responsabilité civile » in *Précis du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 241 à 266.

⁸⁹ C. MÉLOTTE, « La responsabilité professionnelle des notaires », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique, Titre II, dossier 28bis*, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 10.

⁹⁰ Cass., 23 octobre 2008, Pas., 2008, p. 2336.

⁹¹ Cette thèse est défendue par R.O. DALCQ, « Examen de jurisprudence sur la responsabilité », *Rev. prat. not.*, 1956, pp. 53, 141, 237 et 285 ; Traité de la responsabilité civile, 2^e éd., I, Bruxelles, Larcier, 1967, n°1162 à 1169 ; « Faut-il limiter la responsabilité des professions libérales ? » in *Mélanges Bagniet*, éd. Fac. Dr. U.L.B. et *Rev. not. belge*, Bruxelles, 1976, pp. 100-102 ; H. CASMAN, *Précis du notariat*, Bruylant, 2011, pp. 241-249, « Quelques réflexions en matière de responsabilité professionnelle du notaire », *Rev. not. belge*, 2004, pp. 450-465 ; « De beroepsaansprakelijkheid van de notaris – Enkele recente ontwikkelingen » in *De professionele aansprakelijkheid, die Keure*, Bruges, 2004, pp. 186-226 ; C. MÉLOTTE, « La responsabilité professionnelle des notaires » in *Responsabilité – Traité théorique et pratique*, Kluwer, 2006, dossier 27.

libérale, agissant tant dans sa mission d'authentification d'actes que dans sa mission de conseil à l'égard de ses clients⁹².

Leurs opposants, défenseurs de la thèse aquilienne⁹³ admettent la qualification contractuelle du notaire exerçant sa mission de conseil, mais considèrent que la responsabilité du notaire agissant dans le cadre de sa fonction instrumentaire, qu'il dispose en vertu de la loi est extracontractuelle⁹⁴. Ils défendent notamment l'idée que le notaire ne fait que traduire juridiquement les attentes des parties. Dès lors, les obligations du contrat y découlant ne sont le reflet que d'une seule volonté, celle du client face à lui, alors que le principal fondement du contrat est la rencontre des consentements de toutes les parties contractantes.

2) *Positions de la Cour constitutionnelle et de la Cour de cassation*

La Cour constitutionnelle s'est prononcée sur une affaire⁹⁵ qui concernait un notaire, chargé par son client de rédiger un acte authentique et ayant omis d'y mentionner une inscription hypothécaire. La Cour d'appel de Mons⁹⁶, se référant à l'enseignement apparent des arrêts précédemment rendus par la Cour de cassation, soutenait que la responsabilité extracontractuelle du notaire paraissait devoir prévaloir, mais ne trancha pas clairement la question. La Cour constitutionnelle fut alors saisie d'une question préjudicielle relative à une éventuelle différence de traitement non justifiée entre la victime d'une faute contractuelle et la victime d'une faute extracontractuelle. La Cour va adopter un raisonnement « alternatif »⁹⁷. De deux choses l'une : soit elle retient une responsabilité aquilienne à l'occasion de l'établissement d'un acte authentique et une responsabilité contractuelle pour les actes sous seing privé, ce qui entraîne une inconstitutionnalité, soit elle adopte une position contractuelle dans les deux hypothèses (authentification d'actes et mission de conseiller juridique) qui n'aboutit pas dans ce cas à une différence de traitement injustifiée.

Elle a estimé que les situations d'une personne recevant un conseil dans le cadre d'un acte authentique et d'une personne recevant un conseil dans le cadre d'un acte sous seing privé étaient comparables dès lors que le devoir de conseil du notaire reste le même, qu'il agisse en

⁹² H. CASMAN, « Quelques réflexions en matière de responsabilité professionnelle du notaire », *Rev. not. belge*, 2004, p. 451.

⁹³ Thèse défendue par H. DE PAGE, *Traité*, VII, 1943, n° 717-718, J. DEMBLON, « La fonction notariale », *Rép. not.*, XI, livre 5, 1992, n° 25, 222, 223, L. CORNELIS et M. BEERENS, « Réflexions sur l'obligation d'information, d'avertissement, de conseil et d'assistance du notaire » in *Rev. not. belge*, 2003, pp. 282 et s.

⁹⁴ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, Bruxelles, Bruylant, 1943, n° 717-718 ; J. DEMBLON, « La fonction notariale », in *Organisation et déontologie du notariat* (P. HARMEL et J. DEMBLON), *Rép. Not.*, t. XI, liv. 5, Bruxelles, Larcier, 1992, pp. 222-223 ; L. CORNELIS et M. BEERENS, « Réflexions sur l'obligation d'information, d'avertissement, de conseil et d'assistance du notaire », *Rev. not. belge*, 2003, pp. 282 et s.

⁹⁵ Cour constitutionnelle, 13/12/2012, *R.G.A.R.*, 2013/3, p. 14955.

⁹⁶ Mons, 21 novembre 2011, *Rev. not. belge*, 2013, pp. 43 à 50.

⁹⁷ D. STERCKX, « La prescription de l'action en responsabilité notariale devant la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation », *Rev. not.*, 2014/4, n° 3084, pp. 235 à 247.

tant qu'officier public ou en tant que conseiller juridique. Il en résulte par conséquent une différence de traitement entre deux situations identiques qui n'est pas raisonnablement justifiée.

Partant de ce postulat, la Cour va en conclure que le respect des principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination lui impose de retenir uniformément la qualification contractuelle de la responsabilité du notaire à l'égard de son client, quelle qu'en soit l'intervention. L'action en responsabilité étant par conséquent soumise à la prescription décennale.

Cet arrêt de la Cour constitutionnelle fut suivi de près par un arrêt de la Cour de cassation du 6 juin 2013⁹⁸ qui à priori, semble confirmer la décision. Il était également question de se prononcer sur le délai de prescription relatif à une faute commise dans le cadre de l'établissement d'un acte authentique. La Cour conclura de l'affaire que le notaire instrumentant a engagé sa responsabilité contractuelle. Cependant elle utilise l'expression « *dans le cas particulier de l'espèce* ». Nous ne pouvons dès lors en déduire que cet arrêt confère une portée générale de son enseignement. Mais au vu de ces deux décisions successives, il semblerait que les Cours s'orientent vers la thèse contractuelle.

3) Conclusion

S'il est vrai que la balance penche en faveur d'une responsabilité contractuelle du notaire, et en l'occurrence, un délai de prescription décennal, nous constatons au vu de ces décisions rendues par la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation, qu'aucun arrêt de principe tranchant clairement et définitivement le débat controversé n'a, à l'heure actuelle, été rendu.

4) Application au cas concret du contrat de mariage

La question de la qualification de la responsabilité notariale n'étant toujours pas tranchée, le professionnel pourrait tout autant se révéler fautif pour avoir violé les obligations auxquelles il est tenu envers les parties, que pour ne pas avoir agi comme un notaire normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances. Pour établir la responsabilité dans son chef, la preuve d'une faute commise par le notaire, d'un dommage subi par les parties et d'un lien causal entre les deux doit être établie⁹⁹. La faute pouvant aller d'une mauvaise information à l'absence de mentions de clauses dans le contrat de mariage, que nous verrons ci-après.

