

L'ARTICLE 1390 DU CODE CIVIL : IMMANENCE ET TRANSCENDANCE

Yves-Henri Leleu

Professeur ordinaire à l'Université de Liège

Chargé de cours à l'Université libre de Bruxelles

Professeur invité à l'Université Panthéon-Assas

Avocat au barreau de Bruxelles

INTRODUCTION

1. Le juriste en quête d'égalité dans le droit patrimonial des couples – limitons-nous aux époux – s'étonnera de voir laissé impuni un recel de biens indivis parce que l'article 1448 du Code civil serait réservé aux communautaristes. Beaucoup s'étonnent de voir les séparatistes considérés comme des tiers s'ils veulent préempter le logement familial indivis, ou rétablir entre eux des transferts de patrimoine non justifiés. Ont-ils bien choisi la règle du partage en nature et l'enrichissement sans cause pour répondre à ces demandes ? Ont-ils vraiment exclu l'attribution préférentielle, la sanction du recel et des règles du compte de récompenses ? Ils ont sûrement voulu séparer acquêts, dettes et gestion, mais ne se sont probablement pas tous ou toujours préoccupé du reste de leur régime matrimonial.

Ces institutions du régime légal, l'immanent qui réside dans le principe-même du mariage, ont une transcendance liée à leur importance et leur valeur que seul un choix clair des époux peut écarter, dans les limites de l'autonomie de leur volonté.

Ces institutions résoudraient nombre de problèmes actuellement en jachère (par exemple, régime des indivisions, sanction de fraudes...)(1) ou délaissés par tradition au droit patrimonial commun (par exemple, confusions de patrimoines), alors que chaque époux doit avoir un régime matrimonial. Elles uniformiseraient le traitement de ces situations d'association patrimoniale liées à la vie de couple plus qu'au régime choisi, et donc foncièrement comparables.

(1) J. RENAULD, *Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Larcier, 1971, p. 894, n° 1588.

Pour combler un tel déficit juridique amplifié par l'expansion sociale de la séparation pure et simple, nous proposons d'affiner l'interprétation de l'article 1390 du Code civil dans un sens où il impose que pour tout régime conventionnel, sauf convention contraire, le régime légal est le droit commun.

Faut-il pour cela interpréter un article clair : « À défaut de conventions particulières, les règles établies au chapitre II du présent titre forment le droit commun » ? Nous le pensons, car, à ce jour, il est surtout lu dans sa continuité historique : ériger le régime légal en droit commun *à défaut de contrat de mariage*. Or nous verrons qu'il s'applique aussi *en présence d'un contrat de mariage*, donc nécessairement aussi quand ce contrat porte un régime séparatiste. Déjà si par « commun », qualificatif du droit applicable dans l'article 1390, on entend « qui s'applique à toutes les personnes et à toutes les affaires, par opposition à exceptionnel » (2), rien ne justifie de limiter l'article aux communautaristes.

On n'en déduira certainement pas que l'article 1390 pourrait communautariser un régime séparatiste choisi, car les *clauses* du contrat relatives à sa base (séparation des actif, passif et gestion) sont certainement des « conventions particulières » prévenant l'application des règles (contraires) du régime légal.

2. Nous rappellerons l'interprétation actuelle de l'article 1390 (I), avant d'avancer les arguments pour l'étendre à la séparation de biens (II, communautarisée, III, pure et simple). Nous listerons les possibles conséquences de la reconnaissance du régime légal comme droit commun de tous les époux, dans les espaces laissés par leurs conventions matrimoniales (IV). Nous espérons ainsi susciter un débat plus général, où idées et arguments seraient échangés, en hommage et à la manière de notre honoré collègue, toujours soigneux de l'étai solide de ses constructions.

I. Portée supplétive et complétive de l'article 1390, traditionnelle et renouvelée

3. L'article 1390 n'est pas aussi clair qu'à première lecture. La Cour de cassation y ancre notamment l'*exigence de cohérence* du régime matrimonial « choisi » – donc aussi séparatiste – dans un arrêt du 17 septembre 2007 (3) qui concernait un régime communautaire (4).

(2) *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, G. CORNU (éd.), v° « Commun ».

(3) Cass., 17 septembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 1523 ; *Juristenkrant*, 2007, p. 1 ; *NjW*, 2007, p. 797, note G. DE MAESENEIRE ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 562 (somm.), note et p. 1300 ; *R.W.*, 2007-2008, p. 534, note J. DU MONGH et Ch. DECLERCK ; *T. fam.*, 2008, p. 72, note K. BOONE.

(4) Soutiennent l'extension de la portée de l'arrêt en régime séparatiste : F. DEGUEL, note sous Mons, 8 juin 2010, *Rev. not. b.*, 2011, p. 362, n° 5 ; Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage : entre conventions et controverses », in *Le défi du notaire*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 83-84, n° 5 ; A. NOTTET, « Les

L'article 1390 n'a donc pas comme seule portée d'obliger les époux à avoir un régime matrimonial, pas plus que ses prédécesseurs (articles 1387 et 1393 du Code civil, réd. 1804). À cette époque, en plus de prescrire le régime légal en l'absence de *contrat de mariage*, il fallait éviter que le *régime dotal* interfère en cas de lacunes contractuelles (5). La loi de 1976 contient aussi des dispositions « de rupture » (par exemple, article 212), mais telle n'est pas la portée de l'actuel article 1390, du moins on n'en trouve aucune trace dans des travaux préparatoires lacunaires à son sujet. Sa portée n'est donc plus d'exclure un régime inopportun et ses termes ont changé : « stipulations spéciales qui dérogent au régime de la communauté » sont devenus « conventions particulières », sans précisions.

4. La doctrine actuelle confère à l'article 1390 deux fonctions. La première est « supplétive », donner un régime à tous les époux : le régime légal s'applique aux époux *sans contrat de mariage* ou, exceptionnellement, à ceux dont le contrat est nul, même s'ils avaient choisi la séparation (6). Par « conventions particulières » la loi désigne donc certainement le *contrat de mariage* qui porte un autre régime que la communauté légale. Les époux ne sont jamais soumis au droit commun des obligations ou des biens s'ils se marient *sans contrat*, s'ils choisissent la séparation de biens dans un *contrat nul*, et encore moins s'ils optent pour une *communauté conventionnelle* (article 1451, *in fine* qui est une redondance de l'article 1390). Restent la séparation pure et simple ou corrigée, objets de la présente contribution.

5. La seconde fonction est « complétive ». L'article 1390 pallie les lacunes d'un contrat de mariage, soit *incomplet* dès le départ (un « régime conventionnel doit être complet et se suffire à lui-même » (7)), soit dont des clauses sont *annulées* ou *interprétées* pour incohérence avec le régime choisi (le régime doit être fonctionnel).

conventions matrimoniales », in *Chroniques notariales*, Y.-H. LELEU (éd.), vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 232, n° 74 ; Ph. DE PAGE, « La séparation des biens – Jurisprudences récentes », in *La liquidation-partage*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 214 et « Le compte des récompenses et son aléatoire règlement conventionnel », in *Patrimonium 2009*, W. PINTENS, J. DU MONGH et Ch. DECLERCK (éd.), Anvers, Intersentia, 2009, p. 217, n° 13.

(5) L'ancien article 1393 du Code civil soumettait à la communauté les futurs époux qui n'avaient pas établi de « *stipulations spéciales* qui dérogent au régime de la communauté ». Les discussions furent vives à ce sujet, ce régime étant foncièrement séparatiste. Le régime en communauté a été préféré pour le développement de la prospérité des familles, cellules économiques et de survie à l'époque, car séparer les intérêts économiques des époux faisait courir le « risque de relâcher la vie commune » (F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XXI, Bruxelles, Bruylant, 1876, p. 177, n° 149).

(6) Cela a notamment pour conséquence pratique que si des actes (de gestion) ont été accomplis, ils doivent répondre aux exigences du régime légal, sous peine de nullité. En ce sens : H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité*, X/1, Les régimes matrimoniaux, Bruxelles, Bruylant, 1949, p. 257, n° 194 ; J. RENAULD, *Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Larcier, 1971, pp. 313-314, n° 925.

