

Le droit des régimes matrimoniaux devant la Cour constitutionnelle¹

Yves-Henri LELEU

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

Avocat au barreau de Liège

Introduction

1. La Cour d'arbitrage et la Cour constitutionnelle sont intervenues à plusieurs reprises depuis 1999 dans la matière des régimes matrimoniaux. Nous comprenons cette matière au sens strict dans la présente contribution et excluons les questions successorales, sauf à la marge en ce qui concerne la protection des enfants contre les avantages matrimoniaux excessifs.

La plupart des arrêts rendus en droit des régimes matrimoniaux corrigent l'étroitesse du champ d'application d'une règle. Ils accordent ou refusent aux époux requérants une extension de la protection par le régime matrimonial alors que la loi les en privait.

On n'en dégage pas une politique ni une ligne directrice, plutôt une contribution à l'affinement technique d'une loi qui a subi très peu d'amendements depuis sa naissance le 14 juillet 1976, dans une autre perspective normative et méthodologique que celle de l'ordre judiciaire. Ce n'est pas que la Cour constitutionnelle délaisse la cohérence de sa jurisprudence, mais plutôt qu'elle n'entend pas imprimer à la matière une poussée à la réforme dans un sens qu'elle indiquerait, comme en droit de la filiation.

Nous rencontrerons donc des arrêts qui résolvent des différences de traitement techniques, que le législateur a corrigées ou non, que la Cour de cassation valide ou pas.

2. Une idée traverse néanmoins quelques arrêts commentés de la Cour, ceux où les catégories à comparer se distinguent par le critère du « choix contractuel », ici la conclusion d'un contrat de mariage portant un choix de régime matrimonial.

¹ Cette contribution est une mise à jour du texte publié par l'auteur dans l'ouvrage suivant : N. MASSAGER et J. SOSSON (dir.), *Cour constitutionnelle et droit familial*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 191-234.

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

De manière constante à ce jour, la Cour constitutionnelle renvoie les époux à leur choix, qu'il ait eu pour objet d'exclure le régime légal par une séparation de biens (art. 1447 du Code civil) ou pour conséquence d'exclure le droit nouveau des régimes matrimoniaux par un régime contractuel antérieur à 1976 (art. 1435 du Code civil).

Dans le plus récent arrêt de cette catégorie, relatif aux droits successoraux du conjoint en présence d'une indivision en séparation pure et simple (art. 745*bis* du Code civil), la Cour évoque pour la seconde fois le devoir de conseil du notaire instrumentant le contrat de mariage, d'une manière surabondante au point de permettre d'en inférer que le critère contractuel ne serait, à l'avenir, peut-être plus une justification absolue des différences de traitement, ou ne le serait que dans la mesure où les époux ont été ou ont pu être avertis des droits ou de la protection liés à leur choix, et ne le serait peut-être plus lorsqu'il n'est pas raisonnablement possible de considérer que les époux ont inclus la règle dont ils se sont privés dans leur champ contractuel.

La Cour n'est pas diserte sur la nature et le contenu du « choix contractuel » qui justifie une différence de traitement entre époux. Nous doutons en effet de la pertinence de ce choix pour en faire dépendre la réglementation de situations de la vie commune qui se produisent dans tous les couples et qui n'ont guère de liens avec ce choix. Le droit patrimonial des couples, à notre avis, doit régir les situations liées à la vie en couple selon une méthodologie non spécifiquement liée au statut².

3. Notre contribution suit l'ordonnancement des dispositions traitées par la Cour constitutionnelle, en commençant par le régime matrimonial primaire, pour terminer par deux dispositions relatives aux effets du divorce. Les approfondissements de l'analyse du critère contractuel sont principalement logés dans les développements relatifs à l'attribution préférentielle et au droit successoral du conjoint.

² Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 23-26, n° 5.

Section 1

Logement principal de la famille – Article 215 du Code civil

C. const., 12 mai 2011 – Obligations découlant de l'article 215, § 2, du Code civil à l'épreuve du droit au logement décent – Non-violation

§ 1. Analyse de l'arrêt

4. La question préjudicielle concernait les obligations découlant du bail sur le logement familial lorsqu'il est signé par un seul ou par les deux époux.

Elle visait à déterminer si l'article 215, § 2, du Code civil viole les articles 10, 11 et 23 de la Constitution dans la mesure où lorsque les *deux époux* ont signé un bail d'habitation, l'époux qui quitte volontairement ou doit quitter le logement familial est tenu, après le divorce, de respecter à l'égard du bailleur les obligations découlant du bail, alors que lorsque *seul un des deux époux* a signé un tel contrat, l'autre époux qui quitte ou doit quitter l'habitation familiale, bien qu'il ait été colocataire légal sur la base de la disposition en cause, n'a, après le divorce, plus d'obligations vis-à-vis du bailleur.

5. En l'espèce, deux époux avaient conclu ensemble un contrat de bail. L'un d'eux avait quitté le logement. Suite au divorce, les bailleurs avaient demandé la condamnation des deux au paiement d'arriérés de loyer, aux frais de relocation et aux dégâts locatifs.

Selon le juge de paix, il convient, en cas de divorce, de distinguer la situation dans laquelle le bail a été signé par les deux époux de celle dans laquelle le bail n'a été signé que par l'un d'eux. Dans le premier cas, les deux époux sont en principe tenus de respecter les obligations locatives, même après le divorce. Dans le second cas, seul l'époux qui a signé le bail doit respecter les obligations, le divorce mettant fin au statut protégé du logement familial. Le juge de paix se demande alors si l'article 215, § 2, du Code civil ne fait pas naître une discrimination.

6. Par son arrêt du 12 mai 2011³, la Cour constitutionnelle constate que la différence de traitement, dès lors qu'elle porte sur les obligations locatives d'époux *divorcés*, est étrangère à l'article 215, § 2, du Code civil et n'appelle pas de réponse (B.6). La Cour relève ensuite que la formulation de la disposition en cause ainsi que les travaux préparatoires font apparaître que le législateur a uniquement voulu régler « le droit au bail » du logement principal de la famille pendant la durée du mariage, et non les obligations locatives qui incombent,

³ C. const., 12 mai 2011, A.C.C., 2011, p. 1323; *Huur*, 2011, p. 130; *Ius & Actores*, 2011, p. 165; *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 950.

après la dissolution du mariage, aux époux divorcés, selon que le bail a été conclu avec un seul ou avec les deux époux divorcés (B.5).

En revanche, la Cour considère que si la disposition en cause est interprétée en ce sens qu'elle règle également les obligations des époux *mariés*, la différence de traitement visée dans la question préjudicielle est raisonnablement justifiée eu égard aux situations essentiellement différentes dans lesquelles se trouvent les catégories visées dans la question préjudicielle (B.7.1).

En effet, selon la Cour, lorsque les *deux* époux signent un bail, chacun reste lié par ce contrat après le divorce tant qu'il n'est pas mis fin à celui-ci. L'époux qui quitte ou doit quitter l'habitation familiale est donc tenu de respecter les obligations du bail à l'égard du bailleur, tant qu'il ne s'est pas délié de ces obligations à l'égard de ce dernier (B.7.1). Lorsque, au contraire, *un des deux époux* signe un bail, l'autre devient seulement « colocataire légal » sur la base de l'article 215, § 2, et seulement pendant la durée du mariage et pour autant que le logement concerné puisse être qualifié de « logement principal de la famille ». L'époux qui n'a pas signé le bail perd, dès le divorce, le statut de colocataire légal, ce qui ne signifie pas qu'il ne serait plus tenu de respecter ses obligations locatives concernant le logement familial, pour autant, toutefois, qu'il s'agisse d'obligations se rapportant à la période au cours de laquelle les époux étaient mariés et au cours de laquelle le logement pouvait être qualifié de « logement principal de la famille » (B.7.1).

La Cour conclut dès lors que ni la formulation de la question préjudicielle ni la décision de renvoi ne permettent de déduire en quoi la disposition en cause serait incompatible avec l'article 23 de la Constitution consacrant le droit au logement décent. Dans la mesure où le juge *a quo* aurait visé le droit à un logement décent garanti par l'article 23, alinéa 3, 3°, de la Constitution, la disposition en cause ne porte en aucune manière atteinte à ce droit.

7. Sur le plan de la *technique constitutionnelle*, on note l'allusion à l'article 23 de la Constitution. L'invocation combinée des articles 10, 11 et 23 de la Constitution s'explique, selon nous, d'une part par l'habitude prise par les juridictions, au temps révolu où la Cour n'étendait pas encore son contrôle à l'ensemble du Titre II de la Constitution, de recourir à la combinaison parfois artificielle des articles 10 et 11 de la Constitution pour soumettre à la Cour le contrôle de dispositions dont elle ne pouvait pas directement connaître⁴, et, d'autre part, par l'incertitude à laquelle doivent faire face les juridictions quant à l'absence d'effet direct des droits consacrés par l'article 23 de la Constitution⁵. En l'espèce,

⁴ Voy. not. en ce sens: N. BANNEUX, « L'égalité, clé du contentieux constitutionnel? », in M. PÂQUES et J.-C. SCHOLSEM (coord.), *L'égalité: nouvelle(s) clé(s) du droit?*, CUP, vol. 73, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 35-36.

⁵ B. HUBEAU, « Le droit au logement, un droit social fondamental », *Amén.*, 1996, numéro spécial, pp. 276-286, spéc. n° 3.5.1.

le recours aux articles 10 et 11 de la Constitution semble constituer aux yeux de la Cour un détour artificiel, si bien qu'elle n'envisage que la violation éventuelle de l'article 23 de la Constitution.

§ 2. Implications

8. L'arrêt n° 70/2011 n'a pas marqué la matière. Il fait partie des arrêts d'ordre purement technique sans prospective affirmée. La réponse à la question était au demeurant évidente. Nous livrons à titre informatif l'état des controverses qui émaillent le sujet du bail protégé.

A. Baux contractés par un seul ou par deux époux

9. Certains auteurs se sont basés sur une interprétation littérale de l'article 215, § 2, pour soutenir que le bail conclu par les *deux époux* échappe à la protection légale, réservée aux baux conclus par « l'un ou l'autre des époux »⁶. Cette thèse aboutit à soumettre le bail conjoint au droit commun et, partant, aux règles de la gestion concurrente en régime de communauté si sa durée est inférieure à 9 ans (art. 1416 et 1418, 1, c, combinés).

En conséquence et paradoxalement, le bailleur pourrait adresser un congé aux deux époux dans un seul envoi, voire même à un seul d'entre eux, tandis qu'un époux commun en biens pourrait résilier seul le bail, pour autant que cet acte soit conforme à l'intérêt de la famille (art. 1415, al. 2), ne rende pas impossible l'exécution de l'obligation de cohabitation (art. 213) et ne soit pas frappé d'interdiction judiciaire (art. 1421).

10. Nous pensons au contraire qu'une interprétation *a fortiori*, fondée sur la *ratio legis* du texte, est légitime⁷. Certes, l'article 215 réduit la capacité d'exercice des époux et, à ce titre, appelle une interprétation restrictive. Mais sa raison d'être est de protéger un époux contre les effets d'un acte de nature à compromettre son droit au logement. À suivre la thèse restrictive, la protection d'un bail conjoint serait inférieure à celle d'un bail souscrit par un seul époux, et ce malgré le double engagement qui exprime une volonté d'association plus étroite quant au logement.

⁶ Not.: G. BAETEMAN, « De bescherming van de gezinswoning », *T.P.R.*, 1985, p. 395, n° 11; Civ. Bruxelles, 4 janvier 2001, *Div. Act.*, 2001, p. 34, note E. DE WILDE D'ESTMAEL.

⁷ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., p. 45, n° 22; W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 91, n° 130; L. ROUSSEAU, « Application de l'article 215, § 2, du Code civil aux baux contractés par les deux époux? », in Y.-H. LELEU (éd.), *Chron. not.*, vol. 54, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 210-211, n° 5; J.P. Westerloo, 8 janvier 2007, *Huur*, 2008, p. 83; R.W., 2008-2009, p. 1572; J.J.P., 2009, p. 46; *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 952; *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 424.

B. Droit au bail vs obligations du bail

11. Concernant l'obligation de supporter les dettes issues d'un bail *conjoint*, la Cour constitutionnelle confirme que chacun des époux pourra être poursuivi en paiement, malgré la désertion de l'habitation familiale par l'un d'entre eux et malgré leur divorce, tant que l'époux qui a quitté le logement loué ne s'est pas délié de ses obligations à l'égard du bailleur⁸. La Cour omet cependant de préciser le fondement de cette obligation.

S'il est unanimement admis que le conjoint non locataire puise dans l'article 215, § 2, un « droit » au bail, les auteurs et la jurisprudence s'affrontent concernant la base légale fondant la « solidarité passive » de celui-ci aux dettes du bail nées pendant le mariage.

12. Selon nous, la cotitularité légale du bail, protectrice des intérêts de l'époux du preneur, ne rend pas celui-ci codébiteur de toutes les charges contractuelles. La « solidarité active » instaurée par l'article 215, § 2, ne se double pas d'une « solidarité passive »⁹. Seules les demandes relatives au maintien du droit au bail doivent être dirigées contre les deux époux, pas celles relatives à l'exécution des obligations du preneur qui peuvent l'être contre lui seul.

Il reste que, parmi les obligations imposées aux preneurs par l'article 1728, certaines sont des dettes « ménagères » « non excessives » au sens de l'article 222¹⁰. Elles lient les époux solidairement sur cette base. Si le contrat a été conclu avant le mariage, la solidarité est limitée aux prestations exigibles durant celui-ci, sous réserve des tempéraments apportés à l'application de l'article 222 en cas de séparation de fait. Cela étant, une dette antérieure au mariage, propre par application de l'article 1406, peut ouvrir au créancier un droit de recours sur le patrimoine commun dans la mesure du profit retiré (art. 1411-1412).

⁸ M.-A. MASSCHELEIN, « Het koppel in het huurrecht », in *Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 44.

⁹ D'autres auteurs considèrent que l'article 215, § 2, en ce qu'il crée des droits dans le chef de l'époux non preneur, doit également se doubler de la création d'obligations corrélatives dans son chef (J.-L. RENCHON, « L'application dans le temps de l'article 215, § 2, nouveau du Code civil », note sous Ixelles (2^e canton), 4 mars 1977 et Civ. Bruxelles, 18 juin 1979, *Rev. trim. dr. fam.*, 1980, pp. 207-209, n° 5). Cette « solidarité passive » se baserait ainsi sur une idée d'équité (voy. W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *op. cit.*, p. 93, n° 133).