⁹⁸ Cass., 6 juin 2013, J.T., 2013/32, n°6531, pp. 629 à 633 ; *Rev. not. belge*, 2014, pp. 268 à 279 (note D. STERCKX, pp. 235 à 347).

⁹⁹ J.-L. FAGNART, « La responsabilité civile, Chronique de Jurisprudence », *J.T.*, 1986, p. 315.

Souvenons-nous de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 7 mars 2013, analysé dans le cadre des difficultés que pose le régime de séparation de biens. Celui-ci relevait la nature « risquée »¹⁰⁰ pour l'un des époux de s'appauvrir en enrichissant l'autre et consacrait le devoir d'information aggravée incombant au notaire, c'est-à-dire l'obligation pour lui de signaler expressément aux parties comparantes les risques auxquels elles s'exposent en adoptant le régime à base séparatiste. N'étant doté d'aucune protection légale contre l'iniquité potentielle résultant de la dissolution du régime matrimonial, il s'ensuit que le rôle du notaire s'avère fondamental pour combler cette lacune, et sa responsabilité sera d'autant plus grande s'il n'y parvient pas¹⁰¹. Car s'il est vrai que ce contrat est reconnu légalement, et que dès lors le fait pour lui de rédiger un contrat de mariage de séparation de biens pure et simple ne le rend pas responsable¹⁰², il n'en demeure pas moins que le professionnel du droit qui actera une séparation de biens pure et simple dans un contrat de mariage sans y avoir consacré le temps nécessaire pour rendre pleinement conscients les futurs mariés des conséquences inévitables potentielles y résultant, n'aura sans aucun doute pas agi comme un notaire normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances l'aurait fait.

Prenons l'exemple d'un premier couple amené à constituer un patrimoine d'acquêts, se rendant chez le notaire afin de constituer leur contrat de mariage. Monsieur est ambitieux et vient de développer sa société. Quant à Madame, elle perçoit ses revenus professionnels en tant qu'employée. Ils font part au notaire de leur choix d'adopter le régime de séparation de biens pure et simple. A notre estime, le notaire doit avant tout veiller à comprendre ce qui motive les futurs conjoints d'opter pour un tel régime et dans une même lignée, les interroger sur les aspects réels et prévisibles de leur vie actuelle et future¹⁰³. En admettant que ceux-ci envisagent dans un futur plus ou moins proche d'avoir des enfants, ajouté à cela le fait que Monsieur vient de lancer sa société, le notaire n'aura pas d'autre choix que d'alarmer les époux sur la notion commune propre à tous les couples séparatistes dont nous avons déjà parlé supra : « *le préjudice patrimonial lié à la vie de couple* » ou « *préjudice de carrière* »¹⁰⁴ survenant à la suite d'une longue collaboration non-rémunérée entre eux.

Car une entreprise en plein essor d'un des partenaires implique fréquemment la situation du conjoint-aidant qui, la plupart du temps, renoncera partiellement ou complètement à sa carrière professionnelle pour s'investir dans l'entreprise de son partenaire sans aucune rémunération. Le régime prévoyant une séparation stricte des patrimoines et offrant une totale liberté d'investissement enrichira sans conteste le patrimoine propre de Monsieur pendant que Madame verra ses revenus diminuer. A tel point que si ces derniers venaient à mettre fin à leur relation, non seulement la propriété de l'entreprise reviendrait entièrement à Monsieur, mais surtout, la plus-value réalisée sur la société grâce à l'aide de son épouse lui reviendrait également. De sorte que Madame n'aurait aucun droit sur celle-ci et le régime n'offrant aucune protection légale, elle n'aurait pour moyen de défense que des constructions

¹⁰⁰ C. const., 7 mars 2013, n°28/2013, attendu B.6.2.

¹⁰¹ A. VERBEKE : *Le contrat de mariage de séparation de biens, plaidoyer pour une solution équitable*, Kluwer, Diegem, 1997, p. 25.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 321.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 375.

jurisprudentielles pour assurer une équité minimale, difficilement invocables telles que la théorie de l'enrichissement sans cause, la sur-contribution aux charges du mariage ou demander une récompense.

Dans cette situation concrète, il est impératif que le notaire fasse part de la potentielle survenance de ce préjudice et aille dès lors au-delà de considérations abstraites et générales car il est évident selon nous que nombre de couples séparatistes auraient été amenés à refuser d'opter pour ce régime s'ils avaient été conscients de cette éventualité.

Considérons cependant dans notre exemple que le notaire s'est contenté de présenter brièvement la séparation de biens sans en invoquer les conséquences néfastes qu'elle représente et que le couple l'a choisie. Quelques années plus tard, Madame se retrouvant dans cette situation et n'ayant pas reçu cette mise en garde pourrait engager une action en responsabilité contre le notaire l'ayant mal informée. Il lui reviendrait premièrement d'établir une faute dans son chef en se référant au critère du notaire normalement prudent et diligent, qui placé dans les mêmes circonstances, aurait pris le temps de lui expliquer la situation inéquitable dans laquelle elle était susceptible de se retrouver si elle en venait à mettre sa carrière entre parenthèses pour se consacrer pleinement à l'entreprise de son mari et au foyer conjugal.

Elle devrait deuxièmement prouver son préjudice en démontrant qu'un déséquilibre excessif s'est forgé entre l'enrichissement de son mari et son appauvrissement compte tenu de leurs facultés respectives et des charges du mariage.

Il lui resterait troisièmement à prouver que ce déséquilibre excessif auquel elle est confrontée résulte de l'absence d'une information, qui si elle avait été complète et concrète, n'aurait vraisemblablement pas poussé les futurs mariés à se retrancher derrière ce régime matrimonial. Si ces trois éléments sont prouvés et pris en compte par le juge, la responsabilité du notaire serait fondée et ce dernier devrait par conséquent répondre de sa faute en indemnisant Madame à hauteur du préjudice causé par le contrat séparatiste et subi par elle.

Il est toutefois à noter que la responsabilité de ce professionnel pour manquement à son devoir d'information est souvent invoquée mais rarement fondée au vu de la jurisprudence.

II.- OBLIGATION D'INFORMATION DU NOTAIRE AGGRAVÉE PAR LA RÉFORME

Un des principaux objectifs de la réforme du droit des régimes matrimoniaux¹⁰⁵ visait un meilleur encadrement légal du régime de séparation de biens¹⁰⁶ et s'inscrivant dans une même ligne de conduite, un renforcement de l'obligation d'information du notaire lors de l'établissement de tout contrat de séparation de biens. Dans le cadre de cette réforme, il a beaucoup été dit que les authenticateurs de contrats de mariage ne seraient pas assez attentifs à leur devoir d'informer les futurs époux sur les possibilités s'offrant à eux d'adoucir la dureté de la séparation pure et dure, par des clauses permettant un partage patrimonial entre eux¹⁰⁷. L'obligation d'information devait par conséquent être aggravée et mieux sanctionnée¹⁰⁸. Mais quels sont les apports concrets de cette réforme ? Répond-elle effectivement à la nécessité de rendre pleinement conscients les futurs époux afin d'être en mesure de faire un choix en pleine connaissance de cause ? Nous allons tenter d'y apporter la réponse.