(7) R.P.D.B., v° « Régimes matrimoniaux (droit interne) », n° 1436, p. 835. Dans le même sens : Cl. RENARD, « Les dispositions générales relatives aux régimes matrimoniaux », in *La réforme des*

La Cour de cassation, dans l'arrêt précité, reprend l'article 1390 *in extenso* pour affirmer que « les époux doivent nécessairement adopter un régime matrimonial » et que cela implique que « (le contrat) ne peut contenir aucune disposition contraire aux caractéristiques essentielles du régime choisi ». Si des clauses sont annulées ou interprétées, elles seront palliées par des dispositions du régime légal, ou interprétées comme en régime légal (8). C'est certainement le cas si le régime choisi est communautaire, mais également, selon nous, pour les aspects communautaires d'un régime à base séparatiste (*infra*, n° 14). La volonté des parties est en effet déterminante (article 1156 du Code civil) et le respect de la base choisie du régime est la limite de l'interprétation « comme en régime légal ».

6. Une première controverse peut être vidée : les « conventions particulières » ne sont pas seulement *le* contrat de mariage (9), mais aussi toute clause *du* contrat.

Une conséquence – rassurante – est que la clause du contrat stipulant que les actifs et les dettes seront personnels est la convention particulière qui empêchera d'appliquer toute disposition légale communautarisant ce que les époux ont séparé (par exemple, article 1405, 2, fruits des propres).

Or, en doctrine, souvent, l'article 1390 est assigné aux régimes à base communautaire, et exclu des régimes séparatistes (10). Si cette précaution vise à ne pas dénaturer la séparation de biens, elle semble inutile car cet article ne peut communautariser une séparation conventionnelle. Mais dans la pratique, cette approche encourage un certain confinement des séparatistes au droit patrimonial commun pour tout ce qui n'est pas réglé dans leur contrat ni par les articles 1466 à 1469 (11), comme s'ils étaient des « étrangers » patrimoniaux (12). Nous récusons ce terme vif. Bien au contraire, les gens mariés ont, outre le régime

droits et devoirs respectifs des époux et des régimes matrimoniaux, Liège, éd. Jeune barreau, 1977, p. 198 ; W. DELVA, « De conventionele huwelijksvermogensstelsels », *T.P.R.*, 1978, p. 505, n° 1.

(8) H. CASMAN, *Les régimes matrimoniaux*, II.2-3.

(9) En ce sens : Ch. DECLERCK, « Secundair huwelijksvermogensstelsel », in *Patrimonium 2010*, Anvers, Intersentia, 2011, p. 37, n° 58 ; Ch. DECLERCK et D. PIGNOLET, note sous Liège, 22 octobre 2008, *Act. dr. fam.*, 2010, p. 93, n° 4.

(10) Notamment : Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 53, n° 52 ; L. RAUCENT, « Régimes matrimoniaux - La réforme de 1976 », *Rép. not.*, t. V, liv. II., p. 447, n° 403. Implicitement : N. BAUGNIET, note sous Mons, 8 juin 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 755.

(11) Voy. not. W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Louvain, Universitaire Pers, 2010, p. 382, n° 702.

(12) Cette affirmation est contredite par le régime primaire et *a minima* par les articles 1466 à 1469. Voy. pourtant en ce sens : N. BAUGNIET et P. VAN DEN EYNDE, in *Trente ans après la réforme des régimes matrimoniaux*, J.-L. RENCHON et N. BAUGNIET (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 179, n° 4 ; N. BAUGNIET, note sous Liège, 22 octobre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 374 ; D. PIGNOLET, « De waardering van vergoedingsrechten en schuldvorderingen », in *Patrimonium 2010*, Anvers, Intersentia, 2011, p. 192, n° 25.

primaire, un droit commun – le régime légal – beaucoup plus adapté et efficient que le droit des obligations, des biens ou des contrats. Et comme on le verra, ce droit commun peut s'appliquer sans contredire leur volonté séparatiste.

L'exigence de cohérence du régime lue dans l'article 1390 par la Cour de cassation serait renforcée par l'ouverture de cet article aux séparatistes. En effet, leur régime matrimonial n'est ni *complet* ni *fonctionnel* si des pans de l'association patrimoniale relèvent du droit patrimonial commun sans que les époux l'aient voulu par « conventions particulières ». Il est complet et demeure fonctionnel si tous les époux bénéficient d'institutions juridiques communautaires quand ils sont confrontés à une situation communautaire, situation stipulée par contrat (par exemple, communauté légale, conventionnelle, société d'acquêts, participation aux acquêts), ou résultant de leur volonté (par exemple, acquisition indivise), ou encore produite par les circonstances (par exemple, confusions, déloyautés).

La présente problématique touche ainsi à la nécessaire égalité de traitement des couples mariés vivant des événements patrimoniaux comparables (13) quel que fut leur choix de régime (14), au besoin de répondre d'une façon équitable aux demandes juridiques des couples (15) et à l'obligation d'éviter tout déni de justice en liquidation judiciaire (16).

II. Séparation de biens communautarisée

7. L'accord semble se faire sur l'application complétive du régime légal aux sociétés d'acquêts ou aux patrimoines communs internes adjoints qui corrigent en nature la séparation de biens sans la dénaturer par une composition trop large.

On ne s'interroge guère sur la base juridique de cette application (17). Ce n'est pas l'article 1451, *in fine*, réservé aux régimes en commu-

(13) Sur les potentialités de l'approche constitutionnelle de la résolution des difficultés de définition du domaine de dispositions légales, en droit des successions : M. PUELINCX-COENE, « De constitutionalisering van het erfrecht of over het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod in het erfrecht », *N.F.M.*, 2010, pp. 160 et s.

(14) Sur la faible pertinence du *choix* du statut juridique (mariage/cohabitation) : C. FORDER et A. VERBEKE, « Geen woorden maar daden », in *Gehuwd of niet – Maakt het iets uit ?*, C. FORDER et A. VERBEKE (éd.), Anvers, Intersentia, 2005, pp. 507 et s. ; Y.-H. LELEU, « Du droit des régimes matrimoniaux au droit patrimonial du couple », *J.T.*, 2004, pp. 310 et 311 ; A. VERBEKE, « Genderongelijkheid bij zuivere scheiding van goederen. Pleidooi voor een gedwongen én onderhandelde aanpak », *T.E.P.*, 2010, p. 98.

(15) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 388-390, n° 374.

(16) N. GEELHAND DE MERXEM, « Het finaal verrekenbeding - Civielrechtelijke aspecten », in *Huwelijksvoordelen*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 246, n° 106 et p. 249, n° 112.

(17) Par exemple, Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 337, n° 260 ; Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1982 à 1996) – Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 1998, p. 337, n° 188 ; R.P.D.B., v° « Régimes matrimoniaux (droit interne) », n° 1612.

nauté. Ce ne peut donc être que l'article 1390, révélant ainsi son aptitude à dépasser la base communautaire. Ainsi sont justifiés en droit les constats traditionnels et justes de « coexistence » ou de « juxtaposition » des régimes(18) : l'article 1390 *impose* le régime légal pour le fonctionnement et la liquidation du patrimoine communautaire, sauf « conventions particulières » (licites), notamment celles contenant la base séparatiste.

8. Voilà pourquoi une société d'acquêts, tout en restant limitée, est *dissoute* comme en régime légal, et ne peut être *liquidée* par les époux pendant le régime (article 1472 et 1430 combinés à l'article 1390)(19).

9. Voilà pourquoi, sauf clause contraire, les flux entre patrimoines personnels et société d'acquêts non justifiés par les conventions relatives à la composition des patrimoines ou les comptes entre époux seront rétablis suivant les règles relatives aux *récompenses* (article 1432 à 1436). Si le contrat est lacunaire, il faut à notre avis établir un compte de récompenses(20). Une convention contraire doit être licite : on peut stipuler que les comptes seront faits suivant la théorie de l'enrichissement sans cause modalisée(21), mais plus qu'ils sont réglés au jour le jour sauf écrit contraire(22).