¹⁰ Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 18, n° 14; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, *op. cit.*, p. 47, n° 25. Pour une illustration, voy. J.P. Wavre, 16 mai 2006, *J.J.P.*, 2010, p. 325 où le juge de paix de Wavre considère que l'affectation d'un immeuble pris en location à la résidence de la famille donne aux obligations nées du bail la nature de dettes contractées pour les besoins du ménage. Par conséquent, le bailleur est autorisé à poursuivre à charge de chaque époux l'exécution des dettes locatives – et notamment celles afférentes aux dégâts locatifs. Cette solidarité ne résulte pas de l'article 215 du Code civil, mais bien de l'article 222 du même Code.

C. Incidence de la séparation de fait

13. L'article 215 est voué à s'appliquer tant que dure le mariage. Sa protection cesse (seulement) lors de la rupture du lien conjugal, par divorce ou par décès. Selon une tendance minoritaire¹¹, le régime primaire est lié à l'état de mariage et doit être appliqué jusqu'à sa dissolution ; la protection de l'article 215 du Code civil devrait, par conséquent, être accordée aux époux séparés de fait.

L'arrêt commenté de la Cour constitutionnelle s'insère dans cette tendance par la constatation que la présomption contenue dans le paragraphe 2 de l'article 215 du Code civil vaut en principe tant que le mariage dure (B.4.2). La Cour ajoute qu'«il ressort des travaux préparatoires [...] que la protection du logement principal de la famille vaut en principe aussi en cas de séparation de fait»¹².

14. Un courant majoritaire¹³ attache à juste titre plus d'importance au contexte : la protection légale ne subsiste qu'à condition que l'immeuble puisse encore être considéré comme un «logement principal de la famille», malgré la séparation. Ceci doit être vérifié *in concreto* en tenant compte principalement de la durée de la séparation de fait et de son degré d'organisation¹⁴.

Section 2

Assurances sur la vie – Articles 127-128 de la loi du 25 juin 1992

C.A., 26 mai 1999 – Violation ; C. const., 27 juillet 2011 – Violation ; vers une uniformisation du statut des prestations d'assurance-épargne

15. Les arrêts constitutionnels sur les assurances sur la vie furent les premiers de l'examen constitutionnel du droit des régimes matrimoniaux et sont encore, à nos yeux, les plus significatifs de l'intervention de la Cour en cette matière.

¹¹ Applications: Civ. Arlon, 26 novembre 2003 et Liège, 27 avril 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1209, commentés par «Incidence de la séparation de fait des époux», in Y.-H. LELEU (éd.), *Chron. not.*, vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 146, n° 1 ; Ph. DE PAGE, *op. cit.*, p. 15, n° 11 ; J.-L. RENCHON, «La jouissance du logement familial après la séparation du couple», in P. DELNOY, Y.-H. LELEU et E. VIEUJEAN (éd.), *Le logement familial*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1999, p. 148, n° 17.

¹² Voy. en ce sens, M.-A. MASSCHELEIN, *op. cit.*, p. 48.

¹³ H. CASMAN et M. VAN LOOK, *Les régimes matrimoniaux*, Malines, Kluwer, feuillets mobiles, I.4 – 5 et 6 ; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, *op. cit.*, pp. 40-41, n° 16 ; W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *op. cit.*, p. 83, n° 118.

¹⁴ Voy. par exemple Civ. Turnhout, 21 octobre 2005, *R.W.*, 2005-2006, p. 1552 ; Civ. Anvers, 26 mars 2009, *R.A.B.G.*, 2009, p. 836 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 424 (somm.), commenté par L. ROUSSEAU, «Incidence de la séparation de fait», in Y.-H. LELEU (éd.), *Chron. not.*, vol. 54, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 207, n° 3. Adde : E. LANGENAKEN, «Incidence de la séparation de fait des époux», in Y.-H. LELEU (éd.), *Chron. not.*, vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 146, n° 1.

Ils sont représentatifs d'une intervention purement technique ajustant le domaine d'une règle, devenu trop étroit compte tenu de l'évolution du marché de l'assurance-vie et privant certains époux de la protection donnée à d'autres. Le choix du statut n'est pas en cause, plutôt celui du produit d'assurance destiné à recueillir l'épargne du couple.

16. L'assurance-vie était régie par la loi du 25 juin 1992 relative au contrat d'assurance terrestre, remplacée pour la plupart de ses dispositions par la loi du 4 avril 2014. L'article 127 dispose que le bénéfice d'une assurance-vie contractée par un époux commun en biens au profit de l'autre ou à son propre profit est un *bien propre* de l'époux bénéficiaire. L'article 128 ajoute qu'une *récompense* est due au patrimoine commun si les versements effectués à titre de primes, et prélevés sur ce patrimoine, sont manifestement exagérés eu égard aux facultés de celui-ci.

Par ces dispositions spéciales, la loi de 1992 abrogea tacitement l'article 1400, 7, du Code civil qui concernait aussi l'assurance-vie individuelle¹⁵. La loi du 4 avril 2014 relative aux assurances abroge la plupart des dispositions de la loi du 25 juin 1992 mais maintient en vigueur ses articles 127 et 128, faute d'avoir réussi à concevoir un nouveau régime intégrant les acquis constitutionnels, un chantier de réforme ouvert sous la précédente législature et vraisemblablement en continuation¹⁶.

Les qualifications propres des prestations d'assurance-vie en régime de communauté étaient justifiées par le souci d'encourager la souscription de véritables assurances-vie pour assurer l'avenir financier du conjoint bénéficiaire après le décès du preneur. Or la majorité des produits d'assurance-vie recouvrent des opérations d'épargne, sans couverture réelle ou principale d'un risque-décès¹⁷. Qualifier propres des prestations d'assurance non strictement sur la vie était inéquitable en régime communautaire si celles-ci étaient financées par des revenus communs. S'il est légitime d'attribuer en propre des prestations de *prévoyance* au profit de l'époux bénéficiaire, il est inacceptable que, durant le mariage ou après sa dissolution, celui-ci s'arroge une partie de l'épargne sur les revenus du couple, au seul prétexte de sa forme assurantielle.

Une fois cette égalisation réalisée (voy. *infra*, § 1), la Cour s'est penchée sur la difficulté de concilier la thèse communautaire avec la fonction de pension complémentaire remplie par certaines assurances sur la vie : les assurances de groupe (voy. *infra*, § 2).

¹⁵ E. VIEUJEAN, « L'assurance sur la vie entre époux communs en biens », *Rev. trim. dr. fam.*, 1993, p. 15, n° 25. La Cour d'arbitrage a fait état de cette abrogation dans son arrêt du 26 mai 1999 (point B.3).

¹⁶ Voy. pour plus de détails : A. TURTELBOOM et H. CASMAN, « Geïntegreerde tekst van het voorontwerp van het wet tot hervorming van diverse bepalingen inzake het huwelijksvermogensrecht », *T.E.P.*, 2014, pp. 205-272 ; R. BARBAIX, « Individuele levensverzekeringen en aanvullende pensioenen in het nieuwe huwelijksvermogensrecht », *T.E.P.*, 2014, pp. 273-291.

¹⁷ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., p. 105, n° 86.

§ 1. Assurances sur la vie individuelles : C.A., 26 mai 1999

A. Analyse de l'arrêt

17. Par l'arrêt du 26 mai 1999¹⁸, la Cour d'arbitrage déclare inconstitutionnels les articles 127 et 128 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre, en ce qu'ils étaient applicables à *tous* les contrats régis par la loi de 1992, et notamment aux produits qui sont, en réalité, des instruments d'épargne. Il n'existe, selon la Cour, aucune raison objective de traiter ces produits différemment d'autres placements financiers. Tous doivent donc profiter à la communauté si celle-ci les a financés.

En l'espèce, une assurance solde restant dû garantissait des emprunts afférents à une exploitation agricole commune, mais le contrat instituait le mari comme bénéficiaire en cas de vie à 65 ans, les primes étant payées avec le produit commun de l'exploitation.

La Cour voit dans la qualification propre de ce capital, sans récompense à la communauté si les primes ne sont pas excessives, une discrimination injustifiée. Assez elliptique, elle stigmatise un traitement inégal des couples communs en biens selon le choix d'un produit d'épargne sous forme d'assurance ou sous une autre forme. Selon la Cour, c'est la *finalité* du contrat qui appelle la norme applicable à la qualification propre ou commune. S'il existe encore des raisons d'appliquer les articles 127 et 128 quand les époux, par *prévoyance*, assurent le décès et rien d'autre¹⁹, il faudra le plus souvent appliquer la qualification commune résiduaire de l'article 1405, 4, du Code civil quand ils envisagent une opération d'épargne.

B. Implications

18. L'arrêt du 26 mai 1999 a provoqué une commotion dans les secteurs de l'assurance sur la vie et de la liquidation-partage, qui ont vu leurs pratiques bouleversées avec de lourdes implications financières pour les titulaires et leurs conjoints.

La pratique a particulièrement scruté l'autorité relative renforcée de chose jugée de l'arrêt (art. 26 de la loi du 6 janvier 1989)²⁰. Bien que son dispositif renvoie aux faits de l'espèce et à la question préjudicielle, ses motifs sont géné-

¹⁸ C.A., 26 mai 1999, n° 54/99; *Bull. ass.*, 1999, p. 475, note Y.-H. LELEU et C. SCHUERMANS; *J.L.M.B.*, 1999, p. 1456; *Rev. not. belge*, 1999, p. 710, note; *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 691; *R.D.C.*, 1999, p. 849, note K. TERMOTE; *R.W.*, 1999-2000, p. 295; *E.J.*, 2000, p. 22, note F. BUYSENS; *T. Not.*, 2000, p. 257.

¹⁹ Voy. not. J.-Ch. ANDRÉ-DUMONT, « Qu'est-ce qu'une assurance vie? », in Ph. DE PAGE et A. CULOT (dir.), *L'assurance vie: outil de planification patrimoniale. Aspects civils et fiscaux*, coll. Patrimoines et fiscalités, Limal, Anthemis, 2010, p. 10.

²⁰ Fr. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, « La Cour d'arbitrage », *Rép. not.*, t. XIV/V – Droit public et administratif, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 108, n° 91 et les références citées.

raux et ne couvrent pas seulement l'hypothèse d'une assurance souscrite en garantie d'un emprunt commun.

19. L'on s'est rapidement entendu quant à la portée de l'arrêt sur les diverses *prestations* pouvant être issues d'un contrat d'assurance-vie :

- le *capital* perçu à l'échéance du contrat pendant le mariage est commun²¹ ;
- la *valeur de rachat* d'un contrat en cours à la dissolution du régime est commune²² ;
- les *avances* sur réserve mathématique²³ sont communes.

20. En ce qui concerne les *produits* d'assurance, les solutions sont plus discutées :

- le capital d'une *assurance-décès*²⁴ et le capital-*décès* d'une assurance-vie mixte échappent au constat d'inconstitutionnalité car ces prestations sont des opérations de prévoyance²⁵ ;
- sont communes toutes les prestations en cas de vie de contrats d'assurance sous-tendus par une volonté de *compléter des économies communes* (capital-vie de l'assurance-vie mixte²⁶, épargne-pension²⁷) ainsi que, à plus forte raison, celles issues de produits sans aléa (assurance-épargne de branche 21 ou 23)²⁸ ;
- pose encore problème l'assurance dite « *vie entière* », où l'engagement porte sur une prestation à payer le jour du décès de l'assuré à quelque moment qu'il intervienne sans possibilité de rachat d'une prime souvent

²¹ Que l'assurance ait été souscrite au profit du preneur ou de son conjoint ; sauf en cas de libéralité prouvée (art. 1399, al. 1^{er}).

²² La valeur devant être inscrite à l'actif commun est la valeur de rachat au jour du partage (art. 890 du Code civil) et non au jour de la dissolution (Cass., 5 décembre 2013, R.A.B.G., 2014, p. 1030, note A. RENIERS). *Contra* : C. DEVOET, « Assurance-vie, mariage et divorce », *Rev. not. belge*, 2002, p. 575, n° 77.

²³ Sur cette notion : B. DUBUISSON, « Les opérations sur la réserve mathématique », in J.-L. LEDOUX et L. RAUCENT (éd.), *Droit notarial de l'assurance-vie*, Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia/Bruylant, 1989, p. 129.

²⁴ Gand, 4 mars 2004, *N.J.W.*, 2004, p. 847, note G.V. (pour une des deux assurances en litige).

²⁵ J.-L. RENCHON, « La Cour d'arbitrage et le statut des assurances sur la vie dans le droit des régimes matrimoniaux », *Rev. trim. dr. fam.*, p. 9.

²⁶ Gand, 24 mars 2005, *T. Not.*, 2005, p. 481 (assurance de groupe) ; Civ. Nivelles, 24 juin 2003, *Div. Act.*, 2003, p. 137, note A.-M. BOUDART (assurance de groupe). Est notamment visée l'assurance qui vise à *reconstituer* un prêt hypothécaire commun (voy. J.-L. LEDOUX, « Assurance-vie et prêts hypothécaires », in J.-L. LEDOUX et L. RAUCENT (éd.), *Droit notarial de l'assurance-vie. Aspects patrimoniaux – Aspects fiscaux*, Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia/Bruylant, 1990, p. 170, n° 12) ; dans l'espèce soumise à la Cour d'arbitrage, il semble que l'assurance mixte visait seulement à *garantir* l'emprunt.

²⁷ J. BAEL, « Artikel 124 van de wet landverzekeringsovereenkomst in het licht van de recente rechtspraak », *T. Not.*, 2004, p. 668 ; *contra* : C. DEVOET, *op. cit.*, p. 576, n° 80.

²⁸ À tort, selon nous, E. DE WILDE D'ESTMAEL estime qu'insuffler à un tel contrat « un zeste d'aléa », par exemple en stipulant qu'en cas de décès le capital sera remboursé à concurrence de 130 %, suffit à réintégrer l'opération dans la catégorie des contrats d'assurance-vie au sens strict (E. DE WILDE D'ESTMAEL, « La disqualification d'un contrat d'assurance en un produit d'épargne : conséquences en matière de donation », *Rev. not. belge*, 2003, p. 246, n° 4).

unique et très importante. Dans une décision récente, le Service des décisions anticipées de l'Administration fiscale a considéré qu'une telle assurance-vie était « pure », protégeant le conjoint des conséquences du décès, de sorte que les articles 127 et 128 lui demeuraient applicables pour la qualification (propre) des prestations²⁹. Cette décision, d'intérêt fiscal (taxation de la totalité du capital « propre »), est critiquable car une assurance « vie entière », comme celle en cause dans la décision anticipée, est un instrument d'épargne et de planification patrimoniale³⁰.