Les notaires jusque-là avaient un devoir général d'information contenu dans l'article 9 de la loi de Ventôse. Les auteurs de la proposition de la loi y voient par là une obligation spéciale indépendante du devoir général que le notaire avait jusque-là¹⁰⁹. A travers ce devoir de conseil aggravé, le législateur lance « *un avertissement important au notaire afin qu'il s'acquitte de sa tâche minutieusement* »¹¹⁰.

A défaut d'avoir pu supprimer le régime de séparation de biens pure et simple, comme certains le prônent¹¹¹, les auteurs de la réforme encouragent dès lors à s'orienter vers un régime de séparation de biens adouci, par le biais d'une information renforcée du notaire. La loi requerra à présent du notaire le soin de prodiguer à ses clients une information plus

¹⁰⁵ Loi du 22 juillet 2018 modifiant le code civil et diverses autres dispositions en matière de droit des régimes matrimoniaux

¹⁰⁶ 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, no 54-2848/001, p. 5.

¹⁰⁷ H. CASMAN, « Clauses de restriction de responsabilité et clauses dites de sécurité dans un acte notarié » in *Le notaire garant de la sécurité juridique*, Bruxelles, Editions Larcier, 2016, pp. 21 à 56.

¹⁰⁸ Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 : présentation, évaluation » in *La réforme du droit des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Editions Larcier, 2018, p. 11.

¹⁰⁹ 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, no 54-2848/001, p. 77.

¹¹⁰ Observations de A. VERBEKE : Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière et Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne le contrat de vente entre époux, Rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n°54-2848/007, p. 96.

¹¹¹ Lors de la préparation de la présente initiative législative, la séparation de biens pure et simple a fait l'objet d'une question essentielle au centre des débats : peut-on encore accepter cette séparation stricte et absolue en tant que régime légal et si oui, « *faut-il y adjoindre de droit une participation à l'épargne du conjoint si celle-ci a été réalisée durant la vie commune ?* » voy. à ce sujet H. CASMAN, « Les nouveautés apportées au régime de séparation de biens » in *Le notaire face aux réformes des régimes matrimoniaux et des successions*, Bruxelles, Editions Larcier 2018, p. 62 ; voy. aussi les arguments développés par Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Collection de la Faculté de droit de l'université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 26.

étendue sur les risques encourus en choisissant ce régime et sur la possibilité d'y adjoindre des mécanismes de correction tempérant la rudesse du régime, à défaut de voir sa responsabilité engagée et répondre de sa faute à concurrence du dommage causé par la séparation de biens¹¹².

A.- CONTENU DE L'OBLIGATION AGGRAVÉE

1) Régime de participation aux acquêts

Dans beaucoup de pays où le régime de séparation de biens est un régime légal, les législateurs sont conscients de ces situations injustes inacceptables. Un mécanisme instaurant une solidarité patrimoniale entre les époux y est donc impératif. Les juges et/ou le législateur de ces pays tentent de rendre la séparation de biens totale impossible¹¹³. Ceci a pour conséquence que le régime de séparation de biens pure et simple tel que nous le connaissons n'existe pas puisque des mécanismes de participation le tempèrent. Paradoxalement, cette solidarité patrimoniale ne rencontrait jusqu'à présent que très, (trop) peu de succès en Belgique¹¹⁴. Très peu de notaires proposaient aux époux ce type de régime. Certains l'expliquent par son mode de fonctionnement complexe¹¹⁵, d'autres par l'absence de cadre légal, ce qui génère une insécurité juridique¹¹⁶. Quoi qu'il en soit la séparation de biens avec participation aux acquêts semblait méconnue des époux avant sa consécration légale par la réforme. Pourtant ce régime à base séparatiste présente l'avantage de combiner à la fois l'autonomie patrimoniale recherchée par les époux dans la gestion de leur patrimoine pendant le mariage et en même temps une solidarité à la dissolution du mariage sur le patrimoine qu'ils se sont constitué à titre onéreux au cours de leur mariage¹¹⁷ en instaurant une juste répartition des acquêts. En outre, il semble être plus juste que la séparation de biens totale car il permet de reconnaître l'importance économique de l'activité au foyer et de la participation

¹¹² Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 : présentation, évaluation » in *La réforme du droit des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Editions Larcier, 2018, p 12.

¹¹³ A. VERBEKE : *Le contrat de mariage de séparation de biens, plaidoyer pour une solution équitable*, Kluwer, Diegem, 1997, p. 11.

¹¹⁴ F. TAINMONT, « Le régime de séparation de biens revu par la loi du 22 juillet 2018 », *J.T.*, 2019/7, n° 6761, p. 125-133 ; N. BAUGNIET, « Un régime matrimonial au goût du jour : la séparation de biens avec participation aux acquêts » in *Le notaire : de conseiller à confident, de 7 à 77 ans*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 81.

¹¹⁵ N. BAUGNIET, « La séparation de biens avec participation aux acquêts : rêve d'un régime matrimonial idéal ? » in *Liber Amicorum Jean-François Taymans*, Bruxelles, Editions Larcier, 2012, pp. 1 à 8.

¹¹⁶ 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., 2017-2018, no 54-2848/001, p. 21.

¹¹⁷ J.-F. TAYMANS, « Séparation de biens avec participation aux acquêts » in *Le couple : autonomies de volontés*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 18.

professionnelle du conjoint-aidant¹¹⁸. Les conjoints ont donc la possibilité de communautariser leur régime par l'adjonction de clauses, désormais consacrées légalement. On ne peut que s'en réjouir. L'article 1469 du Code civil offre un cadre légal pour la clause de participation aux acquêts et renforce par ailleurs le rôle du notaire instrumentant par le biais de l'information renforcée. Le législateur belge s'est fondé principalement sur un modèle étranger pour l'établissement de cette clause : l'Accord franco-allemand du 4 février 2010. Elaborer un nouveau régime matrimonial s'avérant particulièrement complexe, il était confortable de se référer à un modèle ayant déjà fait ses preuves.