10. Il est licite de convenir l'*attribution inégale ou intégrale* de la communauté d'acquêts à un époux(23). En cas de décès, rien n'empêche d'appliquer par analogie la *théorie des avantages matrimoniaux*

(18) H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité*, XI/1, « Les régimes matrimoniaux », Bruxelles, Bruylant, 1949, p. 1159, n° 1404 ; Ph. PIRON, « La séparation de biens avec société d'acquêts », in *Les régimes matrimoniaux*, 4, Les régimes conventionnels - Le droit transitoire, *Rép. not.*, V/2, Bruxelles, Larcier, 2002, n° 1089 ; J. RENAULD, *Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Larcier, 1971, p. 935, n° 1669.

(19) Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 337, n° 260 et « La société d'acquêts limitée : renouveau ? », in *Liber amicorum L. Raucent*, Louvain-la-Neuve, Academia, 1992, p. 217, note 17 ; Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1982 À 1996) - Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 1998, p. 337, n° 188 ; J. RENAULD, *Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Larcier, 1971, p. 943, n° 1689. *Contra* : Ph. PIRON, « La séparation de biens avec société d'acquêts », in *Les régimes matrimoniaux*, 4, Les régimes conventionnels - Le droit transitoire, *Rép. not.*, V/2, Bruxelles, Larcier, 2002, n° 1152.

(20) Bruxelles, 30 mars 2006, *J.T.*, 2007, p. 504, note Ph. PIRON (motifs) ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 337, n° 260 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité*, XI/1, « Les régimes matrimoniaux », Bruxelles, Bruylant, 1949, p. 1153, n° 1399, 8°. *Contra* : Ph. PIRON, La séparation de biens avec société d'acquêts, in *Les régimes matrimoniaux*, 4, « Les régimes conventionnels - Le droit transitoire », *Rép. not.*, V/2, Bruxelles, Larcier, 2002, n°s 1122, 1166 et 1167.

(21) Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 338, n° 261 ; Y.-H. LELEU, « La présomption de règlement de comptes à défaut de comptes écrits », in *Le contrat de séparation de biens - Risques actuels et perspectives nouvelles*, Limal, Anthemis, 2012, n° 31, p. 125.

(22) Y.-H. LELEU, *op. cit.* Comp. Ph. PIRON, « Formulaire des régimes matrimoniaux », *Rép. not.*, V/III, 2007, p. 15, article 7.

(23) Bruxelles, 30 mars 2006, *J.T.*, 2007, p. 504, note Ph. PIRON ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité*, XI/1, « Les régimes matrimoniaux », Bruxelles, Bruylant, 1949, p. 1164, n° 1407, 7°. C'est une convention de mariage, pas un pacte successoral : Cl. RENARD, « Les dispositions générales relatives aux régimes matrimoniaux », in *La réforme des droits et devoirs respectifs des époux et des régimes matrimoniaux*, Liège, éd. Jeune barreau, 1976, p. 206.

(articles 1458, 1464 et 1465) (24). Sinon, le droit commun imposerait de qualifier cette convention au cas par cas comme une libéralité (25). Dans ce cas, la protection successorale des enfants serait limitée au seul cas où les *parents* ont choisi un régime à *base* communautaire, ce qui serait discriminatoire ou mènerait au déni de justice (26)

11. Quant à la *gestion* du patrimoine adjoint, les parties peuvent la modaliser autrement qu'en régime légal, mais en respectant l'égalité des époux et l'ordre public (articles 212, 1387 et 1388, 1451). En cas d'ambiguïté (par exemple, incohérence entre gestion et composition active/passive) ou de lacunes (par exemple, sanctions), les articles 1415 et suivants du régime légal s'appliqueront *mutatis mutandis* (*infra*, n° 18), entre parties, car la base de leur régime est séparatiste (27).

12. Passons sur la nécessité et la possibilité, évidentes à nos yeux, d'étendre la sanction du *recl* (article 1448) (28) et l'*attribution préférentielle* (article 1447) (29), pour y revenir en séparation pure et simple (*infra*, n° 21 et 22).

13. Ce qui précède est transposable à la séparation de biens communautarisée en valeur par une *participation aux acquêts*, finale ou périodique (*verrekenbeding*). Des situations communautaires sont créées par le régime (par exemple, protection de la créance par des restrictions de gestion). Elles appellent un traitement cohérent avec le régime légal,

(24) J. RENAULD, *Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Larcier, 1971, p. 943, n° 1689. Après 1976 : Ph. DE PAGE et I. DE STÉFANI, « Les avantages matrimoniaux – Aspects civils et fiscaux », *Rev. not. b.*, 2002, p. 277, n° 9, note 20 ; I. DE STÉFANI, « Clauses de preuve, de propriété et de présomption de propriété », in *Le contrat de séparation de biens - Risques actuels et perspectives nouvelles*, Limal, Anthémis, 2012, p. 86, n° 47 ; Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux : notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », in *Conjugalité et décès*, A.-C. VAN GYSEL (dir.), p. 59, n° 36.

(25) En ce sens : Cl. DECLERCK, « Secundair huwelijksvermogensstelsel », in *Patrimonium 2006*, W. PINTENS e.a. (éd.), Anvers, Intersentia, 2006, p. 127, n° 213 ; L. VOISIN, « Les avantages matrimoniaux dans les régimes de séparation de biens », in *Le statut patrimonial du conjoint survivant*, actes de la 5^e journée d'études juridiques Jean Renauld, J.-L. RENCHON et F. TAINMONT (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 368-369.

(26) N. GEELHAND DE MERXEM, « Het finaal verrekenbeding – Civielrechtelijke aspecten », in *Huwelijksvoordelen*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 246, n° 106 et p. 249, n° 112.

(27) Bruxelles, 13 mars 1984, *J.T.*, 1984, p. 534.

(28) Mons, 23 décembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 83. Comp. Ph. PIRON, « Séparation de biens avec société d'acquêts », in *Les régimes matrimoniaux*, 4, « Les régimes conventionnels - Le droit transitoire », *Rép. not.*, V/2, Bruxelles, Larcier, 2002, n° 1166, qui semble exiger une clause en ce sens.

(29) Not. H. CASMAN, « Aantekeningen bij artikel 1447 B.W. en de toewijzing bij voorrang na echtscheiding », *Rev. trim. dr. fam.*, 1990, p. 120 ; Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1982 À 1996) – Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 1998, p. 282. *Contra* : W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINKLELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Louvain, Universitaire Pers, 2010, p. 382, n° 702 ; Ph. PIRON, « La séparation de biens avec société d'acquêts », in *Les régimes matrimoniaux*, 4, « Les régimes conventionnels – Le droit transitoire », *Rép. not.*, V/2, Bruxelles, Larcier, 2002, n° 1169.

sauf dérogation licite (par exemple, exclusion de l'attribution préférentielle) (30).

III. Séparation de biens pure et simple

14. L'opinion dominante est contraire à notre proposition d'appliquer via l'article 1390 certaines dispositions du régime légal en séparation de biens pure et simple.

Elle ne peut cependant plus reposer sur la seule existence d'un contrat de mariage (*supra*, n° 6) (31). Elle perd aussi l'argument de la nécessité d'une *base* communautaire pour six raisons : 1. Seul l'article 1390 peut légitimer l'application de dispositions du régime légal quand le contrat communautarise la séparation de biens (*supra*, n° 7). 2. Sa fonction complétive suppose un contrat de mariage et il ne distingue pas entre régimes. 3. La Cour de cassation en déduit l'impossibilité de stipuler une clause contraire aux caractéristiques essentielles d'un régime *choisi* et elle ne distingue pas. 4. Il se trouve dans les dispositions générales. 5. L'article 1451, *in fine* est redondant en communauté conventionnelle. 6. Des pratiques bien établies seraient bancales sans le soutien de l'article 1390 (32).

15. Pour dépasser l'affrontement des thèses en présence et trouver une directive d'application respectueuse de la base séparatiste du régime, nous proposons, en approfondissant l'enseignement de Delva (33), d'étendre avec nuance la fonction complétive de l'article 1390.