21. L'exclusion de certains produits d'épargne du régime favorable de l'assurance-vie a été confirmée en droit successoral par un arrêt du 26 juin 2008 de la Cour constitutionnelle, censurant l'article 124 de la loi du 25 juin 1992 qui dispense de rapport et réduction les primes non « manifestement exagérées eu égard à sa situation de fortune » du preneur³¹.

Un motif de cet arrêt renforce la cohérence de la jurisprudence constitutionnelle sur les assurances-épargne : le régime de faveur accordé à l'assurance-vie se justifiait lorsque l'assurance-vie était un acte normal de prévoyance, caractérisé par le paiement de primes raisonnables, « or ce n'est plus le cas désormais. Certains produits d'assurance sont devenus d'authentiques instruments de placement financier, des avoirs d'épargne considérables étant mobilisés, avec pour effet que la part réservée qui doit être garantie aux héritiers réservataires en vertu de la loi peut être gravement affectée ».

§ 2. Assurance-groupe : C. const., 27 juillet 2011

A. Analyse de l'arrêt

22. Faut-il réserver un traitement distinct à l'assurance-groupe – dans son volet obligatoire (primes payées par l'employeur ou retenues sur le salaire) à distinguer de son volet volontaire (primes payées volontairement par l'employé) – au motif qu'elle repose sur un contrat collectif plus contraignant que l'assurance individuelle et fait office de pension complémentaire³²? L'objectif est en effet différent : grâce aux versements de l'employeur, l'employé se constitue des revenus pour sa retraite, une pension complémentaire rattachée au « second pilier » des pensions.

En raison de ces différences essentielles, mais sans se prononcer sur la qualification des prestations, la Cour de cassation, dans un arrêt du 24 janvier 2011³³,

²⁹ Décision anticipée du 26 mai 2009, n° 800.279, *Rec. gén. enr. not.*, 2010, p. 194, n° 26.196, obs. C. PRÜM.

³⁰ Y.-H. LELEU et J.-L. RENCHON, « Assurances vie et réserve héréditaire : égalité et solidarité? », *J.T.*, 2008, p. 600, n° 12, c.

³¹ Voy. P. MOREAU, « La Cour constitutionnelle et les successions », in N. MASSAGER et J. SÉSSON (dir.), *Cour constitutionnelle et droit familial*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 291 et s.

³² C. DEVOET, *Les assurances de personnes*, Limal, Anthemis, 2011, p. 577; du même auteur, « Assurance-vie, mariage et divorce », *op. cit.*, p. 578, n° 91.

³³ Cass., 24 janvier 2011, *Bull. ass.*, 2011, p. 186, note (approbative) C. DEVOET.

a refusé l'application extensive de l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 26 mai 1999 à l'assurance-groupe. Il fallait réinterroger la Cour constitutionnelle à ce sujet. Une majorité d'auteurs était cependant favorable à la transposition à l'assurance-groupe de l'acquis constitutionnel.

À nouveau, les enjeux liquidatifs et assurantiels étaient significatifs.

23. L'arrêt de la Cour constitutionnelle du 27 juillet 2011³⁴ met fin à la controverse. L'assurance-groupe, dans son volet obligatoire, est, par nature, une opération d'épargne³⁵ dont le capital dépend du patrimoine commun des époux³⁶, en sorte que les articles 127 et 128 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre qui rendent ce capital propre sont inconstitutionnels.

24. On relèvera que la question préjudicielle n'était pas adéquatement posée, dès lors qu'elle ne soumettait pas à la Cour une comparaison entre deux situations, mais la seule qualification propre du capital d'une assurance-groupe souscrite par un employeur au profit d'un époux marié en communauté.

La Cour s'est cependant estimée éclairée par les motifs de l'arrêt *a quo* pour se saisir de la question, et compare la situation d'époux titulaires d'une assurance-vie *individuelle* à celle d'époux titulaires d'une assurance *collective*.

Cette rectification de la question pour y instiller l'élément comparatif ne saurait masquer que la Cour est de plus en plus souvent interrogée pour savoir si des dispositions légales portent, en tant que telles, une discrimination, dans le but de remettre en cause la règle portée par ces dispositions. Nous approuvons cette nouvelle manière d'aborder le contentieux préjudiciel, car les comparaisons au sens strict appellent parfois des raisonnements artificiels qui empêchent de saisir certaines situations qui méritent d'être critiquées³⁷.

³⁴ C. const., 27 juillet 2011, n° 136/2011, R.W., 2011-2012, p. 202 (somm.); J.T., 2012, note Y.-H. LELEU et L. ROUSSEAU; *Not. Fisc. Maand.*, 2012, note B. SCHEERS; R.A.B.G., 2011, p. 1353, note C. HENDRICKX; *Rev. not. belge*, 2012, p. 211, note H. CASMAN; R.D.C., 2012, p. 272, note C. DEVOET; *T. Fam.*, 2012, p. 19, note U. CERULUS; *T. Not.*, 2011, p. 595, note J. DU MONGH.

³⁵ Voy. le considérant B.8.1 de l'arrêt. Dans le même sens, not. R. BARBAIX et N. CARETTE, « Verzekeringen in het familiaal vermogensrecht », in A. VERBEKE, Ch. DECLERCK et J. DU MONGH (éd.), *Familiaal vermogensrecht*, Bruges, die Keure, 2013, p. 37, n° 59; *contra*: C. DEVOET, « Pensions complémentaires et régimes matrimoniaux », *Rec. gén. enr. not.*, 2012, n° 26.366, pp. 118-120, n°s 79 à 87.

³⁶ La Cour précise que l'assurance-groupe fait partie de la *rémunération* de l'époux bénéficiaire, puisqu'il s'agit d'un avantage perçu dans le cadre de son contrat de travail. Il en résulte que les prestations d'assurance-groupe font partie du patrimoine commun au même titre que n'importe quel autre revenu professionnel, en vertu de l'article 1405, 1, du Code civil. Déjà en ce sens: J. GRILLET, « De belastbaarheid van levensverzekeringen en aanverwante financiële producten (o.m. verzekeringen tak 21 en tak 23) in het successierecht (art. 8 W. Succ.) », *T. Not.*, 2006, p. 575, n° 20.

³⁷ Y.-H. LELEU et L. ROUSSEAU, « Les prestations d'assurance groupe en régime de communauté: une épargne commune. Réflexions sur l'arrêt Cour const., n° 136/2011 du 27 juillet 2011 », *J.T.*, 2012, p. 152. En ce sens, en ce qui concerne la jurisprudence constitutionnelle en matière de filiation: A. RASSON-ROLAND et J. SOSSON, « Coups de tonnerre constitutionnels dans la filiation: l'article 318 du Code civil dans la tourmente... », *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, pp. 596-597, n° 9.

B. Implications

25. La cohérence est presque parfaite entre les assurances individuelles et les assurances collectives : dans les deux cas, les opérations d'épargne (ce qui est, selon la Cour constitutionnelle, toujours le cas des assurances-groupe – B.8.1) demeurent régies par le droit commun des régimes matrimoniaux.

26. La mise en œuvre de l'arrêt du 27 juillet 2011 est délicate en raison d'autres spécificités de l'assurance-groupe obligatoire, notamment l'absence de faculté de rachat pour la plupart des contrats et leur sort en cas de succession d'employeurs :

- ou bien les époux optent pour une *liquidation immédiate inter partes* des droits issus du contrat, mais doivent inclure dans la valeur partagée les latences fiscales ou sociales, ainsi que l'éventualité actuarielle d'un décès de l'assuré avant l'échéance³⁸ ;
- ou bien, comme semble s'orienter la jurisprudence récente, moyennant garanties³⁹, ils conviennent d'un paiement différé des droits issus du contrat à l'échéance de celui-ci. Ces droits porteront uniquement sur la partie du capital nourrie de primes supportées (indirectement) par le patrimoine commun pendant le mariage⁴⁰.

27. La discussion risque de rebondir *de lege ferenda* en raison des implications socio-économiques d'une jurisprudence touchant les pensions complémentaires. Un projet de loi réformant les régimes matrimoniaux invitait le législateur à revenir largement sur la jurisprudence constitutionnelle en insérant dans le Code civil trois nouveaux articles 1405/1, 1405/2 et 1435/2 relatifs aux contrats d'assurance-vie et aux pensions complémentaires⁴¹.

Ceux-ci qualifiaient d'« acquêts » communs les prestations issues de contrats d'assurance-vie *individuels* conclus pendant le régime, tandis que pour celles issues de contrats d'assurance visant à garantir une *pension complémentaire*, la loi distinguerait entre les prestations versées durant le mariage et celles versées

³⁸ Voy. sur ces questions : F. BUYSENS et V. ALLAERTS, « Het grondwettelijk hof beslecht: het groepsverzekeringkapitaal valt in de huwgemeenschap. Praktische gevolgen: goed of slecht? », in W. PINTENS et Ch. DECLERCK (éd.), *Patrimonium 2012*, Anvers, Intersentia, 2012, pp. 163-169.

³⁹ H. CASMAN, note sous C. const., 27 juillet 2011, *Rev. not. belge*, 2012, p. 236.

⁴⁰ Civ. Namur, 2 avril 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 859 ; Civ. Namur, 7 mai 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 875 ; Civ. Brabant wallon, 2 avril 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 906 ; Civ. Anvers, 22 décembre 2011, R.A.G.B., 2012, p. 825. En ce sens, Y.-H. LELEU et L. ROUSSEAU, note précitée, p. 155 ; J.-L. RENCHON, « Actualités en droit du couple », in F. TAINMONT et J.-L. VAN BOXSTAELE (éd.), *Tapas de droit notarial*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 28. Voy. également en ancien régime de communauté réduite aux acquêts : Cass., 30 novembre 2012, *Pas.*, 2012, I, p. 2377 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 968 (somm.) confirmant Bruxelles, 16 novembre 2010, *T. Not.*, 2011, p. 499 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 879 (somm.).

⁴¹ Projet de loi visant à modifier l'article 301 du Code civil et diverses dispositions en matière de régimes matrimoniaux, et en particulier en rapport avec l'assurance-vie, les récompenses et les conséquences du divorce, *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 53-2998/001. Pour plus de détails : H. CASMAN, « La réforme du droit patrimonial de la famille telle qu'elle a été envisagée », *T.E.P.*, 2014, p. 182.

après la dissolution⁴². La loi s'écarterait de la jurisprudence constitutionnelle en s'appuyant sur la finalité de l'assurance (compléter la pension du retraité) plutôt que sur son financement (par l'employeur en complément de revenus communs). L'analogie serait faite avec les pensions de retraite que le titulaire conserve propres après le divorce (art. 1401, 3, du Code civil). À noter aussi que ce projet a envisagé une répartition, en cas de divorce, des droits de pension de retraite constitués pendant le mariage (art. 301 du Code civil).

Section 3

Revalorisation des récompenses pour financement d'un emprunt propre – Article 1435 du Code civil

C. const., 16 septembre 2010 – Applicabilité de l'article 1435 à une charge financière liée à l'existence d'un bien propre – Violation

§ 1. Analyse de l'arrêt

28. La revalorisation des récompenses quand un bien du patrimoine débiteur est acquis, conservé ou amélioré (art. 1435 du Code civil) a fait l'objet d'une controverse : le *remboursement* par des revenus communs d'un emprunt antérieur au mariage ayant financé l'acquisition d'un bien propre génère-t-il une récompense revalorisable ? Par extension se posait la question de la revalorisation d'une récompense due en raison du *refinancement* d'un tel emprunt par un nouvel emprunt, nécessairement conjoint.

Cette controverse a été « approchée » par l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 16 septembre 2010⁴³ et « tranchée » par la Cour de cassation début 2011.

Ce duo de cours est à l'inverse de celui autour de l'attribution préférentielle (voy. *infra*, n° 34) : la Cour constitutionnelle lance un message d'inconstitutionnalité si l'interprétation *a quo*, dont la Cour de cassation a la maîtrise au fond, n'est pas élargie. À la différence du cas de l'attribution préférentielle, le choix des époux n'est pas en cause, mais l'étroitesse de la norme.

29. La Cour était interrogée sur une discrimination entre les biens acquis *avant* et *pendant* le mariage, en ce que l'article 1435 du Code civil n'autoriserait la revalorisation qu'en cas de « charge financière » supportée par la communauté relativement à un bien propre acquis *pendant* le mariage. De la synthèse des mémoires des parties, il se déduit que cette « charge financière » est un emprunt hypothécaire *remboursé* avec *des fonds communs* (A.3.1).

⁴² Pour plus de détails : R. BARBAIX, « Individuele levensverzekeringen en aanvullende pensioenen in het nieuwe huwelijksvermogensrecht », *op. cit.*, p. 273.

⁴³ *C. const.*, 16 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 340, note J. LARUELLE ; *Act. dr. fam.*, 2011, p. 4, note Ch. DECLERCK ; *R.W.*, 2010-2011, p. 1469, note A. AYDOGAN-ALTUNBAY ; *J.T.*, 2011, p. 724, note I. SCHUERMANS et A. VERBEKE ; *T. Fam.*, 2011, p. 189, note K. BOONE ; *R.A.G.B.*, 2011, p. 359.

Elle estime que la revalorisation de la récompense s'applique *sans distinction* quant au moment de l'acquisition du bien propre puisque « dans l'un et l'autre cas, le patrimoine commun se trouve *dans une situation identique*, à savoir qu'il supporte une charge financière liée à l'existence du bien propre » (B.5 et B.7).

Ces propos sont elliptiques, et pas seulement en raison de l'abstraction de la question préjudicielle. La Cour exprime-t-elle qu'elle travaille sur l'interprétation d'une norme de fond, sans aucune nécessité de comparer des catégories de citoyens? De plus, l'expression « charge financière liée à l'existence d'un bien propre » ouvre des applications potentielles de l'arrêt à d'autres hypothèses que le remboursement d'emprunt⁴⁴.