Concrètement, les époux vivent comme s'ils étaient séparés de biens au cours de leur mariage¹¹⁹, avec l'avantage de la liberté d'investissement, de la protection de chacun des époux contre leurs dettes respectives et toutes les conséquences y découlant. Mais à la dissolution du mariage, le patrimoine originaire et le patrimoine final de chaque époux sont comparés pour déterminer dans quelle mesure chacun s'est enrichi pendant le mariage¹²⁰. C'est un avantage conséquent pour ceux qui recherchent une liberté patrimoniale tout en ayant à l'esprit que le couple construit malgré cela un patrimoine ensemble. Ils ne partagent pas des biens communs mais sont mutuellement bénéficiaires d'une créance¹²¹. Un calcul des enrichissements respectifs de chaque conjoint est opéré lors de la liquidation du régime et celui qui s'est le moins enrichi bénéficie d'une créance envers son ex-conjoint, à concurrence généralement de la moitié des enrichissements différentiels¹²². Ils pourront ainsi mieux adapter leur régime matrimonial à leurs besoins concrets et perspectives de vie future.

A cet égard, le rôle du notaire s'avère primordial¹²³. Il implique une double obligation dans son chef¹²⁴ : d'une part, informer le couple sur toutes les caractéristiques composant la clause de participation aux acquêts, les conseiller et attirer leur attention sur les effets positifs qu'apporterait la clause insérée dans leur contrat. D'autre part, il a le devoir spécifique de mentionner expressément dans le contrat de mariage que les époux en ont été informés, dans le but de s'assurer que l'information a effectivement été prodiguée et que les époux feront dès lors un choix conscient et éclairé.

¹¹⁸ N. BAUGNIET, « Un régime matrimonial au goût du jour : la séparation de biens avec participation aux acquêts » in *Le notaire : de conseiller à confident, de 7 à 77 ans*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 82.

¹¹⁹ J. LEROY, « Perspectives sur le devenir du régime de la séparation de biens », *Rev. trim. dr. civ.*, 1983, p. 56.

¹²⁰ 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., 2017-2018, no 54-2848/001, p. 78.

¹²¹ N. BAUGNIET, « Un régime matrimonial au goût du jour : la séparation de biens avec participation aux acquêts » in *Le notaire : de conseiller à confident, de 7 à 77 ans*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 82.

¹²² Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 465.

¹²³ 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., 2017-2018, no 54-2848/001, p. 20.

¹²⁴ 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., 2017-2018, no 54-2848/001, p. 78.

2) *Obligation stricte d'information du correctif judiciaire en équité*

L'introduction de ce mécanisme par la réforme permet une correction judiciaire en équité. Elle vient remédier aux conséquences inévitables du régime de séparation de biens vues supra, nonobstant une séparation pure et simple actée dans le contrat¹²⁵. L'époux économiquement faible recourt généralement au juge pour obtenir une compensation grâce à la théorie de l'enrichissement sans cause : source d'insécurité juridique, la jurisprudence établissant tantôt une interprétation stricte en n'accordant aucune indemnisation, tantôt une interprétation souple en accordant une compensation.

Grâce à cette correction, l'époux lésé pourra obtenir sur base de ce fondement légal et sous certaines conditions strictes, une indemnisation en cas d'iniquité manifeste. La compensation ne pourra être accordée à l'époux lésé que si des circonstances imprévues sont survenues défavorablement depuis la conclusion du contrat. Pour notre grand désespoir, ce mécanisme est resté facultatif (il doit obligatoirement être inséré dans la convention pour sortir ses effets) afin de laisser aux époux le libre choix de contracter une séparation de biens pure et simple. Toutefois il confère au notaire un rôle déterminant, pouvant à lui seul et en prodiguant un conseil à la hauteur, faire en sorte d'orienter les parties contractantes vers une solidarité patrimoniale minimale. Dans ce cadre, son obligation d'information est renforcée et va dès lors « *au-delà d'une simple obligation d'avis et d'information* »¹²⁶.

Afin que les parties puissent faire un choix délibéré en faveur du régime de séparation de biens, le professionnel du droit prendra le temps nécessaire pour exposer les conséquences juridiques concrètes découlant du choix de faire figurer la correction judiciaire en équité ou non dans le contrat. Les auteurs de cette initiative législative ont voulu, par l'introduction de ce correctif en équité, que les comparants s'attardent, discutent et comparent les mérites et les risques éventuels en cas de dissolution du régime, tant d'une séparation stricte et absolue que d'une séparation de biens corrigée. Dans le but de s'assurer que les conjoints fassent un choix mûrement réfléchi, le notaire devra en sus, sous peine de voir sa responsabilité engagée, mentionner expressément le choix pour lequel les époux ont opté dans la convention matrimoniale. Cette obligation spéciale contenue dans l'article 1474/1 §2 du Code civil s'ajoute au devoir général de conseil du notaire¹²⁷.

¹²⁵ 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., 2017-2018, no 54-2848/001, p. 27.

¹²⁶ 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., 2017-2018, no 54-2848/001, p. 28.

¹²⁷ 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., 2017-2018, no 54-2848/001, p. 96.

B.- RESPONSABILITÉ DU NOTAIRE ALOURDIE ?

La responsabilité du notaire instrumentant sera-t-elle engagée si la clause de correctif en équité ne figure pas dans le contrat de mariage ? Nous répondons à cette question par l'affirmative¹²⁸. L'article 1474/1 §3 stipule en effet que « *Sous peine de responsabilité, le notaire fait expressément mention du choix des époux dans la convention matrimoniale* ». Ceci implique que quel que soit le choix des époux, même si ceux-ci ne veulent pas bénéficier de cette clause, le notaire instrumentant ne pourra se contenter de ne pas en faire mention dans le contrat. Il devra indiquer clairement dans la convention matrimoniale le choix des conjoints quant à ce correctif¹²⁹, à défaut de quoi sa responsabilité sera mise en cause, l'époux lésé devant apporter les preuves d'une faute, d'un dommage et du lien de causalité entre la faute et le dommage subi. La preuve de la faute sera facilement établie étant facilitée par la loi, puisqu'en l'absence de clause relative au correctif en équité, le notaire sera fautif dès lors qu'il aura fait signer aux parties une convention qu'il n'était pas en mesure d'instrumenter. Quant au dommage, celui-ci s'évaluera suivant le droit commun, en invoquant par l'époux lésé la perte d'une chance d'une application du correctif en équité et par conséquent, de l'indemnisation de son préjudice¹³⁰.

Nous constatons que la responsabilité du notaire instrument est bel et bien alourdie puisque ces deux nouveaux mécanismes que sont la correction judiciaire en équité et la clause de participation aux acquêts impliquent des nouvelles clauses particulières à insérer par le notaire dans la convention matrimoniale¹³¹. Cette nouvelle obligation du notaire n'aurait que très peu de sens si elle n'était pas assortie d'une sanction en cas de non-respect. Rappelons que la responsabilité du notaire n'est pas uniquement liée à la mention ou non du correctif judiciaire en équité dans le contrat ou à l'attention accordée à la clause de participation aux acquêts mais pourra être invoquée pour tout manquement d'information ayant causé un dommage au client.

Selon l'auteur Y.-H. Leleu, et nous nous rallions à lui sur ce point, cette aggravation de la responsabilité du professionnel s'ajoutant à la lourde tâche de chiffrer le dommage résultant de la perte de chance de l'indemnisation, sont autant d'arguments susceptibles de conduire le notaire à privilégier pour les époux le conseil d'une correction plus sécurisante telle que la participation aux acquêts¹³² et laisser de côté le correctif judiciaire en équité.