(30) Sur l'*attribution préférentielle* : amendements de Stexhe, *Doc. parl.*, Sénat, 1975-1976, n° 683, n° 7 ; L. RAUCENT, *Les régimes matrimoniaux*, 2^e éd., Louvain-la-Neuve, Cabay, 1978, p. 449, n° 1069. Sur les *avantages matrimoniaux* : Anvers, 5 octobre 2004, *N.F.M.*, 2004, p. 268, note A. VERBEKE ; *Rev. not. b.*, 2005, p. 706, note L. VOISIN ; impl. : Anvers, 25 avril 2012, *N.F.M.*, 2012, p. 215 ; Gand, 4 octobre 2011, *T.E.P.*, 2021, p. 36, note N. GEELHAND ; R. BARBAIX et A. VERBEKE, « Finaal verrekenbeding : civielrechtelijk en fiscaalrechtelijk performant bevonden ! », *N.F.M.*, 2012, p. 209 ; H. CASMAN et R. DEKKERS, *Handboek Brugelijk Recht*, IV, « Huwelijksstelsels – Erfrecht – Giften », Anvers, Intersentia, 2010, p. 228, n° 350 ; N. GEELHAND DE MERXEM, « Het final verrekenbeding : weerlegging van een onterechte kritiek », *N.F.M.*, 2009, p. 117, n° 44.

(31) En ce sens : Ch. DECLERCK, « Secundair huwelijksvermogensstelsel », in *Patrimonium 2010*, Anvers, Intersentia, 2011, p. 37, n° 58 ; Cl. DECLERCK et D. PIGNOLET, note sous Liège, 22 octobre 2008, *Act. dr. fam.*, 2010, p. 93, n° 4 ; C. et S. MOSSELMANS, « Vereffening en verdeling in vraag gesteld », *N.F.M.*, 2012, p. 178.

(32) Mme Casman fonde sur l'article 1390 la *dissolution* du régime séparatiste par les quatre causes de l'article 1427, sans préjudice du droit de sortir d'indivision sur un bien *ut singuli* (article 1469, alinéa 1^{er}), et le fait que cette dissolution donne lieu à liquidation-partage avec possible désignation d'un notaire liquidateur (H. CASMAN, « Ontbinding van het huwelijksstelsel van scheiding van goederen », in *Patrimonium 2008*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 240, n° 10).

(33) W. DELVA, « De conventionele huwelijksvermogensstelsels », *T.P.R.*, 1978, p. 508, n° 5 et « De contractuele en de gerechtelijke scheiding van goederen », *T.P.R.*, 1978, p. 543, n° 31. Enseignement exhumé récemment par N. GEELHAND DE MERXEM, « Rareiteiten in successieplanning-land », *T.E.P.*, 2009, pp. 82-83, n°s 90-91.

Selon Delva, le régime légal régit aussi les époux dont le contrat porte un régime non-communautaire, *sauf* si son application est contraire à l'économie du régime ou à des *conventions particulières* du contrat de mariage, et il le régit *mutatis mutandis* pour être praticable.

Dans quelle mesure cette thèse diffère-t-elle de la thèse dominante liant l'article 1390 aux régimes à base communautaire ? Significativement pour deux raisons : 1. Elle repose sur un critère différent qui en recule les limites : l'application est tolérée tant qu'elle ne contrarie pas l'économie du régime matrimonial, à distinguer de la *base* du régime. 2. Elle rend praticable le régime légal dans les lacunes du régime conventionnel en préconisant une application *mutatis mutandis*, conforme surtout à son esprit (interprétation téléologique).

Cette condition liée à l'économie du régime est passée inaperçue jusqu'à ce jour. Conceptuellement, elle n'a pas moins de pertinence que la condition de liée à la base, qui n'a guère plus été approfondie pour l'article 1390 (34).

Encore faut-il que ces termes ne soient pas synonymes. La *base* d'un régime est une notion technique désignant la nature – communautaire/séparatiste – du régime au vu de ses caractéristiques essentielles. L'opinion dominante est qu'un régime conventionnel a une *base séparatiste* quand sont réunis les critères d'indépendance des patrimoines et de séparation de la gestion, et une *base communautaire* quand sont réunis les critères d'appartenance de plein droit au patrimoine commun des revenus professionnels et de qualification résiduaire commune des biens (35).

(34) En réaction à nos premières incursions dans le domaine de l'article 1390 (Y.-H. LELEU et F. DEGUEL, note sous Liège, 22 octobre 2008, R.G.D.C., 2009, p. 415), la seule argumentation contraire et bien élaborée en faveur du couplage nécessaire de l'article 1390 à la base communautaire du régime revient à Mme Declerck (not. « Secundair huwelijksvermogensstelsel », in *Patrimonium 2010*, Anvers, Intersentia, 2011, p. 37, n° 58). Elle ne nous convainc pas, car elle se recommande principalement de la volonté du législateur dont on ne trouve pas de trace dans les travaux préparatoires. Cette volonté, l'auteur la déduit aussi de l'article 1468 qui renvoie à l'article 1399, alinéas 2 et 3 du régime légal, et elle soutient que si l'article 1390 transposait au régime séparatiste les règles de preuves du régime légal, l'article 1468 n'aurait plus de sens. Cet argument n'exclut d'abord pas l'application du régime légal à d'autres problématiques que la preuve (réglée par la loi), par exemple les récompenses aux sociétés d'acquêts. Ensuite l'article 1468 serait tout au plus redondant et sans perte de sens. Au contraire, ce renvoi confirme que le droit commun de la preuve ne s'applique pas, et corrobore l'effet completif de l'article 1390 (et telle était la volonté du législateur : rapport de la sous-commission, *Doc. parl.*, Sénat, S.E. 1974, n° 683/2, p. 274). Quant aux nombreux renvois explicites au régime légal par le droit français de la séparation de biens, ils confirment la nécessité en droit belge, vu leur absence, de pratiquer l'interprétation proposée de l'article 1390 qui aboutit au même résultat fonctionnel (voy. aussi à ce sujet, *infra*, n° 24).

(35) Not. : H. CASMAN et R. DEKKERS, *Handboek Brugerlijk Recht*, IV, « Huwelijksstelsels – Erfrecht – Giften », Anvers, Intersentia, 2010, p. 194, n° 303; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, op. cit., pp. 252-253, n° 208 ; A. VERBEKE, *Le contrat de mariage de séparation de biens – Plaidoyer pour une solution équitable*, Bruxelles, Kluwer, 1997, n° 52, p. 40.

L'économie d'un régime conventionnel englobe et dépasse cette base. Elle désigne le fonctionnement global du régime, l'organisation des parties de l'ensemble qu'il constitue pour former le statut patrimonial des époux (36). Elle tend à ce que les époux aient un régime complet, fonctionnel et cohérent avec la base choisie. Si le régime n'est pas complet, en raison d'oublis ou d'ambiguïtés, les lacunes sont palliées dans le respect de cette base (article 1390 ou 1451 *in fine*). Si le choix de la base pose problème, la volonté des époux est recherchée et le contrat adapté (article 1390 ou 1451 *in fine* selon la base choisie). L'économie du régime dépend donc d'abord ce que les époux ont voulu expressément, principalement la base et ses aménagements licites, lesquels peuvent exclure le régime légal (articles 1387, 1390). Mais cela ne suffit pas à régler « toutes les questions qui se posent et pour lesquelles le législateur nous laisse dans l'inconnu » (37). L'économie du régime comprend donc aussi ce que les époux n'ont pas stipulé (expressément) mais qui s'impose à eux comme à tous ceux qui n'ont pas de contrat, pour autant que cela ne contrarie pas l'organisation globale de leur régime, celui qu'ils ont choisi, en commençant par sa base, et en complétant celle-ci dans les larges limites de leur autonomie contractuelle.

16. Concrétisons ces propos au départ du contrat séparatiste « type » répandu dans la pratique (38). Des clauses énoncent clairement que les époux séparent les patrimoines et leur gestion (base séparatiste) ; des clauses paraphrasent des textes légaux du régime primaire, du régime légal ou du régime séparatiste ; des clauses règlent la preuve de la propriété ou les comptes, etc.

Dans un tel contrat, les époux n'expriment pas leur volonté d'exclure, par exemple, l'attribution préférentielle d'un logement indivis en cas de divorce. Accorder *ex lege* (article 1390) cette faculté (articles 1446-1447) complètera leur régime matrimonial sans contredire leur volonté séparatiste (base), ni l'économie de leur régime matrimonial ; au contraire cela complètera leur contrat.