§ 2. Implications

30. Nous approuvons avec J. Laruelle la solution apportée par l'arrêt, si l'on s'en tient à la question posée en termes si généraux. L'article 1435 ne distingue pas selon que le bien de référence a été acquis avant ou après le mariage, tandis que la date d'acquisition ne justifie pas de faire une différence quant à la revalorisation, à peine de léser le patrimoine créancier. La Cour a retenu la solution consacrée en doctrine et en droit français⁴⁵.

31. Cet arrêt ne fera cependant pas date car la question masquait le réel objet des discussions en doctrine : faut-il un « lien causal direct » entre la dépense supportée par le patrimoine créancier de récompense et l'acquisition du bien? Or la problématique du lien causal se pose indépendamment du fait que le bien ait été acquis avant ou pendant le mariage, par exemple dans l'hypothèse inverse d'acquisition *en cours* de mariage d'un bien *commun* au moyen d'un emprunt *conjoint*, mais ultérieurement remboursé ou refinancé par des fonds *propres* à l'un des époux, un héritage par exemple⁴⁶. L'hypothèse la plus fréquente en pratique est toutefois celle du cas déféré à la Cour : le remboursement sur fonds *communs* d'un emprunt personnel d'un *seul des époux* contracté *avant* le mariage pour l'acquisition d'un bien *propre*.

32. Selon un premier courant doctrinal, que nous rallions, la revalorisation était exclue car les fonds communs n'avaient pas servi à acquérir le bien propre ; il n'y avait pas de lien causal (direct) entre la dépense et l'acquisition du bien ; la communauté remboursait une dette (en capital)⁴⁷.

⁴⁴ J. LARUELLE, note sous C. const., 16 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 343.

⁴⁵ Cass. fr., 5 novembre 1985, *Rec. gén. enr. not.*, 1989, p. 8 ; D., 1987, p. 26, note R. LE GUIDE ; Cass. fr., 25 mai 1992, *Bull. civ.*, 1992, I, n° 155.

⁴⁶ J. LARUELLE, note sous C. const., 16 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 344.

⁴⁷ Y.-H. LELEU, « Liquidation des créances et récompenses au titre d'investissements immobiliers », in H. CASMAN, Y.-H. LELEU et A. VERBEKE (éd.), *Le droit patrimonial de la famille sans préjugés. 1. Le droit des régimes matrimoniaux en pratique*, Malines, Kluwer, 2002, pp. 66 et s. ; W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *op. cit.*, p. 306.

Un second courant doctrinal interprétait, au contraire, largement le terme «servir» de l'article 1435, alinéa 2⁴⁸, et certains auteurs considéraient la réévaluation non comme une exception au nominalisme, mais comme un mode d'évaluation équivalent ou complémentaire⁴⁹.

Bien que la Cour constitutionnelle ait répondu à la question préjudicielle en faveur de la revalorisation, ce qui pouvait alimenter la thèse de l'absence de nécessité d'un lien causal direct, les commentateurs ont relativisé la portée de l'arrêt dès lors que la Cour s'est limitée à examiner l'article 1435 sous l'angle de la temporalité retenu par le juge *a quo*. La Cour rappelle à cet égard que «lorsqu'un juge interroge la Cour sur la constitutionnalité d'une disposition dans une interprétation déterminée, la Cour répond, en règle, à la question en examinant cette disposition *dans cette interprétation*» (B.3). Cet arrêt, bien qu'offrant bon nombre de potentialités dans la présente controverse, voyait ainsi sa portée limitée à la question soumise à la Cour et ne pouvait alimenter l'une ou l'autre des thèses en présence⁵⁰.

La solution est venue de la Cour de cassation, quelques mois plus tard, sans que l'on connaisse son interaction possible avec la jurisprudence constitutionnelle fraîchement rendue. La Cour de cassation opte clairement pour l'interprétation extensive de l'article 1435 dans deux arrêts des 24 janvier 2011⁵¹ et 18 mars 2011⁵²: le lien de causalité est vérifié en cas de remboursement ou de refinancement par le patrimoine commun d'un emprunt contracté par le patrimoine propre pour l'acquisition d'un bien propre. Elle s'écarte ainsi de la lettre de l'article 1435 pour faire primer le lien économique sur le lien juridique entre le remboursement de l'emprunt et l'acquisition du bien. Cette jurisprudence rencontre un souci d'équité et de sécurité juridique, vidant une controverse technique.

33. Cette jurisprudence et la vision économique du compte de récompenses qui la sous-tend se sont affinées dans un autre arrêt de la Cour de cassation, qui retient que seuls les «remboursements effectifs» (en capital) durant le mariage de l'emprunt commun contracté en refinancement d'un emprunt propre donnent matière à récompense, à présent revalorisable⁵³.

⁴⁸ En ce sens: C. DE WULF, «De vereffening en de verdeling van het huwelijksvermogen en de nalatenschap: enige actuele problemen», *T.P.R.*, 1985, pp. 419-421; K. BOONE, «Artikel 1435», in *Comm. Pers.*, Malines, Kluwer, 2003, n° 7.

⁴⁹ Ph. DE PAGE, *op. cit.*, p. 188, n° 158.

⁵⁰ En ce sens: Ch. DECLERCK, «L'article 1435 sous la loupe de la Cour constitutionnelle», *Act. dr. fam.*, 2011, pp. 7-8, nos 9 et 10; J. LARUELLE, «Une précision constitutionnelle du domaine d'application de la revalorisation des récompenses?», *J.L.M.B.*, 2011, pp. 347-348, n° 10.

⁵¹ Cass., 24 février 2011, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 62, note D. PIGNOLET; *J.T.*, 2011, p. 729, note I. SCHUERMANS et A.-L. VERBEKE; *Pas.*, 2011, p. 648; *Rev. not. belge*, 2011, p. 881, note Y.-H. LELEU et J. LARUELLE; *T. Fam.*, 2011, p. 190, note K. BOONE; *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 654, note J.-L. RENCHON.

⁵² Cass., 18 mars 2011, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 65, note D. PIGNOLET; *J.T.*, 2011, p. 725, note I. SCHUERMANS et A.-L. VERBEKE; *Pas.*, 2011, p. 844; *Rev. not. belge*, 2011, p. 887, note Y.-H. LELEU et J. LARUELLE; *T. Fam.*, 2011, liv. 8, p. 193, note K. BOONE.

⁵³ Cass., 28 novembre 2013, *T. Not.*, 2014, p. 464; *Rev. not. belge*, 2015, p. 65, note J. LARUELLE.

En pratique, l'on veillera à attribuer dans le partage le solde restant dû au jour de la dissolution du régime entièrement au propriétaire de l'immeuble. À défaut, puisque le propriétaire ne doit récompense qu'à concurrence des remboursements effectifs de l'emprunt pendant le mariage, il s'enrichirait de la moitié du solde restant dû financée après le mariage par son ex-conjoint. Encore faut-il pour cela que les parties dérogent de commun accord à la qualification commune de la dette, visée par la Cour de cassation, et que la banque accepte la désolidarisation de l'autre conjoint⁵⁴.

Dans son commentaire de l'arrêt, J. Laruelle souligne que la Cour ne s'est pas prononcée sur la qualification du solde de l'emprunt contracté conjointement pour l'acquisition ou le refinancement du bien (une dette commune – art. 1408), ce qui peut entraîner une difficulté si le conjoint propriétaire refuse de reprendre le solde restant dû.

Dans une note très critique, J.-L. Renchon souligne à juste titre les difficultés d'application de l'arrêt, si, pris à la lettre, il impose la revalorisation de chaque « remboursement (mensuel) effectif », ainsi que sa non-cohérence avec les règles de qualification du passif⁵⁵.

Section 4

Attribution préférentielle et séparation de biens – Article 1447 du Code civil

C. const., 7 mars 2013 – Exclusion de la faculté d'attribution préférentielle – Non-violation

§ 1. Analyse de l'arrêt

34. La Cour constitutionnelle s'est prononcée sur la constitutionnalité de l'article 1447 en ce qu'il peut être invoqué par un époux marié sous un régime de la communauté légale pour un immeuble commun et non par un époux marié sous un régime de séparation de biens pour un immeuble indivis. Elle répond négativement par un raisonnement en deux temps.

D'abord, elle juge que l'attribution préférentielle organisée par article 1447, eu égard à sa place au sein du Code civil, *ne s'applique pas à un immeuble indivis en séparation de biens*, sauf stipulation contraire des époux dans leur contrat de mariage (B.2.2).

Ensuite, elle examine si cette non-application aux époux séparatistes viole le principe d'égalité. Pour elle, la différence de traitement repose sur un critère objectif: le choix opéré par les conjoints d'un régime matrimonial avec ou sans

⁵⁴ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., p. 256, n° 240.

⁵⁵ J.-L. RENCHON, note précitée, pp. 817-818.

patrimoine commun (B.4.1). Selon la Cour, octroyer un droit ou imposer une obligation à des époux mariés sous certains régimes n'est pas, en soi, discriminatoire, puisque cela résulte de l'existence même de régimes matrimoniaux distincts et du large pouvoir d'appréciation du législateur en cette matière. La Cour ajoute que les époux peuvent déroger dans leur contrat de mariage aux règles édictées, sous réserve des dispositions impératives du régime primaire (B.5). Elle considère que la séparation de biens marque la préférence des époux pour une autonomie accrue et une solidarité moindre (B.6.1). De plus, les époux séparés de biens sont réputés accepter les conséquences et risques de leur choix, car un notaire doit les signaler compte tenu de son devoir d'informations (B.6.2). Enfin, le conjoint qui souhaite acquérir le bien a toujours la possibilité de participer à la vente publique et de racheter la part de l'autre, conformément au droit commun (B.7).

La Cour conclut que le législateur – qui pourrait étendre le domaine de l'attribution préférentielle – n'a pas pris une mesure déraisonnable compte tenu de son large pouvoir d'appréciation.

§ 2. Implications

A. Le domaine de l'attribution préférentielle

35. Dès la réforme de 1976, J.-L. Renchon s'est étonné de la situation « paradoxale » qu'est la non-application de l'attribution préférentielle aux époux séparés de biens⁵⁶. Dans deux affaires de droit transitoire concernant des époux mariés en régime conventionnel de communauté avant le 28 septembre 1976 (voy. *infra*, n^{os} 49 et 51), la Cour d'appel de Gand interpréta, en motifs, les dispositions relatives à l'attribution préférentielle comme ressortissant au régime primaire, applicables à tous les époux⁵⁷.

Nous ajoutons que le régime légal est le « droit commun » des régimes matrimoniaux « à défaut de conventions particulières » (art. 1390)⁵⁸, c'est-à-dire selon nous sauf dérogation particulière *dans* le contrat de mariage. La loi elle-même autorise donc l'application de certaines règles du régime légal en régime séparatiste, même pur et simple. Une telle application se fait évidemment par analogie et *mutatis mutandis*, et trouve une limite dans le respect de l'économie du régime séparatiste⁵⁹. Au rang des dispositions applicables en séparation de

⁵⁶ J.-L. RENCHON, « L'application dans le temps des articles 1446 et 1447 nouveaux du Code civil », note sous Cass., 21 septembre 1979, *Rev. trim. dr. fam.*, 1980, p. 382.

⁵⁷ Gand, 4 novembre 1994, *A.J.T.*, 1994-1995, p. 483, note J. GERLO; Gand, 11 mars 1996, *R.W.*, 1997-1998, p. 401, note S. MOSSELMANS.

⁵⁸ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., p. 304, n^o 283.

⁵⁹ En ce sens et sur la notion d'économie du régime: N. GEELHAND, « Rariteiten in successieplanning-land », *T.E.P.*, 2009, pp. 82-83, n^{os} 90 et 91; Y.-H. LELEU, « L'article 1390 du Code civil: immanence et transcendance », in E. BEGUIN et J.-L. RENCHON (coord.), *Liber amicorum Jean-François Taymans*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 239 et s., spéc. pp. 240-243, n^{os} 3 à 6. *Contra*: Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, op. cit.,

biens, nous comptons, outre l'attribution préférentielle: le recel de communauté, la théorie des avantages matrimoniaux ou encore la revalorisation des créances sur le modèle de l'article 1435. L'article 1390 instillerait une dose d'équité dans la liquidation de ces régimes pour les (seuls) litiges qui portent sur des aspects communautaires des régimes séparatistes.

36. Ne pas appliquer l'attribution préférentielle aux époux séparatistes résulte d'une interprétation (trop) *systématique* des articles 1446 et 1447 (*a rubrica*) et non de la lettre des textes eux-mêmes⁶⁰. Dans cette interprétation systématique, les articles 1446 et 1447 ne s'appliquent qu'en cas de dissolution d'un patrimoine commun – donc aussi une communauté d'acquêts sur base séparatiste – et non d'une indivision de droit commun. Cela a comme conséquence, absurde, que l'attribution préférentielle ne s'applique pas à un logement indivis entre époux communs en biens pour la seule raison qu'il fut acheté en indivision avant le mariage (B.2.2).

L'interprétation prônée par la Cour constitutionnelle n'est qu'une des méthodes d'interprétation de la loi. Une interprétation *téléologique* permettrait de tenir compte du contact que le droit doit avoir avec la société et les évolutions de celle-ci et de permettre à la disposition interprétée de parvenir à des solutions plus équitables⁶¹. C'est l'objectif de la disposition qui importe et non sa place dans l'ordonnancement législatif⁶². À cet égard, l'attribution préférentielle d'un bien indivis est compatible avec le fondement de l'institution: la recherche d'équité et la satisfaction d'intérêts individuels et familiaux prépondérants sur le principe abstrait du partage en nature.

L'application du mécanisme de l'attribution préférentielle aux époux séparés de biens nous paraît par conséquent possible *de lege lata*, n'était le présent arrêt. Elle le sera probablement *de lege ferenda*⁶³. Entretemps, la jurisprudence entérine cette situation regrettable⁶⁴.

p. 53, n° 52. L'économie d'un régime matrimonial se distingue de sa *base* (communautaire ou séparatiste). L'économie vise ses objectifs généraux et non ses caractéristiques techniques, et permet la réunion de ce que les époux ont voulu implicitement avec ce qu'ils ont voulu expressément. En séparation de biens, la volonté expresse des époux est de s'exclure mutuellement des enrichissements de l'autre et leur volonté implicite mais certaine est de ne pas s'appauvrir. Or il est certain que des transferts de richesses peuvent s'opérer entre les patrimoines des époux, volontairement (indivisions) ou involontairement (créances), durant la vie commune. Ces transferts doivent être « démêlés » lors de la dissolution du régime. Quand on ne dispose pas de solution contractuelle ni légale dans les articles 1466 à 1469, l'article 1390 permet d'emprunter la solution du régime légal, le cas échéant adaptée à la base séparatiste du régime (*mutatis mutandis*). Cela ne méconnaîtrait ni la base ni l'économie de ce régime et donnerait tout son sens au rôle de « droit commun » du régime légal.