¹²⁸ Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 : présentation, évaluation » in *La réforme du droit des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Editions Larcier, 2018, p. 70.

¹²⁹ F. TAINMONT, « Le régime de séparation de biens revu par la loi du 22 juillet 2018 », *J.T.*, 2019/7, n° 6761, p. 125-133.

¹³⁰ Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 : présentation, évaluation » in *La réforme du droit des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Editions Larcier, 2018, p. 70 ; voy. aussi F. DEGUEL, « La (nouvelle ?) séparation de biens pure et simple » in *La réforme du droit des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2018, p. 204.

¹³¹ F. DEGUEL, « La (nouvelle ?) séparation de biens pure et simple » in *La réforme du droit des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2018, p. 203.

¹³² Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 : présentation, évaluation » in *La réforme du droit des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Editions Larcier, 2018, p. 70

III.- SOLUTIONS AFIN DE CONSCIENTISER AU MIEUX LES FUTURS ÉPOUX

A.- SOLUTIONS RELATIVES À L'INTERVENTION DU NOTAIRE

Comme il a déjà été dit plusieurs fois dans ce travail, le régime de séparation de biens n'offre que très peu de solutions aux dérives inégalitaires en raison de son cadre minimal légal. Malgré l'intervention du législateur par la réforme du droit des régimes matrimoniaux et une amélioration sur les possibilités de communautariser conventionnellement la séparation de biens, nous regrettons l'absence d'une solidarité impérative introduite par le législateur. La clause de participation aux acquêts et la correction judiciaire en équité restent finalement des accessoires facultatifs du régime de séparation de biens pure et simple et ne satisfont pas selon nous, pleinement aux aléas économiques potentiels du régime. Cependant nous pensons que l'aggravation du devoir d'information et de conseil du notaire remédiera à l'absence de cette solidarité impérative et permettra à certains couples d'opter pour une séparation de biens corrigée plutôt que pour le régime strict.

C'est pourquoi « *tout repose sur la force de persuasion du notaire* »¹³³ instrumentant le contrat de mariage des futurs époux. Il doit faire tout son possible pour éviter aux futurs conjoints les excès qui peuvent être engendrés. Nous proposons dès lors ci-après un schéma de raisonnement qui devrait à notre sens être suivi par chaque notaire instrumentant un contrat de mariage en son étude.

Premièrement, pour être face à une information parfaite le notaire devrait selon nous d'abord et avant tout interroger les parties comparantes sur leur vie personnelle, leurs projets d'avenir, leurs perspectives de vie future dans le but d'être en mesure de proposer un régime adapté à leur situation actuelle et future. Le choix du régime appartenant au couple, il reviendrait ensuite au professionnel du droit de fournir une information détaillée sur ce que chaque régime matrimonial conventionnel implique, tant la communauté légale que la séparation de biens pour ensuite les comparer sur toutes leurs composantes, mérites et inconvénients, caractéristiques et effets patrimoniaux. Quand bien même les futurs conjoints auraient déjà une idée bien précise et définie avant même de s'entretenir avec le notaire sur le choix matrimonial, ils ne devraient avoir d'autre choix que de passer par cette étape avant de pouvoir poursuivre tout entretien.

Si ces derniers sont sûrs de leur volonté de s'orienter vers une séparation de biens, la séparation stricte et absolue n'étant pas à conseiller selon nous, le professionnel devrait prendre le temps d'évoquer les éventuels inconvénients dudit régime et comparer ensuite la

¹³³ Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 : présentation, évaluation » in *La réforme du droit des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Editions Larcier, 2018, p. 69.

séparation de biens pure et simple (et tenter de comprendre la motivation du couple voulant opter pour ce régime) et la séparation de biens corrigée.

Concernant cette dernière, il lui reviendrait la tâche d'expliquer que les époux ont la possibilité de communautariser la séparation de biens par l'adjonction de clauses permettant d'instaurer, en dépit de l'essence du régime, une solidarité patrimoniale entre eux. Il aura désormais, et c'est un grand point positif, l'obligation encore plus spécifique d'attirer l'attention des parties sur la clause de participation aux acquêts et la correction judiciaire en équité et de mentionner expressément dans le contrat de mariage qu'il a explicité les conséquences juridiques découlant de l'adoption ou non d'une telle clause. Ceci implique qu'il devrait dès lors exposer les conséquences inégalitaires face auxquelles ils seraient susceptibles de se trouver s'ils en venaient à liquider leur régime matrimonial sans avoir inséré dans la convention matrimoniale de tels correctifs. Il se verrait contraint pour cela d'aller au-delà de considérations abstraites et générales en illustrant à l'aide d'exemples pratiques et concrets ce à quoi ils s'exposent et ce que cela implique dans la vie réelle. Selon l'auteur Alain-Laurent Verbeke et nous sommes du même avis, un notaire qui authentifierait un contrat de mariage de séparation de biens pure et simple « sans sourciller » manquerait sans conteste à son obligation d'information et de conseil et devrait répondre des dommages résultant de cette faute¹³⁴.

Pour convaincre en outre les époux d'instaurer une solidarité dans leur régime de séparation de biens, nous pensons que le rédacteur du contrat de mariage devrait les avertir de l'extrême difficulté d'obtenir une compensation pour le conjoint économiquement faible à la dissolution du régime. Le cadre minimal légal encadrant la séparation de biens, l'absence de mécanisme légal à invoquer pour obtenir l'indemnisation, les constructions jurisprudentielles incertaines dont ils disposent, l'extrême difficulté de rapporter la preuve écrite de créances entre époux sont autant d'arguments que le notaire peut invoquer, susceptibles d'inciter les contractants à ne pas opter pour une séparation stricte et absolue. Le notaire doit être attentif à ce que les époux soient toutefois conscients que même en adoptant un mécanisme de correction du régime de séparation de biens pure et simple, ils seront toujours loin de s'apparenter à des époux communs en biens¹³⁵.

Enfin nous recommandons vivement au notaire de se ménager la preuve de ses conseils réellement prodigués. En particulier de mentionner expressément dans le contrat qu'il a attiré l'attention des parties sur les conséquences découlant de l'adoption de la clause de participation aux acquêts et du correctif judiciaire en équité et d'inscrire le choix des parties quant à l'adoption de la clause de correction judiciaire en équité afin d'éviter la mise en cause de sa responsabilité¹³⁶.

¹³⁴ A. VERBEKE : *Le contrat de mariage de séparation de biens, plaidoyer pour une solution équitable*, Kluwer, Diegem, 1997, p.25.

¹³⁵ Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 : présentation, évaluation » in *La réforme du droit des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Editions Larcier, 2018, p. 75.

¹³⁶ Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 : présentation, évaluation » in *La réforme du droit des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Editions Larcier, 2018, p. 69.