Ce contrat type est lacunaire aussi quant aux sanction de déloyautés pendant ou après le régime (abus de pouvoirs, recel) et l'est devenu quant aux comptes (*supra*, n° 9). Appliquer les solutions du régime légal, *mutatis mutandis*, ne contrarie pas non plus l'économie du régime séparatiste.

(36) *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, G. CORNU (éd.), v° « Économie » (« ordre interne, structure, organisation d'ensemble ») ; rappr. L. RAUCENT, *Les régimes matrimoniaux*, 2^e éd., Louvain-la-Neuve, Cabay, p. 414, n° 961 (« l'organisation de ses éléments »).

(37) Traduction de W. DELVA, « De contractuele en de gerechtelijke scheiding van goederen », T.P.R., 1978, p. 543, n° 31.

(38) M. GRÉGOIRE, « Formulaire commenté des régimes matrimoniaux », *Rép. not.*, VI/3, 1980, p. 112, n° 134, formule 69. Pour une critique : Ph. DE PAGE et I. DE STÉFANI (éd.), *Le contrat de séparation de biens : risques actuels et perspectives nouvelles*, Limal, Anthemis, 2012.

Bref, en régime séparatiste, nombre de situations communautaires qui ne sont pas *engendrées* par le régime choisi, mais par l'association conjugale, ne sont pas saisies par le contrat de mariage ni par la loi (articles 1387-1476). Or leur traitement comme en régime légal, imposé par la loi (article 1390), n'est pas toujours incompatible avec le fonctionnement global et cohérent de leur régime séparatiste.

17. Une conséquence de cette interprétation est l'abandon de l'idée que les époux sont soumis au *droit commun des obligations, des contrats et des biens* pour toute question non réglée par le contrat ou par les articles 1466 à 1469 (39). Ce serait normal et heureux car ils ne sont pas des « étrangers patrimoniaux » liés *a minima* par un contrat. La preuve en est que le droit commun qui leur est appliqué traditionnellement révèle, en jurisprudence, son inadaptation aux conséquences patrimoniales de la vie commune.

Répétons-le, le choix séparatiste n'interdit qu'une chose : communautariser les acquêts (encore moins les propres) et la gestion. En plus du régime primaire et dans le respect de leur contrat, tous les époux ont un statut patrimonial résiduaire : la communauté légale (40). Le choix de la base séparatiste ne peut en aucun cas les priver d'un régime complet ni en faire des époux de « second rang » (41). Grâce à l'article 1390, leur régime sera entièrement « matrimonial », communautaire tant que possible sauf convention contraire, et non plus simplement « patrimonial ». Les articles 1466 à 1469 permettent en toute cohérence, car ils ne renvoient nullement les séparatistes au « droit patrimonial commun » (42). Ce renvoi est une tradition qu'il faut abandonner tant que possible. Seulement s'ils le veulent et en connaissance de cause, les époux peuvent importer par contrat des institutions du droit commun, cohérentes avec la base de leur régime (par exemple, enrichissement sans cause modalisé, partage du logement obligatoirement en nature).

18. Delva reconnaissait les difficultés de combler par le régime légal les vides d'une séparation *pure et simple*, mais il ne les considérait pas insurmontables (43).

(39) Doctrine largement majoritaire, not. : Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 299, n° 234 ; W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Louvain, Universitaire Pers, 2010, p. 12, n° 20.

(40) Dans le même sens : H. CASMAN et R. DEKKERS, *Handboek burgerlijk recht*, IV, « Huwelijksstelsels – Erfrecht – Giften », Anvers, Intersentia, 2010, p. 228 et la note 419 ; N. GEELHAND, « Rariteiten in successieplanning-land », *T.E.P.*, 2009, pp. 82-83, n° 90-91.

(41) N. GEELHAND DE MERXEM, « Rariteiten in successieplanning-land », *T.E.P.*, 2009, p. 82, n° 89.

(42) L'article 1469, alinéa 1^{er}, renvoie à l'article 815 pour permettre, à titre d'exception à l'article 1430, de sortir d'indivision sur un bien *ut singuli* durant le régime. Ce n'est déjà plus possible pour le partage d'une société d'acquêts (*supra*, n° 8).

(43) W. DELVA, « De contractuele en de gerechtelijke scheiding van goederen », *T.P.R.*, 1978, p. 528, n° 43 et *Huwelijksvermogensstelsels*, I, « Het huwelijkscontract – Algemene beginselen », *A.P.R.*, 1956, n° 198, p. 134. Dans le même sens : H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité*, XI/1, « Les

Une adaptation technique des règles transposées sera nécessaire (*mutatis mutandis*), mais cela n'est pas interdit ni impossible le plus souvent (interprétation téléologique ou par analogie). La limite est l'économie du régime qui comprend sa base : les règles à transposer ne seront jamais celles de composition et de gestion des patrimoines en communauté (par exemple, emploi) (44). Transposer des règles du compte de récompenses pose aussi des problèmes (*infra*, n° 25-26).

IV. Propositions

19. Sans contestation jusqu'à présent, les *causes de dissolution* du régime légal sont applicables à la séparation de biens, comme la *procédure de liquidation du régime* (articles 1427 et suivants ; article 1430 ; *supra*, n° 8) (45).

20. Des auteurs ont déjà proposé de transposer, sur la base de l'article 1390, des *mesures de crises en matière de gestion*, les interdiction et substitution de pouvoirs (articles 1420, 1421 et 1426). L'article 1426, qui s'applique aux trois patrimoines en régime légal, est transposable quasi tel quel ; les autres *mutatis mutandis* (46).

21. Nous avons souvent évoqué le *recel de communauté* (article 1448). L'article 1390 justifie de l'appliquer à tous les époux. Cette sanction ne communautarise pas les patrimoines. Elle est rarement reprise dans le contrat de mariage, mais encore plus rarement exclue, à notre connaissance ou en connaissance de cause. Or elle transcende les régimes. Ne pas s'associer aux acquêts (base) n'est pas renoncer à toute sanction des fraudes dans le partage (économie). Et choisir celle du recel de communauté (47) est bien plus justifié que toute autre éventuelle de droit

régimes matrimoniaux », Bruxelles, Bruylant, 1949, p. 141, n° 56 *in fine* ; H. CASMAN et R. DEKKERS, *Handboek burgerlijk recht*, IV, « Huwelijksstelsels – Erfrecht – Giften », Anvers, Intersentia, 2010, p. 12, note 28 (comp. toutefois p. 228, note 419) ; L. RAUCENT, *Les régimes matrimoniaux*, 3^e éd., Louvain-la-Neuve, Cabay, p. 47, n° 33.

(44) Sauf en cas d'ambiguïté majeure du contrat et requalification de la base du régime choisi (*supra*, n° 5).

(45) En ce sens : W. DELVA, « De contractuele en de gerechtelijke scheiding van goederen », *T.P.R.*, 1978, p. 543, n° 31 ; J. GERLO, *Huwelijksvermogensrecht*, Bruges, die Keure, 2004, p. 308, n° 593.

(46) W. DELVA, « De contractuele en de gerechtelijke scheiding van goederen », in *Het nieuwe Belgische huwelijksvermogensrecht*, Gand, 1978, p. 388, n° 22 ; N. GEELHAND, « Rariteiten in successieplanning-land », *T.E.P.*, 2009, p. 83, n° 91 ; M. PUELINCKX-COENE, « Enkele bedenkingen bij de vele vragen rond de ontneming van bestuursbevoegdheden aan echtgenoten (art. 1426 B.W.) », *R.W.*, 1983, p. 2514, n° 2 ; A. HEYVAERT, « Het overgangsrecht », in *Het nieuwe Belgische Huwelijksvermogensrecht*, Gand, 1978, p. 443, n° 3, note 5.

(47) En ce sens, not. N. GEELHAND DE MERKEM, « Rariteiten in successieplanning-land », *T.E.P.*, 2009, p. 82, n° 88.

patrimonial (48). Sans elle, les époux manquent d'un régime matrimonial complet (49).

On pourrait en toute orthodoxie privilégier une interprétation restrictive d'une sanction civile. Certes, à condition qu'elle soit constitutionnelle. Nous pensons qu'il y aurait traitement différencié de conjoints dans des situations comparables, le choix séparatiste étant sans pertinence quant à l'exclusion d'une disposition relative à la sanction des fraudes dans le partage des biens en indivision volontaire ou présumée, ce d'autant que la loi aligne partage de communauté et partage de succession (article 1430, alinéa 4). Quand bien même ce choix objectiverait la différence de traitement, l'exclusion de toute sanction serait disproportionnée.