⁶⁰ Y.-H. LELEU, « L'attribution préférentielle du logement familial », in P. DELNOY, Y.-H. LELEU et E. VIEUJEAN (éd.), *Le logement familial*, Diegem, Kluwer, 1999, p. 211.

⁶¹ M. DE CLERCQ, « De preferentiele toewijzing: ook voor onverdeelde goederen die niet tot de gemeenschap behoorden? », *T. Not.*, 2007, p. 27, n° 23 et les références citées.

⁶² F. DEGUEL, « Attribution préférentielle et logement familial indivis », *J.T.*, 2014, p. 173, n° 6.

⁶³ A. TURTELBOOM et H. CASMAN, *op. cit.*, pp. 238 et 246.

⁶⁴ Civ. Liège, 30 juin 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 695, note J.-L. RENCHON.

B. Le critère de justification : le choix contractuel du régime matrimonial

37. Encore fallait-il affirmer, une fois l'attribution préférentielle exclue des régimes séparatistes, que cette non-applicabilité n'était pas contraire au principe d'égalité. La section législation du Conseil d'État s'était déjà interrogée, sans y répondre, sur la justification de l'application de l'article 1447, § 2 (attribution préférentielle à l'époux victime de violences conjugales), aux seuls époux mariés en régime légal⁶⁵. Pour certains auteurs, il y avait discrimination ou lacune législative⁶⁶. Pour d'autres, une différence de traitement était possible puisqu'elle résultait du choix des époux, ces derniers ayant toujours la faculté de stipuler l'attribution préférentielle dans leur contrat⁶⁷.

C'est cette dernière position que suit la Cour constitutionnelle : les époux séparés de biens ont choisi, délibérément et librement, de déroger au régime légal et accepté les conséquences de ce choix, notamment la perte du mécanisme de l'attribution préférentielle.

Cependant, à la différence des arrêts sur le droit transitoire de l'attribution préférentielle et de la revalorisation des récompenses (voy. *infra*, n^{os} 49 et 51), la Cour précise implicitement ce qu'elle entend par « choix » de nature à justifier la distinction : un choix éclairé sur les risques liés au contrat.

Alors que le raisonnement qu'elle conduisait pour aboutir au constat de non-violation ne l'y obligeait pas (*obiter dictum*), elle énonce que le devoir d'information du notaire impose à ce dernier d'attirer expressément l'attention des époux sur les « risques » de la séparation de biens :

- « le risque que l'un des deux partenaires, qui a été moins actif sur le plan professionnel en raison de la répartition des tâches du ménage et a, de ce fait, dans une moindre mesure pu constituer un patrimoine propre, se retrouve, après la dissolution du mariage, dans une situation financière délicate » ;
- « le risque de perdre, par suite de l'inapplicabilité de la disposition en cause [n.d.l.r. : art. 1446 et 1447], une garantie contre l'*abus* par un des ex-conjoints du droit de mettre le logement familial en vente publique » (B.6.2).

Ces précisions sont cruciales, même si elles n'apparaissent pas dans le dispositif. Nous les comprenons comme relativisant la portée contractuelle du choix des époux, et non comme exposant « brutalement » les époux à toutes les conséquences de leur choix. Autrement dit, si le critère du choix contractuel

⁶⁵ Projet de loi visant à l'attribution du logement familial au conjoint ou au cohabitant légal victime d'actes de violence de son partenaire, et complétant l'article 410 du Code pénal, Avis du Conseil d'État n° 32.202/4 du 14 novembre 2001, *Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, n° 1693/001, p. 14.

⁶⁶ M. DE CLERCQ, *op. cit.*, p. 28, n° 25 ; N. GEELHAND, *op. cit.*, p. 82, n° 89.

⁶⁷ F. BUYSENS, « Wettelijke samenwoning: het recht is geen zaak van billijkheid », *T. Fam.*, 2009, p. 66.

demeure important aux yeux de la Cour, c'est un choix *parfaitement éclairé* que doivent accomplir les époux.

Inversement, un choix non éclairé quant au risque de perdre la protection d'une norme communautaire pourrait ne plus justifier une différence de traitement et, partant, condamner constitutionnellement une interprétation trop étroite de la norme communautaire, ou, plus techniquement, de l'article 1390 validant l'application analogique de cette norme communautaire dans le respect de l'économie de la séparation de biens (voy. *supra*, n° 35). Moyennant ces précisions ou nuances, nous approuvons la pertinence du choix contractuel « éclairé » comme facteur d'exclusion de la protection du régime légal.

Par conséquent, nous doutons que ce critère soit pertinent pour l'exclusion de l'attribution préférentielle pour les cohabitants légaux, voire pour les partenaires non mariés, exemptés de passage devant un professionnel du droit.

L'arrêt commenté déçoit donc par sa rigueur⁶⁸, mais ne ferme pas toute perspective d'évolution de la jurisprudence constitutionnelle sur la pertinence du choix contractuel. La Cour fait d'office le lien entre les risques de préjudices liés à la vie commune, qui existent tant en séparation de biens qu'en union libre et en cohabitation légale, et le choix du statut ou d'un régime contractuel qui serait décisif dans leur prise en charge par le droit patrimonial des couples. Elle estime par ailleurs qu'il existe entre époux séparés de biens une certaine solidarité, notamment en cas de mise en indivision de lieu, et qu'il est « envisageable » de la faire prévaloir sur l'autonomie⁶⁹.

39. Nous avons approfondi la problématique du choix contractuel ou de statut, et doutons de la pertinence de ce critère pour justifier que les séparatistes ne peuvent bénéficier d'aucune protection issue du régime communautaire⁷⁰.

Le choix d'un régime séparatiste, tout comme celui de ne pas se marier, est souvent biaisé par l'amour ou mû par des considérations autres qu'une volonté claire et éclairée d'exclusion des mécanismes de protection du régime légal contre les préjudices liés à la vie commune. Nous avons relevé sept facteurs non juridiques d'un tel choix, étayés par une enquête sociologique récente⁷¹.

⁶⁸ Dans le même sens : F. DEGUEL, *op. cit.*, p. 174, n° 10.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 174, n° 10.

⁷⁰ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, *op. cit.*, p. 375, n° 346.

⁷¹ Désir de liberté dans l'engagement matrimonial, symbole d'indépendance et de revendication égalitaire, crainte d'un divorce ou des frais liés aux fêtes de mariage, apparence de protection donnée aux autres statuts du couple que le mariage, illusion de simplicité dans la relation, forces de négociation différentes, degré et qualité d'information de professionnels : Y.-H. LELEU, *Les collaborations économiques au sein des couples séparatistes. Pour une indemnisation des dommages collaboratifs envers et contre tous choix*, Montréal, Thémis, 2014, p. 62. Adde dans le même sens, mais selon des orientations diverses : R. DEKKERS et H. CASMAN, *Handboek Brugerlijk Recht*, t. IV, « Huwelijksstelsel. Erfrecht. Giften », 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2010, pp. 220-221, n° 343 ; R. BARBAIX et A. VERBEKE, *Beginselen relatievermogensrecht*, Anvers, Intersentia,

L'argument très souvent avancé selon lequel les conjoints séparatistes sont des parties contractantes comme des partenaires en affaires, qui auraient pu refuser de signer le contrat ou même de contracter mariage si l'un d'eux avait eu des réticences envers le régime séparatiste ou subi une pression, est sans pertinence, désincarné et même irrespectueux de la vie privée et familiale.

La primauté du choix et du principe « *pacta sunt servanda* » procède en effet d'une transposition aux relations familiales de principes d'un droit des contrats que le législateur lui-même a jugé, en 1804 déjà, nécessaire d'adapter pour protéger les intérêts des membres de la majorité des couples de l'époque, à savoir les couples mariés. À présent, les couples mariés deviennent minoritaires, à tout le moins les partenaires affectifs sous régime séparatiste sont majoritaires. Or le droit du patrimoine des couples doit, selon nous, accompagner tous les partenaires affectifs en quête de protection juridique si celle-ci répond à des besoins fondamentaux, en l'occurrence l'égalité et l'équité dans les rapports patrimoniaux au sein du couple, en particulier la protection contre le risque de s'appauvrir en raison de la vie de couple. Ces besoins sont rencontrés par le régime légal et non par les régimes purement séparatistes, de l'aveu de la Cour constitutionnelle s'agissant des deux risques qu'elle évoque. L'appréciation de ces besoins appartient au législateur ou au juge. Notre hypothèse à cet égard est que *l'absence de réparation des préjudices liés à la vie commune n'est en règle pas un « choix » des couples à l'aube de leur vie commune*⁷². Le droit du patrimoine des couples ne sera donc celui de tous les couples que si le législateur ou la jurisprudence s'affranchissent des contraintes liées aux choix ou aux non-choix faits par le couple en début de vie commune quand la problématique à régler n'est pas liée à ce choix ou n'a pas été envisagée lors de ce choix.

Pour revenir à l'attribution préférentielle, lors de l'acquisition d'un logement, les objectifs des époux, voire de tout couple quant au cadre de vie sont identiques : stabilité et continuité, même partielle. Ils sont la *ratio legis* de la protection des (seuls) époux (communautaires). Il serait donc légitime, sur ce point, de traiter les couples de la même façon, quitte à modaliser la charge de la preuve de l'existence d'une relation de couple méritant la protection. La Cour constitutionnelle en est consciente puisqu'elle précise qu'il ne serait pas reproché au législateur d'étendre le champ d'application de l'article 1447 au logement indivis en séparation de biens.

Dans l'attente, nous partons de l'hypothèse inverse de la Cour, et doutons que *tous* les époux séparés de biens soient conscient(isé)s le jour de la conclusion du contrat qu'ils ne pourront en aucun cas « racheter leur maison » si l'un d'eux s'y oppose de manière légitime ou abusive. L'indigence des contrats de séparation

tia, 2012, p. 244, n° 490 ; C. FORDER et A. VERBEKE, « Geen woorden maar daden algemene rechtsvergelijkende conclusies en aanbevelingen », in C. FORDER et A. VERBEKE (éd.), *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Anvers, Intersentia, 2005, pp. 489-649.

⁷² Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., n° 6, p. 24.

de biens révélés par la jurisprudence, souvent brefs et standardisés, étaye cette hypothèse. Il doit découler de ce doute sur le contenu de la volonté contractuelle prêtée à *tous* les époux séparatistes pour les priver d'attribution préférentielle, de larges possibilités pour le juge d'aménager le choix contractuel (risques économiques évoqués par la Cour), ou d'interpréter les dispositions légales *a priori* inapplicables à leur régime matrimonial, avec le secours de l'article 1390 du Code civil (risque relatif au partage en nature). Plus fondamentalement, cela obligerait la Cour à ouvrir l'attribution préférentielle au couple non marié, à tout le moins aux cohabitants légaux, car ils ne bénéficient pas d'office d'un conseil professionnel. Il est vrai que pour ces derniers, le législateur, dont la marge d'appréciation doit être respectée n'a pas stipulé que le régime légal était le droit commun sauf convention particulière contraire (art. 1390).

Pour ce qui concerne le traitement constitutionnel futur des autres poches de perméabilité du régime communautaire en séparation de biens (recel de communauté, avantages matrimoniaux, revalorisation des créances...), partir du doute sur la portée du choix contractuel est la voie à emprunter, qui réduit la pertinence de ce choix comme critère de justification, à tout le moins permet d'en affiner la notion, un processus déjà initié par les allusions de l'arrêt au conseil notarial. Une telle démarche demanderait toutefois à la Cour de mal-mener quelque peu le principe «*pacta sunt servanda*» ou la présomption de conseil professionnel complet, et présupposer ce qui raisonnablement entre ou pas dans les prévisions contractuelles des époux séparatistes, un processus divinatoire que la technique constitutionnelle devrait cependant pouvoir traduire en termes de motivation.

Section 5

Droits successoraux du conjoint survivant en séparation de biens – Article 745bis, § 1^{er}, alinéa 2, du Code civil

C. const., 24 septembre 2015 – Droit du conjoint survivant séparé de biens réduits à l'usufruit – Non-violation

§ 1. Analyse de l'arrêt

40. La Cour constitutionnelle s'est prononcée sur la constitutionnalité de l'article 745bis, § 1^{er}, alinéa 2, en ce que, en l'absence de descendants, l'époux survivant marié sous un régime de communauté légale recueille la part du défunt en *pleine propriété* tandis que ce même époux marié sous un régime de séparation de biens n'en recueillera que l'*usufruit*. Elle répond négativement à la question préjudicielle posée, par un raisonnement en deux temps.

Dans un premier temps, la Cour estime que la disposition en cause détermine les droits successoraux des conjoints survivants quel que soit leur régime matrimonial (B.1.2). Elle note toutefois qu'au vu des travaux préparatoires, la dispo-

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

sition en cause vise uniquement le *patrimoine commun*, et pas les indivisions qui peuvent exister entre les époux. Elle constate que le régime de la séparation de biens exclut l'existence d'un patrimoine commun (B.4.2). Partant, le conjoint survivant marié en régime de séparation de biens venant à la succession en présence de successibles autres que du premier ordre se trouve dans « l'impossibilité de recueillir » la pleine propriété de la part du prémourant dans un patrimoine « commun » et n'a dès lors vocation à recevoir que des droits en usufruit (B.4.3).