Il va de soi, à notre sens, que l'information prodiguée par le notaire doit être adaptée au profil socio-économique et socio-psychologique¹³⁷ des parties comparantes et que le professionnel doit s'assurer au travers d'un entretien approfondi et détaillé qu'elles comprennent ce qu'il leur expose et sont conscientes de ce que leur choix peut impliquer si elles se retrouvaient dans une situation patrimoniale délicate¹³⁸. De plus, il est évident à notre estime que les parties ne peuvent être contraintes de faire leur choix directement après avoir reçu les nombreuses informations et conseils dispensés par le rédacteur du contrat. Les clients doivent être libres (et nous le leur conseillons) de prendre du temps pour réfléchir et faire un choix conscient et délibéré.

Si en fin de compte, le choix des époux s'oriente tout de même vers une séparation de biens pure et simple, le notaire ne sera pas responsable des dommages éventuels y résultant dès lors qu'il aura préalablement investi le temps nécessaire afin de fournir aux époux l'information la plus complète possible et que ceux-ci auront par conséquent fait un choix en pleine connaissance de cause.

Ceci est selon nous, la procédure que tout notaire devrait suivre pour s'acquitter correctement de son devoir d'information.

Certes une information parfaite requerra du temps au notaire, mais ne perdons pas de vue que ce temps ne sera pas perdu devant et par les cours et tribunaux et nous savons tous à quel point la durée des procédures judiciaires est un problème au centre des débats.

En sus de ce schéma de raisonnement, nous proposons que le couple marié soit suivi et assisté par le notaire au cours de leur mariage. L'information selon nous ne devrait pas être restreinte uniquement au moment de la passation de l'acte¹³⁹. Si des circonstances nouvelles apparaissent au niveau familial, patrimonial ou encore professionnel et que le rédacteur du contrat le juge nécessaire, il lui reviendrait également le devoir de conseiller aux conjoints d'adapter leur convention matrimoniale en fonction, ou de leur possibilité de modifier leur régime.

Enfin, certains auteurs mettent en avant l'idée qu'il serait bénéfique pour les époux de s'entretenir chacun individuellement avec le notaire instrumentant. Nous partageons sur ce point l'avis de l'auteur H. Casman selon lequel il est préférable pour les parties de recevoir une information ensemble afin que celles-ci entendent la même chose, au même moment et de la même personne dans le but d'éviter tout malentendu. Ceci permettrait également à chacun des conjoints de percevoir les réponses et réactions de son partenaire¹⁴⁰.

¹³⁷ Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 : présentation, évaluation » in *La réforme du droit des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Editions Larcier, 2018, p. 76.

¹³⁸ A. VERBEKE : *Le contrat de mariage de séparation de biens, plaidoyer pour une solution équitable*, Kluwer, Diegem, 1997, p.26.

¹³⁹ H. CASMAN, « *Précis du notariat* », Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 31.

¹⁴⁰ H. CASMAN, « Les nouveautés apportées au régime de séparation de biens » in *Le notaire face aux réformes des régimes matrimoniaux et des successions*, Bruxelles, Editions Larcier 2018, p. 87.

B.- PROPOSITION DE CLAUSES « SUR-MESURE » LORS DE LA RÉDACTION DU CONTRAT DE MARIAGE

Nous encourageons donc le notaire à faire son maximum pour éviter aux futurs conjoints les excès qui peuvent être engendrés suite au régime de séparation de biens pure et simple. Dans cette ligne de conduite, nous pensons qu'il est de son devoir d'éviter d'insérer dans le contrat de mariage des clauses standards pouvant s'appliquer à tout le monde sans distinction, dans un cadre général¹⁴¹.

Selon nous, le notaire instrumentant doit s'investir de la mission de créer des clauses « sur-mesure » et doit pour ce faire, faire preuve de créativité tant chaque situation est différente, dans le but de faire primer l'autonomie contractuelle des époux dans leur contrat de mariage. « *Le prêt-à-porter et les modèles standards sont à bannir* »¹⁴². Cette idée liée à l'individualisme contraint le notaire à établir des conventions adaptées à la situation personnelle du couple¹⁴³. Comme le souligne l'auteur J.-L. Renchon, le contrat de séparation de biens n'apportant que peu de réponses personnalisées aux relations patrimoniales entre les époux, et les situations tant patrimoniales que professionnelles variant d'un couple à l'autre, n'offrent d'autre choix au professionnel que d'élaborer des conventions « sur-mesure » aux parties contractantes aussi bien lors de la rédaction du contrat initial que lors des opérations juridiques conclues par la suite¹⁴⁴.

¹⁴¹ R. DEKKERS et H. CASMAN, *Handboek Burgerlijk Recht*, d. IV, *Huwelijksstelsels – Erfrecht – Giften*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 24.

¹⁴² A. VERBEKE : *Le contrat de mariage de séparation de biens, plaidoyer pour une solution équitable*, Kluwer, Diegem, 1997, p.V et 94.

¹⁴³ J.-L. RENCHON, « L'activité notariale et le droit du couple : une révolution permanente ? », *Rev. not. b.*, 2011, p. 703.

¹⁴⁴ J.-L. RENCHON, « L'activité notariale et le droit du couple : une révolution permanente ? », *Rev. not. b.*, 2011, p. 704.

CONCLUSION

Partant du constat que les futurs conjoints qui sont sur le point de signer un contrat de mariage chez le notaire ne sont, la plupart du temps, pas conscients de ce que leur choix de régime matrimonial va impliquer, nous nous sommes intéressés au devoir d'information et de conseil contenu dans l'article 9 de la loi de Ventôse et auquel le notaire est soumis. Nous avons pu appréhender, dans le cadre de ce travail, ce devoir, dans ses aspects généraux puis appliqué au cas concret du contrat de mariage. Plusieurs régimes conventionnels s'offrent aux époux mais nous nous sommes placés dans un contexte déterminé et nous sommes cantonnés à l'information dans le cadre du régime de la séparation de biens. D'une part parce que les contractants sont de plus en plus à opter pour ce régime offrant une certaine liberté et indépendance de gestion du patrimoine et d'autre part en raison du cadre légal minimal dont il fait l'objet. Ce régime ayant tendance à creuser d'importantes inégalités entre les partenaires du couple, et qui n'offrait aucun mécanisme légal au conjoint lésé désirant obtenir une compensation en cas de liquidation du régime matrimonial était par conséquent source d'une grande insécurité juridique pour les époux séparatistes.

Pour leur éviter de se retrouver dans une situation inconfortable, c'est-à-dire sans ressource pour le conjoint économiquement faible et n'ayant d'autre choix que d'invoquer devant les cours et tribunaux des mécanismes incertains construits par les juges, nous pensons qu'il est primordial d'agir en amont. « *La prévention devient vitale* »¹⁴⁵ selon A.-L. Verbeke et cela passera par l'intervention du notaire.