Ceci vaut *mutatis mutandis* pour la séparation de biens avec participation aux acquêts, communautarisée en valeur (dissimulation d'un bien du patrimoine final) (50).

22. Plus controversée est l'extension de l'*attribution préférentielle* au logement ou à l'immeuble professionnel indivis (51).

Les articles 1446 et 1447 n'exigent pas que ces biens soient communs ; seule leur localisation suscite le débat. Grâce à l'article 1390, des séparatistes pourraient s'en prévaloir comme institution du droit commun des gens mariés.

On notera déjà qu'un logement *indivis* en régime légal, pour avoir été acheté à deux pendant la cohabitation, n'est pas différent d'un logement indivis post *communautaire* au point d'en empêcher l'*attribution préférentielle*. Qu'est-ce qui le différencie d'un logement post *indivision volontaire* en séparation de biens (52) ? Il serait discriminatoire d'en refuser l'*attribution préférentielle* (53). Cette institution ne communau-

(48) Sauf convention particulière. Mais *fraus omnia corrumpit*.

(49) W. DELVA, « De conventionele huwelijksvermogensstelsels », *T.P.R.*, 1978, p. 505, n° 1 : le régime conventionnel doit stipuler les modalités de son partage sous peine d'être soumis à celles du régime légal.

(50) En ce sens, en France : A. COLOMER, *Les régimes matrimoniaux*, 12^e éd., Paris, Litec, 2004, n° 1317, note 89.

(51) En ce sens : H. CASMAN et R. DEKKERS, *Handboek burgerlijk recht*, IV, « Huwelijksstelsels - Erfrecht - Giften », Anvers, Intersentia, 2010, p. 228 et la note 419 ; M. DE CLERCQ, note sous Anvers, 12 mai 2004, *T. Not.*, 2007, pp. 18 et s. ; N. GEELHAND DE MERXEM, « Rariteiten in successieplanning-land », *T.E.P.*, 2009, p. 83, n° 91 ; Y.-H. LELEU, in *Droit patrimonial des couples*, coll. C.U.P., Y.-H. LELEU (dir.), Liège, Anthemis, 2011, p. 181, n° 112, révisant « Examen de jurisprudence (1982 à 1996) - Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 1998, p. 282, n° 130; *contra* : F. BUYSENS, « Wettelijke samenwoning : het recht is geen zaak van billijkheid », *T. Fam.*, 2009, p. 66.

(52) Dans le même sens : M. DE CLERCQ, note sous Anvers, 12 mai 2004, *T. Not.*, 2007, n° 27, pp. 28-29 ; N. GEELHAND DE MERXEM, « Rariteiten in successieplanning-land », *T.E.P.*, 2009, p. 84, n° 93

(53) Y.-H. LELEU, « L'attribution préférentielle du logement familial », in *Le logement familial*, P. DELNOY et Y.-H. LELEU (éd.), Diegem, Kluwer, 1999, p. 211 ; N. GEELHAND DE MERXEM,

tarise pas la séparation de biens. Elle est une modalité de partage, économiquement neutre, de sorte que nos propos sur la non-pertinence du choix séparatiste, sauf éclairé sur ce point précis, valent ici aussi.

Il est vrai que la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle ont refusé l'attribution préférentielle aux époux mariés sous un ancien régime conventionnel en communauté (54), mais elles voulaient encourager (de manière critiquable) une interprétation stricte de dispositions transitoires de la loi du 14 juillet 1976. Nous avons aussi soutenu à cette occasion que le choix d'un régime conventionnel n'était, sauf volonté expresse, pas pertinent quant à cette modalité de partage.

23. La *théorie des avantages matrimoniaux* (articles 1458, 1464, 1465) s'applique-t-elle aux transferts de patrimoines *mortis causa* ?

Les clauses de partage inégal de biens indivis heurtent la prohibition des pactes sur succession future et l'interdiction de modifier l'ordre légal des successions (article 1388, alinéa 1^{er}), malheureusement et à tort selon nous (55). Raisononnons donc, dans l'attente d'un assouplissement, sur les avantages matrimoniaux liés au fonctionnement du régime, par exemple l'effet translatif d'une présomption de propriété (56).

Rien n'empêche d'appliquer à la dissolution la théorie des avantages matrimoniaux, par analogie et *mutatis mutandis*. La Cour de cassation tolère l'analogie en régime communautaire pour des clauses non réglementées (57) ; la jurisprudence de fond aussi en séparation de biens avec

« Rariteiten in successieplanning-land », *T.E.P.*, 2009, p. 82, n^{os} 88-89. Sur la discrimination : M. DE CLERCQ, note sous Anvers, 12 mai 2004, *T. Not.*, 2007, n^o 27, pp. 28-29.

(54) C.A., 24 septembre 2003, *Div. act.*, 2003, p. 81, note I. DE STÉFANI, *Rev. not. b.*, 2003, p. 661, note Ph. DE PAGE et I. DE STÉFANI, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 598, note J.-L. RENCHON ; Cass., 15 mai 1998, *J.T.*, 1999, p. 106, obs. Y.-H. LELEU, *Rev. not. b.*, 1999, p. 40, R.W., 1998-1999, p. 1418, *Div. act.*, 1999, p. 70, note E. DE WILDE D'ESTMAEL, *T. Not.*, 1999, p. 309, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, 700, note Ph. DE PAGE.

(55) Avec de plus en plus d'auteurs, mais sans écho en jurisprudence, nous pensons *de lege lata* que la prohibition est limitée aux pactes sur succession de tiers ou sur une universalité de biens, pas sur un bien *ut singuli* de sa future succession (J. BAEL, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen*, Malines, Kluwer, 2006, pp. 861 et s., n^{os} 1398 et s., et p. 918, n^o 1546 ; M. PUE-LINCKX-COENE, *Erfrecht*, Malines, Kluwer, 2011, p. 441, n^o 438. Déjà en ce sens : R. DEKKERS, *Handboek Burgerlijk Recht*, cité et approuvé in H. CASMAN et R. DEKKERS, *Handboek Brugerlijk Recht*, IV, « Huwelijksstelsels - Erfrecht - Giften », Anvers, Intersentia, 2010, p. 340, note 43 ; *adde* : Y.-H. LELEU, « Des clauses d'accroissement et de tontine plus solides que le couple. », in *Famille sur mesure*, Fédération royale du notariat belge (éd.), Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 297, n^o 4.

(56) H. CASMAN, « Op zoek naar de draad van Ariadne in de doolhof van huwelijksvoordelen – of zouden het aanwinstvoordelen moeten zijn ? », in *Liber amicorum Miekien Puelinckx-Coene*, Malines, Kluwer, 2006, p. 97, n^o 38 ; I. DE STÉFANI, « Clauses de preuve, de propriété et de présomption de propriété », in *Le contrat de séparation de biens – Risques actuels et perspectives nouvelles*, Limal, Anthemis, 2012, p. 79, n^o 39 ; Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux – Notion – Clauses dissymétriques – Impact fiscal », in *Conjugalité et décès*, A.-C. VAN GYSEL (éd.), Limal, Anthemis, 2011, n^o 34, p. 56.

(57) Cass., 10 décembre 2010, *J.T.*, 2011, p. 92, note Y.-H. LELEU et N. GEELHAND DE MERXEM, R.W., 2010-2011, p. 1436, note A. VERBEKE et R. BARBAIX, *Rev. not. b.*, 2011, p. 428, note S. LOUIS, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 115, note V. DEHALLEUX, *T.fam.*, 137, note F. BUYSSENS ; Civ. Nivelles,

participation aux acquêts. En séparation pure et simple, l'article 1390 le justifie en droit. C'est que la théorie des avantages matrimoniaux ne communautarise en rien le régime séparatiste et respecte son économie. Elle renforce les droits du survivant sur les acquêts contre les éventuelles prétentions des enfants (58), et la notion d'acquêts transcende les régimes.