Dans un second temps, elle examine si cette différence de traitement viole le principe d'égalité. Par identité de motifs avec l'arrêt du 7 mars 2013 relatif à l'attribution préférentielle, la différence repose sur un critère objectif: le *choix* d'un régime matrimonial avec ou sans patrimoine commun (B.5.1). Selon la Cour, le seul fait qu'une disposition législative octroie un droit ou impose une obligation aux conjoints mariés sous certains régimes matrimoniaux seulement n'est pas en soi discriminatoire, puisque cela résulte de l'existence de régimes matrimoniaux différents et du large pouvoir d'appréciation reconnu au législateur dans cette matière. La Cour rappelle que les époux disposent toujours du droit de déroger dans leur contrat de mariage aux régimes légaux existants ou d'opter pour un régime que la loi ne prévoit pas, sous réserve des dispositions impératives du régime primaire (B.6). La Cour considère que la séparation de biens caractérise le choix des époux d'opter pour une solidarité moindre et pour une autonomie accrue, ceci ayant pour effet de réduire à un minimum les effets patrimoniaux du mariage (B.7.1). De plus, les époux séparés de biens sont *réputés déroger de leur plein gré au régime matrimonial légal et accepter les effets de ce choix*, dès lors qu'il relève du devoir d'information du notaire de signaler expressément certains de ces risques aux époux souhaitant opter pour un régime de séparation de biens, *en ce compris les conséquences successorales de ce choix*, notamment lorsqu'ils acquièrent un immeuble en indivision (B.7.2). Enfin, les époux séparés de biens acquérant ensemble un bien immobilier et souhaitant protéger l'indivisaire en cas de décès d'un des conjoints peuvent toujours prévoir une clause d'accroissement en pleine propriété ou l'attribution en pleine propriété de la part du défunt dans l'indivision moyennant une libéralité testamentaire, conformément au droit commun (B.8).

La Cour conclut donc que le législateur, eu égard à son large pouvoir d'appréciation en la matière, n'a pas pris une mesure dépourvue de justification raisonnable en ne visant pas, dans la disposition en cause, le patrimoine indivis d'époux séparés de bien (B.9).

§ 2. Implications

A. *Apport de cet arrêt à la pertinence constitutionnelle du choix contractuel*

41. Cet arrêt, qui reproduit à l'identique les motifs déjà utilisés par la Cour dans son arrêt du 7 mars 2013, ne modifie pas le poids que la Cour reconnaît au *critère du choix contractuel du régime* dans la justification de la différence de traitement, critère retenu pour la première fois dans son arrêt sur l'attribution préférentielle (voy. *supra*, n° 37).

En effet, la Cour décide à nouveau que la différence de traitement repose sur un *critère objectif*, à savoir le *choix* par les conjoints d'un régime matrimonial avec ou sans patrimoine commun. Or, la liberté contractuelle constitue selon la Cour l'une des caractéristiques les plus fondamentales du droit matrimonial secondaire, si bien que les époux qui choisissent un régime de séparation de biens sont censés, grâce au devoir d'information incombant au notaire, déroger de leur plein gré au régime matrimonial légal. Ils doivent par conséquent également être *réputés* accepter les effets de ce choix.

Cette « présomption » d'acceptation des effets et aussi des risques de la séparation de biens nous gêne toujours autant par son abstraction, mais se justifie, selon la Cour, par le devoir d'information obligatoire du notaire, lequel doit *signaler expressément certains de ces risques* aux époux optant pour un régime de séparation de biens. La Cour ajoute donc à ce panel de risques les « conséquences successorales » du choix du régime, notamment lorsque les époux acquièrent un immeuble en indivision.

Comme en matière d'attribution préférentielle, il se confirme et reste critiquable que la Cour abandonne la protection patrimoniale des époux à la vigilance et au sérieux avec lequel le notaire instrumentant accomplira son devoir de conseil⁷³. Il est regrettable que, contrairement à l'arrêt précédent relatif à l'attribution préférentielle, la Cour n'ait pas précisé quels étaient les *risques successoraux* du régime. Car, au contraire de l'attribution préférentielle, il y a cette fois un risque évident de perte économique et pas seulement de traitement qualitatif du sort d'un immeuble indivis. Le choix contractuel du régime matrimonial implique en effet une diminution de la protection successorale, qu'il est crucial d'expliquer aux époux, car rares sont les motivations successorales du choix de la séparation de biens.

⁷³ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., p. 375, n° 346; *adde supra* n° 39 et Y.-H. LELEU, *Les collaborations économiques au sein des couples séparatistes. Pour une indemnisation des dommages collaboratifs envers et contre tous*, Montréal, Thémis, 2014, p. 62; R. DEKKERS et H. CASMAN, *Handboek Brugerlijk Recht*, t. IV, «Huwelijkstelsel. Erfrecht. Giften», 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2010, pp. 220-221, n° 343; R. BARBAIX et A. VERBEKE, *Beginselen relatievevermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2012, p. 244, n° 490; C. FORDER et A. VERBEKE, «Geen woorden maar daden algemene rechtsvergelijkende conclusies en aanbevelingen», in C. FORDER et A. VERBEKE (éd.), *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Anvers, Intersentia, 2005, pp. 489-649.

42. Dans cet arrêt, l'époux qui demandait l'attribution de la pleine propriété du logement familial invoquait en outre expressément son manque d'information et de connaissance en matière juridique. Il considère avoir participé avec son épouse progressivement à la constitution d'un patrimoine qu'ils estimaient tous deux commun, de la même manière que les époux mariés sous le régime de communauté (A.6.1 *in fine*). Ces considérations n'ont pas été retenues par la Cour, qui n'a donc pas saisi l'occasion de modifier sa jurisprudence.

Au vu des motifs de l'arrêt, nous continuons de penser que c'est un *choix caractérisé* des époux et éclairé par le devoir de conseil du notaire, qui est aux yeux de la Cour la condition nécessaire du constat de constitutionnalité.

L'arrêt n'offre donc pas les précisions ou les nuances que nous attendions quant aux conséquences d'un choix *non éclairé* des époux concernant de surcroît un risque patrimonial *quantitatif* et non seulement qualitatif. Il ne nous est donc plus aussi évident que, comme nous l'espérions lors du commentaire de l'arrêt sur l'attribution préférentielle, si *l'information* du notaire est déficiente en fait (comme allégué ici) ou si le risque est économique (comme avéré ici), la Cour aboutirait à une conclusion différente. Cela étant, si un manque de conseil quant à l'infériorité du droit successoral du conjoint au vu de la situation familiale au jour du contrat (absence d'enfants – ce sera fréquent), la responsabilité du notaire paraît clairement engagée à hauteur du manque à hériter.

B. *Qualification du patrimoine commun et société d'acquêts*

43. L'arrêt commenté pourrait encore inquiéter par la rigueur de ses propos concernant l'inexistence, en régime de séparation de biens, d'un patrimoine commun.

Le demandeur affirmait que les termes «patrimoine commun» contenus dans l'article 745*bis*, § 1^{er}, alinéa 2, devaient s'interpréter largement, comme incluant les indivisions créées entre époux séparés de biens, seule voie permettant de rendre cette disposition compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution.

La Cour rejette cette interprétation. Elle affirme que si un patrimoine commun existe dans le régime légal, en vertu de l'article 1398 du Code civil, mais également eu égard à l'article 1451 du Code civil, dans tout régime dérogaire *comportant un patrimoine commun*, le régime de la séparation des biens, régi par les articles 1466 et suivants du Code civil, *exclut l'existence de ce patrimoine commun*.

Si nous nous rallions à l'opinion de la Cour selon laquelle une indivision de droit commun entre époux séparés de biens ne peut être qualifiée de «patrimoine commun», son arrêt pourrait avoir des effets négatifs sur le fonctionnement des régimes de séparation de biens «communautarisés», en particulier par une société d'acquêts.

44. Une communauté ou société d'acquêts est un *patrimoine commun* adjoint à un régime dont la base demeure *séparatiste*, ce qui la distingue d'une communauté conventionnelle régie par l'article 1451 du Code civil et qui à l'évidence comporte un patrimoine commun. Par opposition à une clause de participation aux acquêts, ce correctif opère en temps et droit réels. À la différence d'une clause de mise en indivision des économies⁷⁴, il opère sur des acquêts déterminés ou déterminables.

La communauté d'acquêts est juridiquement *accessoire* au régime de séparations de biens, en matière telle que les règles relatives à la séparation de biens s'appliquent par préférence à celle de la communauté légale, sans les exclure (art. 1390)⁷⁵. Ce principe est susceptible d'être aménagé par le contrat de mariage⁷⁶, raison pour laquelle les époux seront attentifs à limiter suffisamment l'étendue des actifs et passifs de la communauté d'acquêts pour éviter de se voir appliquer les règles de la communauté légale pour violation de la cohérence du régime, après requalification (judiciaire) de celui-ci (art. 1451, al. 3). Ainsi, l'inclusion dans la communauté d'acquêts des revenus professionnels ferait basculer ce régime à base séparatiste vers un régime à base communautaire⁷⁷.

Par conséquent, hormis un arrêt de la Cour d'appel de Gand contestant la qualification de « patrimoine commun » à une société d'acquêts au seul motif⁷⁸ que la société ne recueille pas automatiquement les revenus professionnels des conjoints⁷⁹, il est aujourd'hui admis que cette masse est à tout le moins un *patrimoine commun* entre les parties, auquel s'appliquent, à titre supplétif, les règles du patrimoine commun *communautaire* (art. 1390). À l'égard des tiers, cette masse est une indivision de droit commun⁸⁰. À l'égard de tous le régime

⁷⁴ Voy. J.-L. SNYERS, *Scheiding van goederen met onverdeelmaking van de besparingen*, Anvers, Kluwer, 1995.

⁷⁵ Y.-H. LELEU, « L'article 1390 du Code civil: immanence et transcendance », in E. BEGUIN et J.-L. RENCHON (dir.), *Liber amicorum Jean François Taymans*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 243-246, n°s 7-13.

⁷⁶ Bruxelles, 13 mars 1984, J.T., 1984, p. 534.

⁷⁷ Pour une synthèse: J. LARUELLE, « Le régime légal est-il le droit commun du patrimoine interne adjoint à un régime de séparation de biens? », note sous Gand, 2 avril 2015, R.G.D.C., 2016, p. 91.

⁷⁸ Pour une critique: *ibid.*, pp. 90-91.

⁷⁹ Gand, 2 avril 2015, R.G.D.C., 2016, note J. LARUELLE, pp. 82 et s.

⁸⁰ Une tendance plus récente considère que ce patrimoine commun « limité » peut en tant que tel être opposable aux tiers, bien que le régime de base demeure celui de la séparation de biens (voy. Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., pp. 449-450; Bruxelles, 30 mars 2006, J.T., 2007, p. 504, note Ph. PIRON (application des articles 1408 et 1414 du Code civil à un régime de séparation de biens avec société d'acquêts)). De façon plus nuancée: Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 337, n° 260; S. NUDELHOLC, « Séparation de biens avec société ou communauté adjointe versus patrimoine commun interne », J.T., 2013, p. 406. Contra: A. VERBEKE, *Le contrat de mariage de séparation de biens. Plaidoyer pour une solution équitable*, Anvers, Kluwer, 1997, p. 43, n°s 58-59; V. DEHALLEUX, « Avantages matrimoniaux et droit des successions », *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, pp. 716-717; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 386, n° 711; Ph. PIRON, « Séparation de biens avec société d'acquêts », *Rép. not.*, t. V, n° 1117 et 1130; J. LARUELLE, « Le régime légal est-il le droit commun du patrimoine interne adjoint à un régime de séparation de biens? », op. cit., pp. 90-91.

conserve sa base *séparatiste* et la personnalité des revenus⁸¹. La Cour d'appel de Mons, par un arrêt du 23 décembre 2008, s'inscrit dans cette tendance en appliquant la sanction du recel communautaire (art. 1448) à un régime de séparation de biens avec société d'acquêts⁸².

Partant de ce constat, la majorité des auteurs considère que la société d'acquêts adjointe à une séparation de biens répond à la notion de « patrimoine commun » au sens de l'article 745bis, § 1^{er}, alinéa 2, du Code civil, de sorte qu'en l'absence de successibles de premier ordre, le conjoint survivant recueillera la *pleine propriété de la part du prémourant dans la société d'acquêts* (en sa qualité de patrimoine commun), outre l'usufruit du patrimoine propre du défunt⁸³. L'un des intérêts majeurs de la communautarisation du régime par une société d'acquêts était d'ailleurs la possibilité qu'elle offrait de favoriser (*in extremis* parfois) le conjoint survivant séparé de biens au décès du premier⁸⁴, *ab intestat* mais aussi par avantage matrimonial, outre ses évidents avantages fiscaux⁸⁵.

Pour cette raison, nous considérons que la Cour constitutionnelle affirme à tort que le régime de séparation de biens, tel que régi par les articles 1466 et suivants du Code civil, *exclut l'existence du patrimoine commun* requis par l'article 745bis, § 1^{er}, alinéa 2.

45. Quoiqu'il en soit, ces effets collatéraux de l'arrêt devraient demeurer limités dans le temps. Une proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne le droit successoral⁸⁶ fut discutée à la Chambre des représentants, et un projet de loi est actuellement en cours de préparation pour réformer le droit successoral et certains aspects du droit patrimonial des couples dans la législation actuelle. Il s'agissait dans cette proposition de modifier les articles 745bis et 915bis, § 1^{er}, du Code civil pour substituer à la notion de « patrimoine commun » celle « d'acquêts constitués pendant le mariage »⁸⁷.

⁸¹ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., pp. 447-451; A. VERBEKE, *Le contrat de mariage de séparation de biens. Plaidoyer pour une solution équitable*, op. cit., p. 43, n^{os} 58-59; V. DEHALLEUX, « Avantages matrimoniaux et droit des successions », op. cit., pp. 716-717.

⁸² Mons, 23 décembre 2008, J.T., 2009, p. 80; Rev. not. belge, 2009, p. 778, note.

⁸³ L. RAUCENT, *Les droits successoraux du conjoint survivant*, Bruxelles, Swinnen, 1981, n^o 40; A. VERBEKE, *Le contrat de mariage de séparation de biens. Plaidoyer pour une solution équitable*, op. cit., p. 56, n^o 75; Ph. PIRON, « Séparation de biens avec société d'acquêts », op. cit., n^o 1168; M. COENE, « Over raakvlakken tussen erfrecht en huwelijksvermogensrecht. Bedenkingen bij artikel 745bis, par. 1; lid. 2 B.W. », in *Liber Amicorum G. Baeteman*, p. 53, n^o 19; P. DELNOY, « La succession civile du membre du couple survivant », in P. DELNOY (dir.), *Le couple sous toutes ses formes. Mariage – Cohabitation légale – Cohabitation de fait*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 406-407.

⁸⁴ Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, op. cit., p. 335, n^o 259; Ph. PIRON, « Séparation de biens avec société d'acquêts », op. cit., n^o 1127.

⁸⁵ Voy. A. CULOT, « Quelques questions en droits d'enregistrement et de succession, relatives à la transmission des biens entre époux mariés sous le régime de la séparation de biens », in Ph. DE PAGE, A. CULOT et I. DE STEFANI (dir.), *Le contrat de séparation de biens. Risques actuels et perspectives nouvelles*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 145 et s.