Nous avons vu au travers de cette étude qu'un des principaux objectifs de la réforme du droit des régimes matrimoniaux passait par l'aggravation du devoir d'information du notaire pour tout contrat de mariage à base séparatiste. Celui-ci devait être amplifié et mieux sanctionné au vu des nombreuses situations inéquitables y résultant. Dès lors, notre question-problème consistait en l'analyse de l'obligation d'information du notaire avant la réforme pour ensuite tenter de savoir si cette dernière a effectivement répondu à la nécessité de rendre pleinement conscients les futurs époux afin d'être en mesure de faire un choix conscient et réfléchi.

Nous avons constaté grâce à la jurisprudence analysée avant l'aggravation du devoir d'information du professionnel, que la responsabilité de ce dernier était souvent engagée pour avoir manqué à son devoir. Cependant il revenait à l'époux lésé d'établir notamment la preuve d'une faute commise par le notaire (à savoir une information incomplète) et du préjudice subi. Or ces preuves étaient extrêmement difficiles à rapporter, la conséquence étant que la culpabilité du rédacteur du contrat de mariage était rarement fondée et que l'époux lésé n'avait par conséquent pas droit à l'indemnisation de son préjudice.

Grâce à la consolidation par la réforme de l'obligation incombant au notaire, la preuve est désormais facilitée par la loi. Il revient en effet à tout notaire instrumentant un contrat de

¹⁴⁵ A. VERBEKE : *Le contrat de mariage de séparation de biens, plaidoyer pour une solution équitable*, Kluwer, Diegem, 1997, p. 25.

mariage à base séparatiste d'attirer spécialement l'attention des parties sur les mécanismes de communautarisation et de correction du régime pur et dur, que ce soient des clauses dérogeant au régime ou la clause de participation aux acquêts. Cette obligation spécifique d'informer les parties sur cette clause n'incombait pas au notaire avant la réforme. Elle permet d'instaurer une solidarité patrimoniale minimale entre les époux. Le rédacteur de la convention matrimoniale a donc désormais l'obligation d'exposer les principes et conséquences découlant du choix de l'insérer ou non dans le contrat et d'inscrire qu'il a bel et bien retenu leur attention sur ce point.

L'information doit être encore plus précise concernant le correctif judiciaire en équité¹⁴⁶ puisqu'elle va au-delà d'une simple obligation d'avis et d'information¹⁴⁷. L'obligation du notaire est double : il doit non seulement informer les contractants sur les avantages y découlant et mentionner dans le contrat qu'il a correctement accompli sa mission sur ces points mais doit en outre, c'est cela qui nous intéresse particulièrement, mentionner expressément leur choix positif ou négatif concernant l'adoption de la correction judiciaire en équité, sous peine d'engager sa responsabilité¹⁴⁸. La preuve de la faute commise par le notaire est par conséquent facilitée par la loi puisqu'il suffira, en cas de manquement à l'information, de fournir le contrat ne mentionnant pas ces points précis.

Sur base de ce qui précède, nous sommes en mesure de répondre favorablement à notre question en constatant que la réforme s'est bel et bien « *engagée dans la voie d'une précision et d'une aggravation du conseil notarial en matière de contrat de mariage* »¹⁴⁹.

Nous avons tout de même réalisé un schéma de raisonnement qui selon nous, permettrait au professionnel de s'assurer que l'information fournie est complète sur tous ses points.

Nombre d'individus aujourd'hui recourent encore au système judiciaire pour tenter de rééquilibrer la situation injuste à laquelle ils sont confrontés. Nous pensons que la consolidation du devoir du notaire fera ses preuves et aura sans conteste un impact positif en évitant à un grand nombre de couples de se retrouver dans ces situations.

L'idéal serait que la pratique notariale se développe de sorte à ce qu'il ne soit plus nécessaire de recourir à de pareilles interventions judiciaires¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Y.-H. Leleu, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 : présentation, évaluation » in *La réforme du droit des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Editions Larcier, 2018, p. 76.

¹⁴⁷ 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., 2017-2018, no 54-2848/001, pp. 77.

¹⁴⁸ 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., 2017-2018, no 54-2848/001, pp. 78-96.

¹⁴⁹ Y.-H. Leleu, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 : présentation, évaluation » in *La réforme du droit des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Editions Larcier, 2018, p. 75.

¹⁵⁰ A. VERBEKE : *Le contrat de mariage de séparation de biens, plaidoyer pour une solution équitable*, Kluwer, Diegem, 1997, p.24.

BIBLIOGRAPHIE

DOCTRINE

BAUGNIET N., « La séparation de biens avec participation aux acquêts : rêve d'un régime matrimonial idéal ? » in *Liber Amicorum Jean-François Taymans*, Bruxelles, Editions Larcier, 2012, pp. 1 à 8 ;

BAUGNIET N., « Le renversement de la présomption de « comptes au jour le jour » entre époux séparés de biens », *R.T.D.F.*, 2011/3, pp. 751 à 756 ;

BAUGNIET N., « Les créances entre ex-époux mariés sous le régime de la séparation de biens », *R.T.D.F.*, 2010/1, pp. 372 à 388 ;

BAUGNIET N., « Un régime matrimonial au goût du jour : la séparation de biens avec participation aux acquêts » in *Le notaire : de conseiller à confident, de 7 à 77 ans*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 81 ;

BRAT S., « (Re)Mariage ou cohabitation », in *Le couple. Vie commune* (Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-Fr. TAYMANS et M. BOURGEOIS coord.), coll. « Manuel de planification patrimoniale », L.1., Bruxelles, Larcier, 2009, p. 30 ;

CARTUYVELS B. et ROUSSEAU L., « A la recherche d'un contrat harmonieux pour les comptes entre époux : quelques propositions de clauses », in *Le service notarial : réflexions critiques et prospectives*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p 57 ;

CASMAN H., « Clauses de restriction de responsabilité et clauses dites sécurité dans un acte notarié » in *Le notaire garant de la sécurité juridique*, Bruxelles, Editions Larcier, 2016, pp. 21 à 56 ;

CASMAN H., « De beroepsaansprakelijkheid van de notaris – Enkele recente ontwikkelingen » in *De professionele aansprakelijkheid, die Keure*, Bruges, 2004, pp. 186-226 ;

CASMAN H., « Équité et bonne foi dans les relations patrimoniales entre époux – Réflexions sur l'élaboration d'un contrat de mariage juste », *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 458 ;

CASMAN H., « B. - La responsabilité civile » in *Précis du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 241 à 266 ;

CASMAN H., « Les nouveautés apportées au régime de séparation de biens » in *Le notaire face aux réformes des régimes matrimoniaux et des successions*, Bruxelles, Editions Larcier 2018, p. 62 ;

CASMAN H., « *Précis du notariat* », Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 251 ;

CASMAN H., « Quelques réflexions en matière de responsabilité professionnelle du notaire ». – *Rev. not. b.*, 2004, pp. 450 à 465 ;