Refuser cette transposition conduit à une analyse au cas par cas de la nature libérale ou onéreuse du transfert de biens (*supra*, n° 10, note 465), alors que ces clauses ne portent jamais des libéralités au sens strict (59). Tant la sécurité juridique que l'égalité de traitement des enfants et/ou des conjoints survivants en pâtiraient.

24. Pour ce qui concerne la transposition aux créances entre époux séparatistes des règles relatives aux *récompenses*, distinguons évaluation et causes.

L'évaluation des créances par application *mutatis mutandis* des règles de l'article 1435 qui permet de réévaluer les récompenses a déjà été pratiquée par la jurisprudence par le biais de la revalorisation de la créance d'enrichissement sans cause, non sans critiques (60). Nous y sommes favorables pour les créances résultant d'investissements dans un bien dont la valeur fluctue (61).

6 janvier 2010, *J.T.*, 2012, p. 219, note Y.-H. LELEU. Dans le même sens, outre les annotateurs précités : M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht*, Malines, Kluwer, 2011, pp. 444-445, n° 439 ; A. VERBEKE, « Algemeen kader der huwelijksvoordelen », in *Huwelijksvoordelen*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 12, n° 21. *Contra* : I. DE STÉFANI, « Clauses de preuve, de propriété et de présomption de propriété », in *Le contrat de séparation de biens - Risques actuels et perspectives nouvelles*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 79-85. L'auteur ajoute à un long argumentaire un curieux déni du droit à la critique d'arrêts de la Cour de cassation pour leur formulation ou leurs omissions éventuelles (note 64). Elle éclipse le respect de l'égalité et la raison d'être de la loi comme fondement de l'interprétation téléologique en cas de lacune (*id est* la protection pondérée des conjoints et des enfants dans les transferts d'acquêts et de propres). Or lacune il y a en cas d'appel à la réserve, et il y aura déni de justice et/ou inégalité de traitement si le juge ne pratique pas l'analogie.

(58) Pour une critique J.-L. RENCHON, « "Pirates en vue"... Pirates, les enfants à la succession de leur père ou de leur mère ? », in *Liber amicorum W. Pintens*, Anvers, Intersentia, 2012, pp. 1169 et s.

(59) H. CASMAN et R. DEKKERS, *Handboek burgerlijk recht*, IV, « Huwelijksstelsels - Erfrecht - Giften », Anvers, Intersentia, 2010, p. 228, note 421 (interdiction/inutilité de prouver *l'animus donandi* ; l'action en réduction possible ne constitue pas la clause en donation). *Contra* : I. DE STÉFANI, « Clauses de preuve, de propriété et de présomption de propriété », in *Le contrat de séparation de biens - Risques actuels et perspectives nouvelles*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 78-79, n° 37.

(60) Liège, 22 octobre 2008, *R.G.D.C.*, 2009, p. 415, note Y.-H. LELEU et F. DEGUEL, *Act. dr. fam.*, 2010, p. 89, note Ch. DECLERCK et D. PIGNOLET, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 366, note N. BAUGNIET, *Not. Fisc. M.*, 2010, p. 231, note Ch. DECLERCK.

(61) Dans le même sens : H. CASMAN et R. DEKKERS, *Handboek burgerlijk recht*, IV, « Huwelijksstelsels - Erfrecht - Giften », Anvers, Intersentia, 2010, p. 228 et la note 419 et p. 224, n° 347, note 406, qui révisé une position antérieure (« Ontbinding van het huwelijksstelsel van scheiding van goederen », in *Patrimonium 2008*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 240, n° 10, p. 244, note 15) ; Y.-H. LELEU et F. DEGUEL, note précitée ; J.-L. RENCHON, « L'activité notariale et le droit du couple : une révolution permanente ? », *Rev. not. b.*, 2011, pp. 704-705, n° 13. Dans le même sens sur le principe de la réévaluation, non sur le montant : N. BAUGNIET, note précitée, pp. 384-385 ; Ph. DE

La cour de cassation vient d'approuver la réévaluation dans une espèce où la dette était née après la dissolution du régime de séparation de biens et non pendant le mariage. Dans son arrêt du 27 septembre 2012 (62), la Cour considère que si un ex-époux investit des fonds personnels dans un bien indivis pendant la liquidation de son régime de séparation de biens, et si une créance lui est reconnue sur la base de la théorie de l'enrichissement sans cause, cette créance est une créance de *valeur* et non de somme, à laquelle ne s'applique pas l'article 1895 du Code civil. En conséquence, elle rejette un moyen (curieusement) pris des articles 1466 à 1469, et aussi de l'article 1895, contre un arrêt inédit de la cour d'appel du 8 novembre 2010 qui avait ordonné la réévaluation du financement par fonds propres compte tenu du prix de vente obtenu pour le bien indivis. Un attendu de portée générale (« *l'enrichissement sans cause est une créance de valeur...* ») pourrait indiquer que la Cour soutient l'opinion majoritaire selon laquelle le droit commun du régime séparatiste est le droit des obligations. On ne peut toutefois en être certain puisque la dette était née en l'espèce après la dissolution du régime séparatiste, et donc incontestablement sous l'empire du droit commun de l'indivision et des obligations. Seule une meilleure saisine de la cour, dans l'hypothèse où la dette naît pendant le mariage et par un moyen pris de l'article 1895 et/ou de l'article 1390 combiné aux articles 1466 et 1469 permettrait de savoir si la Cour confirme que le droit des obligations et non le régime légal est le droit commun de la séparation pure et simple pour l'évaluation des créances.

Quoi qu'il en soit, le résultat économique de l'évaluation des créances *de in rem verso* en séparation de biens est désormais identique à celui de l'application de l'article 1435 du Code civil (63). Il pourrait, de notre point de vue, aussi être atteint via l'article 1390 du Code civil.

Évaluer la créance « à la manière » d'une récompense, comme en régime légal, sur la base de l'article 1390 si le contrat ne prévoit rien (d'autre), n'est pas contraire à l'économie de la séparation pure et simple. Si un séparatiste est créancier de son époux, rien ne justifie l'évaluation de sa créance l'appauvrisse ou l'enrichisse plus ou autrement que celle d'un communautariste.

PAGE, « La séparation des biens - Jurisprudences récentes », in *La liquidation-partage*, A. DELIÈGE *e.a.*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 220 et les références citées à une doctrine autorisée en droit des obligations. *Contra* : Ch. DECLERCK et D. PIGNOLET, note précité, p. 92 ; Ch. DECLERCK, note précitée, p. 235 ; D. PIGNOLET et A. MAELFAIT, « L'évaluation des créances et des récompenses dans les régimes matrimoniaux », in *Liber amicorum W. Pintens*, Anvers, Intersentia, 2012, p. 1127 et s.

(62) *J.T.*, 2012, note Y.-H. LELEU, à paraître.

(63) Pour plus de détails, notamment sur les critiques doctrinales de l'ampleur de la réévaluation préconisée : notre note précitée, n° 9.

Nous pensons même que c'est l'évaluation nominale des créances en séparation de biens qui est l'anomalie à réparer par le législateur (64) comme l'y invite à présent la Cour de cassation. En France, la Cour de cassation l'avait aussi fait sur législation comparable (65) et le législateur l'a entériné trois ans plus tard (renvoi aux récompenses, article 1543 du Code civil français) (66). La thèse qui recommande en séparation de biens l'application du droit commun du nominalisme peut et doit être abandonnée *de lege lata* (67). Le droit commun des gens mariés est le régime légal, ici l'article 1435 appliqué *mutatis mutandis*.

25. Quant à étendre les *causes de récompenses* (articles 1432-1434), nous serons nettement plus réservés (68), à regret car ce serait la fin de la relégation des époux séparatistes à l'usage d'un quasi-contrat non conçu pour l'association conjugale et trop diversement compris en pratique.

Un regret ravivé par la Cour de cassation qui reconnaît à tous les époux un droit impératif à établir un compte si des événements – pas le régime ! – ont causé des déséquilibres entre leurs patrimoines (*supra*, n° 9). Or de très nombreux contrats séparatistes contiennent une convention (particulière) illicite qui les empêche d'établir un tel compte (69). Ils

(64) « Pas de valorisme sans texte », écrivait FLOUR (« Pot pourri autour d'un arrêt », *Rép. Defrénois*, 1975, n° 30854, 186), tel est bien le principe (Y.-H. LELEU, « De waarderung van reservataire schuldvorderingen », in *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, W. PINTENS et B. VAN DER MEERSCH (éd.), Anvers, Maklu, 1993, p. 210, n° 118). Mais la Cour de cassation française n'a pas entendu cet enseignement (*infra*, note suivante) et la question est notamment de savoir si un tel « texte » ne serait pas notamment l'article 1390.