⁸⁶ Doc. parl., Chambre, 2014-2015, n^o 54-0681/001.

⁸⁷ Voy., pour une analyse plus approfondie, S. NUDELHOLC, « Les acquêts ou le retour du refoulé. Réflexions autour et alentour de la mort annoncée de la séparation de biens avec société d'acquêts », in

L'exposé des motifs précisait que la modification a pour but de mettre un terme à la différence de traitement successoral entre les époux mariés sous un régime communautaire et ceux mariés en séparation de biens, dès lors que « Le critère utile pour déterminer l'importance droit successoral ne peut [...] pas être qu'il y ait eu ou non une communauté de biens, dont la composition peut par ailleurs varier énormément. Le critère utile doit être celui des acquêts »⁸⁸.

L'exposé des motifs rejoint donc la position défendue dans le texte, critiquant le manque de nuance de l'exclusion de tout patrimoine commun en séparation de biens par la Cour, et formulant de très sérieuses réserves quant à la pertinence du choix contractuel. « Le conjoint survivant qui est en concours avec d'autres héritiers que des descendants du défunt, doit être, par priorité, celui auquel reviennent les acquêts, peu importe que ces derniers aient été compris dans une communauté ou non. On ne peut en effet pas expliquer pourquoi il y aurait une différence de traitement du conjoint survivant dans les situations suivantes : (1) le couple était marié en communauté et a, pendant le mariage, acquis, pour le compte de la communauté, une maison qui a servi de logement familial ; (2) le couple était marié en séparation de biens et a acquis, pendant le mariage, au moyen des revenus et des économies de l'un et de l'autre, une maison qui a servi au logement familial. On ne peut justifier que le conjoint survivant ait, dans le premier cas mais pas dans le second, la pleine propriété de ce bien acquis ensemble, tandis que dans le second elle serait, en raison du droit successoral des parents du conjoint défunt en indivision avec eux pour la maison (ou pour tout autre acquêt) acquise pendant le mariage. Il faut ajouter que si le droit successoral en pleine propriété porte dans le premier cas sur le patrimoine commun, il peut porter aussi sur des biens apportés en communauté, qui ne sont pas des acquêts, alors que tel ne serait évidemment pas le cas s'il y avait eu séparation de biens. »⁸⁹

Si la loi est modifiée en ce sens, l'époux survivant en régime de *séparation de biens pure et simple* venant à la succession avec d'autres successibles que ceux du premier ordre, recueillera, outre l'usufruit des biens propres du prémourant, la pleine propriété de la part du défunt dans les *acquêts constitués pendant le mariage*, et ce, qu'une société d'acquêts ait été adjointe ou non au régime à base séparatiste⁹⁰. Les acquêts peuvent même appartenir à un seul des époux, en application de l'article 1466 du Code civil, et faire l'objet d'un droit successoral. Ni le

M. VAN MOLLE (coord.), *La famille et son patrimoine en questions. Régimes matrimoniaux, statut des couples non mariés, successions et libéralités*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 9 et s.

⁸⁸ Doc. parl., Chambre, 2014-2015, n° 54-0681/001, p. 23.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Voy. *ibid.* Selon S. Nudelholc, la société d'acquêts devrait certainement disparaître suite à cette modification législative, pour être remplacée par un régime de séparation de biens avec *société d'acquêts adjointe*, possibilité qui serait expressément prévue par le nouvel article 1469, § 2, du Code civil (voy. S. NUDELHOLC, « Les acquêts ou le retour du refoulé. Réflexions autour et alentour de la mort annoncée de la séparation de biens avec société d'acquêts », *op. cit.*, pp. 41-42).

choix du régime, ni le statut du bien ne sont pertinents quant à ce, mais bien la manière dont a été acquis le bien, par les efforts économiques du couple, qui ne sont ni quantifiés ni qualifiés mais présumés équivalents.

Section 6

Droit transitoire de l'acceptation de la communauté, de l'attribution préférentielle, de la revalorisation des récompenses – Articles 1447 nouveau, 1453 ancien et 1435 nouveau du Code civil

C. const., 22 janvier 2003 et 24 septembre 2003 – Non-violation; *C. const.*, 19 mars 2009 – Violation; *C. const.*, 27 novembre 2014 – Non-violation

46. Selon le principe général de droit transitoire de maintien du droit ancien (supplétif) dans le cadre duquel un contrat a été conclu, la loi du 14 juillet 1976 ne devrait pas s'appliquer aux situations contractuelles en cours (art. 1134), sauf lorsqu'elle dispose le contraire ou lorsque ses dispositions sont impératives.

Dérogeant partiellement à ce principe, le droit transitoire de la loi du 14 juillet 1976 combine plusieurs règles pour régir la situation des époux mariés en régime conventionnel de communauté avant le 28 septembre 1976 (par exemple: communauté réduite aux acquêts, communauté universelle). Ces époux sont soumis, d'une part, aux règles de leur contrat et de la loi-cadre supplétive ancienne et, d'autre part, aux règles impératives de la nouvelle loi. Ainsi, la loi du 14 juillet 1976 s'applique-t-elle à la gestion des patrimoines (art. 1415 à 1426), aux dettes communes (art. 1408) et propres (art. 1406 et 1407) et aux recours des créanciers (art. 1409 à 1414). Le contrat de mariage et le droit ancien supplétif continuent de régir la composition active des patrimoines et la preuve de celle-ci, ainsi que la liquidation et le partage.

Le maintien de l'ancien droit est source de traitements inégalitaires ou moins protecteurs dans la conception actuelle du régime matrimonial. C'est surtout l'inapplicabilité des règles de *dissolution* du régime et de *liquidation* aux régimes conventionnels anciens qui pose problème.

La Cour de cassation pratique avec constance une interprétation très restrictive desdites dispositions transitoires⁹¹ alors que parmi les règles nouvelles de liquidation-partage, certaines sont en très net progrès par rapport au droit

⁹¹ Encouragée par un courant doctrinal minoritaire: Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, « Le droit transitoire des régimes conventionnels "en communauté" et la Cour d'arbitrage », *Rev. not. belge*, 2003, p. 644; Ph. DE PAGE, *op. cit.*, pp. 353-354, n° 280; *contra*: S. MOSSELMANS, « Le droit transitoire relatif aux régimes matrimoniaux: un état actuel des choses », in *Régimes matrimoniaux*, Malines, Kluwer, III. 7, pp. 23 et s.; J.-L. RENCHON, note sous *C. const.*, 22 janvier 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 598.

ancien et modernisent des techniques ou institutions dont il est fort douteux qu'elles aient fait l'objet d'un échange de volontés si le contrat est lacunaire à ce sujet, comme le sont certains contrats types. La Cour constitutionnelle valide pourtant cette interprétation sauf lorsque l'égalité homme-femme est en jeu.

§ 1. Acceptation de la communauté par l'épouse : *C. const.*, 19 mars 2009 – Violation

47. La survie du droit d'acceptation de la communauté par l'épouse mariée en régime conventionnel de communauté ancien (art. 1453 anc.) donne à des maris le pouvoir de se prévaloir d'une inertie de l'épouse pendant plus de 3 mois et 40 jours pour priver celle-ci de toute part dans la communauté (art. 1463 anc.).

Par un arrêt du 6 juin 2005⁹², la Cour de cassation opte pour la survie de ce droit⁹³ en considérant qu'« il résulte de l'ensemble de ces dispositions (transitoires) que l'article 1463 ancien du Code civil *demeure applicable* à la dissolution et à la liquidation d'une société d'acquêts que des époux mariés avant l'entrée en vigueur de la loi du 14 juillet 1976 avaient adjointe à leur régime de séparation de biens ».

Vivement critiquée⁹⁴, cette jurisprudence machiste fut tempérée par une mise en œuvre « à l'ancienne » de ces règles, avec une large ouverture aux manifestations tacites de volonté. Mais cela n'a pas suffi et certaines épouses n'ont pas pu prouver une acceptation tacite dans le délai légal et ont donc été privées de toute part dans la communauté⁹⁵.

48. C'est dans un tel contexte qu'une question préjudicielle fut posée à la Cour constitutionnelle et la paix judiciaire trouvée⁹⁶, car ce droit inégalitaire revigoré par le droit transitoire violait le principe d'égalité.

⁹² Cass., 6 juin 2005, *Div. Act.*, 2005, p. 97, note O. VANHULST; *Pas.*, 2005, p. 1216; *Rev. not. belge*, 2005, p. 539, note; *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1264, note N. BAUGNIET; *R.W.*, 2006-2007, p. 837 (somm.); *T. Not.*, 2007, p. 36, note F. BOUCKAERT (régime de séparation de biens avec adjonction d'une société d'acquêts conclu en 1957 et dissous après l'entrée en vigueur de la loi).

⁹³ Un courant doctrinal prônait une interprétation de ces dispositions transitoires dans le sens de l'*abrogation immédiate* du droit d'acceptation/de privation de part de la communauté : H. CASMAN, *Régimes matrimoniaux*, Malines, Kluwer, feuillets mobiles, VII-I, 20; J.-L. RENCHON, « Dispositions transitoires et modificatives », in *La réforme des droits et devoirs respectifs des époux et des régimes matrimoniaux* (Loi du 14 juillet 1976), Bruxelles, éd. du Jeune Barreau, 1977, p. 373.

⁹⁴ Y.-H. LELEU, « Du mauvais vin dans de vieilles outres. À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 juin 2005 sur le droit transitoire de l'option de communauté », *Rev. not. belge*, 2005, pp. 618 et s. Adde : F. BOUCKAERT, « Het ontwarbaar kluwen van de overgangsbepalingen van de wet op het huwelijksvermogensrecht van 14 juli 1976 en het arrest van het Hof van Cassatie van 6 juni 2005 », *T. Not.*, 2007, p. 36; D. STERCKX, « La survie du droit d'option de l'épouse : une mort annoncée ? », note sous Liège, 7 mars 2007, *Rev. not. belge*, 2007, p. 651.

⁹⁵ Civ. Nivelles, 7 mai 2008, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 34, note. A.-M. BOUDART.

⁹⁶ C. const., 19 mars 2009, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 65, note; J.L.M.B., 2009, p. 1056, note Y.-H. LELEU; *Rev. dr. étr.*, 2009, p. 257 (somm.); *Rec. gén. enr. not.*, 2009, p. 212; *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 897; *R.W.*, 2009-2010, p. 1533 (somm.).

La Cour constitutionnelle estime dans son arrêt du 19 mars 2009 que la différence de traitement mari-femme pouvait se justifier en tant que correctif de l'inégalité des époux en matière de gestion de la communauté (art. 1421 anc.) de manière à épargner, le cas échéant, à l'épouse privée de cette gestion la charge d'un passif contracté par son mari. Elle censure toutefois la disposition transitoire pour ses effets disproportionnés envers l'ex-épouse qui risque d'être privée d'une part de communauté gérée depuis 1976 concurremment avec son ex-mari (art. 1416). Les articles 1453 et suivants anciens du Code civil ne sont donc plus applicables, même aux régimes conventionnels conclus avant le 28 septembre 1976.

Il était grand temps, car l'ancien droit survivant mettait à charge des praticiens, en particulier les notaires, une « nouvelle » obligation de conseil à l'attention de certaines ex-épouses ou de leurs héritiers : les avertir de ce « nouveau » droit et de leur « nouvelle » obligation d'accepter la communauté.

§ 2. Attribution préférentielle : C. const., 22 janvier 2003 et 24 septembre 2003 – Non-violation

49. Par la même exégèse des dispositions transitoires, la Cour de cassation prive d'attribution préférentielle (art. 1447) les époux mariés en communauté conventionnelle ancienne⁹⁷.

La Cour constitutionnelle est ensuite intervenue, par deux arrêts des 22 janvier 2003 et 24 septembre 2003, pour confirmer cette interprétation et juger ce régime non discriminatoire au regard du « choix » opéré par les époux d'un régime contractuel soumis à un régime particulier de droit transitoire⁹⁸.

50. Apparaissait alors dans la jurisprudence constitutionnelle le critère du choix contractuel au sein du statut du mariage, sans les précisions relevées ci-dessus quant à son éclairage par le conseil d'un notaire (voy. *supra*, n° 38).

Nous avons déjà critiqué cette jurisprudence. Si le principe de survie du droit ancien supplétif dans le cadre duquel un contrat a été conclu est respectable en droit commun des obligations, fondé sur le principe de prévisibilité, il peut conduire à la survivance mécanique de la globalité du droit ancien supplétif si sa portée n'est pas nuancée en fonction de la nature et de l'objectif de chaque disposition dont le maintien est demandé par une des parties.

À notre avis, les cours suprêmes accordent au respect du choix contractuel une forme de « dévotion » et privilégient la sécurité juridique (B.6) sur les intérêts

⁹⁷ Cass., 15 mai 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 594 ; *Div. Act.*, 1999, p. 70, note E. DE WILDE D'ESTMAEL ; *J.T.*, 1999, p. 106, obs. Y.-H. LELEU ; *Rev. not. belge*, 1999, p. 40 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 700, note Ph. DE PAGE ; *R.W.*, 1998-1999, p. 1418 ; *T. Not.*, 1999, p. 309.

⁹⁸ C. const., 22 janvier 2003, *Div. Act.*, 2003, p. 81, note (approbative) I. DE STEFANI ; *Rev. not. belge*, 2003, p. 661, note I. DE STEFANI et Ph. DE PAGE ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 598, note (critique) J.-L. RENCHON ; *T. Not.*, 2003, p. 222 ; C. const., 22 juillet 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 202. Dans le même sens : C. const., 24 septembre 2003, *Div. Act.*, 2004, p. 43, note ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 202.

individuels, ceux-ci étant, à notre avis, plus dignes de respect dans les relations affectives que dans les relations d'affaires. Étonnamment abstrait, l'arrêt scrute la constitutionnalité des dispositions transitoires en tant qu'elles maintiennent l'ancien droit supplétif de la liquidation-partage, sans la moindre allusion à l'attribution préférentielle dans le constat de proportionnalité de ce maintien (B.6). La Cour constitutionnelle s'arrête au critère objectif, la nature contractuelle du régime, mais ne questionne pas sa justification ni sa proportionnalité au regard du but poursuivi par le législateur en matière d'attribution préférentielle, et encore moins sur le contenu des volontés lors de l'échange des consentements. Elle ne fait pas non plus état des lacunes généralement constatées dans les contrats de mariage quant à la liquidation et au partage, pour se demander si les modalités de partage doivent être comprises dans l'objet de l'échange de volontés ou ont fait l'objet de conseils.