- CORNELIS L. et BEERENS M., « Réflexions sur l'obligation d'information, d'avertissement, de conseil et d'assistance du notaire », *Rev. not. b.* 2003, p. 284 ;
- CORNU G., *Les régimes matrimoniaux*, 7e. éd., Paris, P.U.F., 1985, p. 30 ;
- DALCQ R.O., « Examen de jurisprudence sur la responsabilité », *Rev. prat. not.*, 1956, pp. 53, 141, 237 et 285 ;
- DALCQ R.O., « Traité de la responsabilité civile », in *Les Nouvelles*, T.V., BRUXELLES, LARCIER, 1959, p. 201.
- DECKERS E., « Algemene uiteenzetting over de plichtenleer », in *Notariële déontologie, Recyclage 1997 du Conseil Néerlandophone de la Fédération royale des Notaires de Belgique*, Kluwer 1997, p. 5 et s ;
- DEGUEL F., « La (nouvelle ?) séparation de biens pure et simple » in *La réforme du droit des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2018, p. 204 ;
- DEKKERS R. et CASMAN H., *Handboek Burgerlijk Recht*, d. IV, *Huwelijksstelsels – Erfrecht – Giften*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 24 ;
- DEMBLON J., « La fonction notariale », *Rép. not.*, XI, livre 5, 1992, n° 25, 222, 223 ;
- DE PAGE PH., *Le régime matrimonial*, 2ème éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 301 ;
- DE PAGE PH., *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, Bruxelles, Bruylant, 1943, n° 717-718 ;
- DEMBLON J., « La fonction notariale », in *Organisation et déontologie du notariat* (P. HARMEL et J. DEMBLON), *Rép. Not.*, t. XI, liv. 5, Bruxelles, Larcier, 1992, pp. 222-223 ;
- ESTIENNE N., « Chapitre 3 – La responsabilité des notaires » in *La responsabilité liée aux activités juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 317 à 324 ;
- FAGNART J.-L., « La responsabilité civile, Chronique de Jurisprudence », *J.T.*, 1986, p. 315 ;
- HARMEL P., « *Organisation et déontologie du notariat* », pp. 18 et s. ;
- HARMEL P. et BOURSEAU R., « *Les sources et la nature de la responsabilité civile des notaires en droit belge de 1830 à 1962* », Liège, La Haye, 1964, pp. 173 et s. ;
- LELEU Y.-H., *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 321 à 456 ;
- LELEU Y.-H., « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 : présentation, évaluation » in *La réforme du droit des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2018, p. 1 à 76 ;
- LELEU Y.-H. et DEGUEL F., « L'enrichissement sans cause et le valorisme en séparation de biens », *R.G.D.C.*, 2009, p. 417 à 423 (note sous Liège (10e ch.), 22 oct. 2008) ;
- LEROY J., « Perspectives sur le devenir du régime de la séparation de biens », *Rev. trim. dr. civ.*, 1983, p. 56 ;
- MELOTTE C., « La responsabilité professionnelle des notaires », in *Responsabilités – Traité théorique et pratique*, titre II, dossier 28, Bruxelles, Kluwer, 2000, pp. 24 et s. ;

- PINTENS W, DECLERCK CH, DU MONGH J et VANWINCELEN K., *Familiaal Vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 364 ;
- RAUCENT L., « Introduction », in *Les régimes matrimoniaux. 4. Les régimes conventionnels. Le droit transitoire*, Rép. not., t. V., 1. II/4, Bruxelles, Larcier, 2002, n° 404 ;
- RENCHON J.-L., « L'activité notariale et le droit du couple : une révolution permanente ? », *Rev. not. b.*, 2011, pp. 699 à 713 ;
- STERCKX D., « La prescription de l'action en responsabilité notariale devant la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation », *Rev. not.*, 2014/4, n° 3084, pp. 235 à 247 ;
- TAINMONT F., « Le régime de séparation de biens revu par la loi du 22 juillet 2018 », *J.T.*, 2019/7, n° 6761, pp.125 à 133 ;
- TAYMANS J.-F., « Séparation de biens avec participation aux acquêts » in *Le couple : autonomies de volontés*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 18 ;
- TROCH K., « De notariële informatie – en raadgevingsrecht revisited », *R.G.D.C.*, 1999, p. 297 ;
- VERBEKE A., « Contextuele benadering in het huwelijksvermogensrecht », *N.F.M.*, 2000, pp. 71 à 73 ;
- VERBEKE A., « *Goederenverdeling bij echtscheiding* », 2^e éd., Antwerpen, Maklu uitg., 1994, n°187 ;
- VERBEKE A., « La séparation de biens pure et simple », in *Les régimes matrimoniaux. 4. Les régimes conventionnels. Le droit transitoire*, p. 886 et s. ;
- VERBEKE A., *Le contrat de mariage de séparation de biens, plaidoyer pour une solution équitable*, Kluwer, Diegem, 1997, pp. 3 et s. ;

JURISPRUDENCE

Mons, 23 juin 1998, *Rev. not. belge*, 1998, p. 644 ;

Bruxelles, 27 septembre 2004, *R.G.A.R.*, 2006, n°14149 ; Bruxelles, 3 octobre 2000, *Rev. not. b.*, 2001, p. 237 ;

Civ. Charleroi (1re ch.), 16 mai 2003, *Rev. not. belge*, 2004, p. 482 ;

C. const., 7 mars 2013, n°28/2013 ;

Bruxelles, 6 septembre 2002, *R.G.A.R.*, 2003, n° 13776 ;

Cour d'appel de Bruxelles - arrêt du 12 janvier 2004 ;

Gand, 15 mars 1994, *T. not.*, 1994, p. 322 ;

Cour d'appel de Liège (10e ch.), 22/10/2008, *R.T.D.F.*, 2010/1, pp. 366 à 372 ;

Liège 14 janvier 2003, *JLMB* 2003, 1757, *Rev. not. b.* 2004, 164, note L. STERCKX, *RRD* 2003, 135 ;

Cour d'appel de Mons (2e ch.), 08/06/2010, *R.T.D.F.*, 2011/3, pp. 747 à 751 ;

Gent (11de kamer), 29 maart 2007, *T. Not.*, 2007, pp. 416 à 425 ;

Mons, 23 juin 1998, *Rev. not. belge*, 1998, p. 641 ;

Cass., 23 octobre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2336 ;

Mons, 21 novembre 2011, *Rev. not. belge*, 2013, pp. 43 à 50 ;

Cass., 6 juin 2013, *J.T.*, 2013/32, n°6531, pp. 629 à 633 ; *Rev. not. belge*, 2014, pp. 268 à 279 (note D. STERCKX, pp. 235 à 347) ;

Cour constitutionnelle, 13/12/2012, *R.G.A.R.*, 2013/3, p. 14955 ;

DALCQ R.O., « Examen de jurisprudence sur la responsabilité », *Rev. prat. not.*, 1956, pp. 53, 141, 237 et 285 ;

LEGISLATION

Loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat ;

Loi du 22 juillet 2018 modifiant le code civil et diverses autres dispositions en matière de droit des régimes matrimoniaux ;

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, p. 5 ;

Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne le contrat de vente entre époux, Rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n°54-2848/007, p. 96 ;

Code civil, articles 221, 222 ; 1390.