(65) Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 26 octobre 1982, *J.C.P.*, 1983, II, n° 19992, note F. TERRÉ, *Rép. Defrénois*, 1983, n° 3033, obs. G. CHAMPENOIS.

(66) La même anomalie existe en *communauté* pour l'évaluation des *créances entre époux* (article 1450). On les évalue au nominal sans se rendre compte que la loi n'impose pas l'application de l'article 1895. L'article 1450 précise certes que les créances peuvent être exercées pendant le mariage, mais cela n'empêche pas une évaluation valoriste quand le paiement est exigé. La preuve en est qu'en France l'exigibilité des créances n'est pas reportée à la dissolution, et que néanmoins la loi les rend valoristes (article 1479 du Code civil français).

(67) Certains auteurs tirent de la situation légistique française un argument pour maintenir *a contrario* l'application restrictive de l'article 1435 (Ch. DECLERCK et D. PIGNOLET, note précitée, *Act. dr. fam.*, 2010, p. 93, n° 4). C'est sans tenir compte du fait que pour certains auteurs, et maintenant aussi pour notre Cour de cassation la dette de restitution *de in rem verso* est déjà une dette de valeur, à l'instar des dettes de réparation de préjudice. C'est surtout sans tenir compte du fait que les modifications législatives françaises (1985) n'ont fait qu'entériner la jurisprudence précitée de la Cour de cassation qui préconisa une évaluation valoriste (au jour de la demande en divorce) de l'appauvrissement (Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 26 octobre 1982, précité ; les auteurs citent une jurisprudence antérieure à l'appui de leur thèse : Cass. fr., 13 janvier 1981, *Bull.*, I, n° 12). La cour d'appel de Liège, dans son arrêt précité du 22 octobre 2008 n'a rien fait d'autre, mais dans une hypothèse d'investissement immobilier et non de collaboration professionnelle excessive comme à la Cour de cassation de France.

(68) Tous les auteurs sont en ce sens, à commencer par les anciens : H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité*, XI/1, « Les régimes matrimoniaux », Bruxelles, Bruylant, 1949, p. 1151, n° 1399 ; J. RENAULT, *Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Larcier, 1971, p. 906, n° 1609.

(69) Pour une démonstration de l'inefficacité de la clause type à cet égard : Y.-H. LELEU, « La présomption de règlement de comptes à défaut de comptes écrits », in *Le contrat de séparation de biens – Risques actuels et perspectives nouvelles*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 97-102, n°s 11-14.

présentent donc presque tous une lacune qu'il faudrait combler par le régime légal à titre de droit commun si l'on veut respecter l'article 1390. Catégoriser ces transferts patrimoniaux *mutatis mutandis* comme les causes des récompenses faciliterait les comptes car il ne faudrait plus de preuve d'une cause juridique de restitution. Mais une transposition trop fidèle pourrait affecter l'économie du régime voire sa base.

La principale raison qui nous fait renoncer à plaider l'application *mutatis mutandis* des causes de récompenses n'est pas le seul fait que les récompenses font intervenir la communauté comme patrimoine de transit obligé, car dans les rapports entre époux, au final, une récompense est une créance. La communauté n'a en effet aucune personnalité juridique et ne diffère pas d'un patrimoine indivis pour la présente problématique.

Cette raison est plutôt le lien entre les récompenses et la présomption de communauté (articles 1405, 4°, et 1408, 7°), consubstantielle au régime légal et contraire à l'économie d'une séparation de biens. C'est notamment grâce à la qualification commune résiduaire que le demandeur de récompenses est dispensé de prouver l'origine commune des fonds investis dans le patrimoine propre de son conjoint, ou de prouver le profit rencontré par le patrimoine commun en cas d'injection d'argent propre (70). Ainsi les récompenses préservent, en fait et efficacement, l'intégrité des trois patrimoines constitutifs du régime en communauté. Or la présomption de communauté de tout bien est une règle de qualification et non de preuve comme la présomption d'indivision des meubles en séparation de biens (article 1468, alinéa 2). Voilà pourquoi une « récompense » ne peut pas être réclamée en séparation de biens par le seul fait, matériel, que des fonds présumés indivis ont été investis dans un patrimoine propre. De tels fonds ne sont en effet pas *qualifiés* indivis sauf preuve contraire, mais propres s'ils constituent des économies sur revenus (articles 217 et 1466). Et un investissement de biens propres dans d'autres propres ne peut donner par principe matière à créance. Il ne l'exclut cependant pas, mais en fonction des circonstances (par exemple, investissement disproportionné d'économies dans le patrimoine propre du conjoint).

Accessoirement les causes de récompenses sont imprégnées de la distinction propres-acquêts, plus communautaire que séparatiste. Cette distinction n'est pas consubstantielle à la communauté, mais transcendante, comme le montre la jurisprudence qui l'utilise parfois pour

(70) Rappr. Cass., 21 janvier 2011, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 62 ; R.A.B.G., 2011, p. 946, note A. RENIERS ; Cass., 18 mars 2011, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 65, note D. PIGNOLET, *J.T.*, 2011, p. 725, note I. SCHUERMANS et A. VERBEKE, *Rev. not. b.*, 2011, p. 887, note Y.-H. LELEU et J. LARUELLE, *T. Fam.*, 2011, p. 193, note K. BOONE.

examiner un enrichissement en séparation pure et simple (71). Néanmoins les séparatistes ont clairement refusé de communautariser leurs revenus et leurs acquêts *sans décision ad hoc*. Ils conservent donc le droit de le faire ou pas (article 217), si bien qu'on ne peut octroyer automatiquement une créance pour *chaque* transfert entre propres (par origine ou libéralité) et acquêts (au sens générique) ou réciproquement.

Nous resterons sur ce regret car, dans l'état actuel de la jurisprudence, l'alternative aux récompenses pour les séparatistes est le droit commun de l'enrichissement sans cause, ses aléas et ses risques de spoliations (72). Des causes factices rencontrées en jurisprudence le vident de toute substance (73), violent le droit impératif aux comptes, et communautarisent la séparation plus que la communauté (74). Cela n'est pas non plus conforme à l'économie ni à la base du régime.

Il reste à inviter tous les candidats séparatistes à répondre à l'appel de l'article 1390 à rédiger un vrai régime matrimonial, complet et fonctionnel, avec des règles de composition des patrimoines, des règles de gestion, un règlement des comptes et des directives de liquidation et de partage des biens (75).

(71) Gand, 27 mai 2004, R.G.D.C., 2006, p. 72, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 319 (somm.) ; A. NOTTET, « Le droit patrimonial des couples », *Chron. not.*, 2008, vol. 48, p. 257, n° 91 et p. 263, n° 96 ; Y.-H. LELEU, « Liquidation des créances et récompenses au titre d'investissements immobiliers », in *Le droit patrimonial de la famille sans préjugés*, H. CASMAN, Y.-H. LELEU et A. VERBEKE (éds.), Malines, Kluwer, 2002, pp. 49-50, n° 10.

(72) Ph. DE PAGE, « Un nouveau modèle de contrat de séparation de biens pure et simple », in *Le contrat de séparation de biens - Risques actuels et perspectives nouvelles*, Limal, Anthemis, 2012, p. 168, n° 2.

(73) Liège, 24 janvier 2012, *J.L.M.B.*, 2012, p. 743, note F. DEGUEL (spéc. pp. 746-747).

(74) La cause serait la présomption de règlement de comptes au jour le jour : Mons, 8 juin 2010, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 17, *Rev. not. b.*, 2011, p. 352, note (critique) F. DEGUEL, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 747, note (approbative) N. BAUGNIET. Pour plus de détails : Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage : entre conventions et controverses », in *Le défi du notaire*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 87-88, n° 9.

(75) W. DELVA, « De conventionele huwelijksvermogensstelsels », *T.P.R.*, 1978, p. 505, n° 1.