En ce qui concerne l'objectif du maintien de l'ancien droit de la liquidation-partage, on ne peut affirmer que le droit transitoire des règles de partage visait à perpétuer les anciennes règles pour produire des liquidations différenciées pendant plusieurs décennies⁹⁹.

Quant à la pertinence du critère du choix contractuel, il faut, comme déjà exposé, partir de l'hypothèse inverse, celle d'un doute sur le fait que, dans une majorité de cas, le maintien de la règle ancienne du partage en nature – réformée par l'attribution préférentielle – ait été convenu ou inclus dans le champ des prévisions contractuelles, ou encore ait par hypothèse fait l'objet d'un conseil du notaire¹⁰⁰. Ce doute nous semble légitime car la raison principale de stipuler des communautés conventionnelles avant 1976 était de déroger à la composition des patrimoines et non aux règles de partage¹⁰¹. L'attribution préférentielle (art. 1447) ne nuit ni ne profite à aucun des époux qui se disputent le logement commun et qui se sont mariés à une époque où prévalait le principe du partage en nature. Son exclusion, par contre, préjudicie celui qui la réclame et prouve son intérêt.

Pour ces motifs, il nous paraît que la seule existence du contrat, sans indice de volonté de maintien de l'ancienne règle du partage en nature ni de confirmation de l'inclusion de cette règle dans les prévisions contractuelles des parties, ne justifie pas de l'accorder seulement aux époux mariés après 1976 ou en régime légal avant 1976.

⁹⁹ J.-L. RENCHON, note sous C. const., 22 janvier 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 605 et, avec plus de détails : « Les difficultés de droit transitoire relatives à la revalorisation du montant des récompenses », in *Dix années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Bruylant, 1987, pp. 23 et s., n^{os} 3 à 7.

¹⁰⁰ D'autres auteurs estiment, à tort selon nous, que ces époux « ont tacitement, mais certainement choisi d'intégrer conventionnellement à leur régime les dispositions légales de l'époque, relatives à la liquidation », ceci sur la base notamment d'un présupposé d'une information complète (donc jusqu'au principe du partage en nature) : Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, *op. cit.*, p. 654.

¹⁰¹ J.-L. RENCHON, note sous C. const., 22 janvier 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 604.

§ 3. Revalorisation des récompenses : *C. const.*, 27 novembre 2014 – Non-violation

51. Dans la même ligne et à contre-courant de la jurisprudence et de la doctrine majoritaires, la Cour de cassation prive les époux mariés sous un régime communautaire conventionnel ancien de la revalorisation des récompenses (art. 1435)¹⁰².

La Cour constitutionnelle confirme cette interprétation par un arrêt du 27 novembre 2014¹⁰³, en jugeant ce régime non discriminatoire au regard du « choix contractuel » opéré par les époux avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Selon la Cour, comme déjà exprimé dans l'arrêt du 7 mars 2013 (attribution préférentielle en séparation de biens), le but du législateur était de concilier l'adaptation des régimes matrimoniaux à la nouvelle capacité de la femme mariée avec le respect de l'autonomie des volontés. Or, dès lors que la confirmation de la capacité civile de la femme mariée ne s'imposait aux volontés qu'en ce qui concerne la gestion (art. 1415 à 1426) et le règlement du passif (art. 1408 à 1414), cette adaptation n'exigeait pas nécessairement, selon la Cour, l'application des règles nouvelles de liquidation et de partage. Le législateur pouvait raisonnablement considérer que cette problématique demeurerait régie par les dispositions applicables au moment de l'adoption du régime choisi (B.9). La Cour justifie aussi cette solution par la circonstance que rien n'empêche ces époux de modifier leur régime conventionnel pour y inclure des mesures que le législateur n'a pas prévues pour eux (B.9).

Les critiques que nous émettons à l'égard de cette solution sont globalement identiques à celles formulées contre l'exclusion de l'attribution préférentielle. Nous avons cependant soutenu¹⁰⁴ que l'exclusion de la revalorisation des récompenses dans la liquidation d'une ancienne communauté conventionnelle, même pour un fait générateur postérieur à 1976, apparaissait mieux justifiée que celle de l'attribution préférentielle. En effet, au contraire de la dérogation au partage en nature, la modification du droit-cadre des récompenses a un impact économique incontestable, suffisant pour penser, sans en être certain, que les époux auraient pu contracter autrement s'ils avaient prévu le changement de règle d'évaluation. Autrement dit, le nominalisme de l'évaluation des récompenses fait raisonnablement partie de leur champ contractuel.

¹⁰² Cass., 27 avril 2001, *E.J.*, 2002, liv. 1, p. 2, note S. MOSSELMANS ; *J.T.*, 2003, p. 81 ; *Pas.*, 2001, I, p. 715 ; *Rec. gén. enr. not.*, 2003, p. 142 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 606, note Y.-H. LELEU et note J.-L. RENCHON ; *R.G.D.C.*, 2002, p. 128 (régime ancien de la communauté conventionnelle réduite aux acquêts).

¹⁰³ *C. const.*, 27 novembre 2014, n° 168/2014, *M.B.*, 9 février 2015, p. 11466 (extrait).

¹⁰⁴ Y.-H. LELEU, « Les régimes matrimoniaux – Examen de jurisprudence (1997-2005) », *R.C.J.B.*, 2007, p. 171, n° 129.

À présent que le valorisme tend à régir même les comptes d'époux séparés de biens (revalorisation des créances d'enrichissement sans cause)¹⁰⁵, il faut s'interroger à nouveau sur la pertinence du critère, certes objectif, de la nature contractuelle du régime.

L'enjeu du compte de récompenses est le rétablissement intégral, en valeur actuelle, de tous les déplacements non justifiés de richesses entre patrimoines personnels et commun. Ce principe est fondamental en équité, et à notre avis supérieur à celui de la survie du droit ancien supplétif.

On ajoutera que le régime des récompenses ressort au droit commun de tous les époux mariés en communauté, voire attirés à une communauté, à défaut de conventions particulières (art. 1390). Or, l'on ne trouvera pas de telles dérogations chez les anciens époux mariés en communauté conventionnelle, dont le contrat ne règle généralement pas le régime des récompenses, et dont il ne serait pas prouvé que leur intention fût d'adhérer au régime nominaliste de l'époque.

Bref, les raisons de priver seulement certains époux d'un attribut essentiel du régime actuel des récompenses s'étiolent à mesure que l'équité invite à la juste indemnisation, comme d'ailleurs en ce qui concerne les remboursements d'emprunts antérieurs au mariage, également souscrits sans considération du mariage (voy. *supra*, n° 28).

L'arrêt du 19 mars 2009 de la Cour constitutionnelle en matière d'acceptation de la communauté par l'épouse (voy. *supra*, n° 47) nous fait revisiter les deux autres exclusions constitutionnelles des règles nouvelles de liquidation (attribution préférentielle et récompenses). Notre souhait est que la censure constitutionnelle des conséquences extrêmes de la jurisprudence de la Cour de cassation sur l'interprétation des dispositions transitoires (acceptation de la communauté) incite cette dernière à réviser sa jurisprudence dans les deux autres domaines, et à donner la priorité au nouveau droit de la liquidation-partage pour tous les couples communs en biens. Contrairement à d'autres auteurs¹⁰⁶, nous ne trouvons pas anormal que l'interprétation de dispositions transitoires manquant de clarté s'effectue en faveur de l'application de la loi « nouvelle », et que ne soient maintenues que les dispositions-cadres anciennes réellement incluses dans la relation contractuelle.

¹⁰⁵ Cass., 27 septembre 2012, *Pas.*, 2012, p. 1746, concl. A. HENKES; *J.T.*, 2012, p. 763, note Y.-H. LELEU; *J.T.*, 2013, p. 399, note; *Act. dr. fam.*, 2013, p. 46, note D. PIGNOLET; *J.L.M.B.*, 2013, p. 377; *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 514, note M. VAN MOLLE; *T. Fam.*, 2013, p. 177, note Ch. DECLERCK; *T. Not.*, 2013, p. 508.

¹⁰⁶ Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, *op. cit.*, p. 657.

Section 7

Assurance et dommage intentionnel en communauté universelle – Article 1453 du Code civil; article 8 de la loi du 4 avril 2014

C. const., 5 mai 2011 – Non-garantie du dommage causé par le conjoint de l'assuré commun en biens – Non-violation

§ 1. Analyse de l'arrêt

52. Une différence technique sépare les régimes communautaires des régimes séparatistes en ce qui concerne les conséquences en matière d'assurance de choses d'un acte fautif commis par le conjoint de l'assuré.

En l'espèce, deux époux sont mariés en communauté universelle. L'épouse provoque l'incendie de l'immeuble commun et l'époux sollicite son assureur incendie à hauteur de la moitié du dommage. Sur la base de l'ancien article 8 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre (devenu le nouvel article 62 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances), l'assureur refuse d'intervenir : « Nonobstant toute convention contraire, l'assureur ne peut être tenu de fournir sa garantie à l'égard de quiconque a causé intentionnellement le sinistre. »

La Cour constitutionnelle est interrogée pour savoir si les articles 1453 (composition d'une communauté universelle) et 1466 (composition des patrimoines et gestion en séparation de biens) du Code civil n'introduisent pas une discrimination entre :

- l'époux séparé de biens qui pourrait être indemnisé, en cas d'acte intentionnel de son conjoint de nature à le priver de sa couverture d'assurance en matière d'assurance de chose,
- et l'époux marié sous le régime de la communauté des biens, qui se verrait privé d'indemnisation en raison du fait personnel imputable à son conjoint.

53. La Cour reformule quelque peu la question et examine si les articles 1453 et 1466 du Code civil introduisent une différence de traitement entre deux époux mariés à une personne qui a causé intentionnellement un incendie d'un immeuble appartenant aux deux époux et qui est couvert par un contrat d'assurance incendie souscrit par les deux conjoints :

- d'une part, l'époux marié sous le régime de la communauté universelle ;
- d'autre part, l'époux marié sous le régime de la séparation de biens.

En vertu de l'article 8 de la loi du 25 juin 1992, dans l'interprétation du juge *a quo*, le premier ne percevrait pas de l'assureur sa quotité d'indemnité d'assurance, et le second bien.

La Cour, par arrêt du 5 mai 2011¹⁰⁷, répond par la négative, très succinctement, considérant que ce ne sont pas les dispositions en cause (art. 1453 et 1466) qui dispensent l'assureur de fournir la garantie aux époux mariés sous le régime de la communauté universelle.

54. Une seconde question était posée afin d'examiner s'il n'y aurait pas également une discrimination entre un époux marié sous le régime de la communauté universelle et le simple *concubin* ou *cohabitant légal* qui serait indemnisé. La Cour y donne la même réponse.

55. On regrettera que la Cour, pour des motifs technico-juridiques, ne se soit pas penchée sur la discrimination à voir indemniser un époux séparé de biens – ayant refusé toute solidarité si l'on s'en tient au critère du « choix contractuel » –, alors qu'un époux commun en biens ne le serait pas dans les mêmes circonstances. La Cour ne donne aucune indication s'il existe à ses yeux une discrimination, ce qu'elle aurait pu faire avant de constater qu'elle ne résulte pas des dispositions dont la constitutionnalité est remise en cause.

§ 2. Implications

56. L'article 8 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre est donc seul en cause. Cette disposition empêche un assuré d'obtenir une indemnisation pour un sinistre causé intentionnellement par lui. Théoriquement, seul le responsable du sinistre est privé d'indemnisation¹⁰⁸, les éventuels tiers, comme les copropriétaires, ne sont pas exclus par cette disposition¹⁰⁹.

Or, en cas d'époux communs en biens, et plus encore en communauté universelle, le régime matrimonial implique que si le bien sinistré est commun, l'indemnité de l'assurance sera commune (art. 1405 et 1453)¹¹⁰. L'époux coupable profitera alors de l'indemnisation, ce que l'article 8 de la loi du 25 juin 1992 vise à éviter.

Pourtant, cette conséquence a déjà été admise. Dans un arrêt du 20 octobre 2008 de la Cour d'appel de Liège, une épouse mariée sous le régime légal sollicitait de son assureur le paiement de la moitié du coût de remise en état d'un immeuble qui lui appartenait en copropriété avec son ex-époux, au moment où celui-ci y a volontairement mis le feu. La cour condamna l'assureur à indemniser l'épouse, tandis que la Cour de cassation¹¹¹, saisie pour d'autres

¹⁰⁷ C. const., n° 61/2011, 5 mai 2011, A.C.C., 2011, p. 1245; *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 1071 (somm.).

¹⁰⁸ Voy. not. Cass., 8 mai 2014, R.D.C., 2014, p. 729.

¹⁰⁹ Mons, 23 septembre 2008, R.G.D.C., 2010, p. 198; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 268, n° 367; P. HENRY et J. TINANT, « Déchéance ou exclusion: de Charybde en Scylla », in *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre. Dix années d'application*, Bruxelles/Louvain-la-Neuve, Bruylant/Academia, 2003, p. 103.

¹¹⁰ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., pp. 134 et s. et pp. 349 et s.

¹¹¹ Cass., 4 mars 2013, *Pas.*, 2013, p. 518; *N.J.W.*, 2013, p. 308, note G. JOCQUÉ; R.G.A.R., 2013, n° 15020. En outre, après la survenance de l'incendie, les époux ont divorcé, de sorte qu'au moment où la cour d'appel

motifs de censure, rejeta le pourvoi en estimant qu'est interdite une clause d'un contrat d'assurance qui aurait pour effet de priver de la garantie d'assurance un autre preneur que l'auteur de la faute intentionnelle¹¹².

Cet arrêt de la Cour de cassation est intéressant car, devant la Cour constitutionnelle, le Conseil des ministres objectait à titre principal que le juge *a quo* avait donné à l'article 8 de la loi du 25 juin 1992 «une interprétation non pertinente». Cette disposition ne ferait pas de distinction entre les différents statuts de couples et leur régime matrimonial. Au contraire, la Cour de cassation reconnaît le caractère personnel de la cause de refus de la garantie prévue à cet article 8. On peut y lire un «aveu» de ce qu'il n'y aurait en réalité pas lieu de faire une distinction entre époux séparés de biens et époux communs en biens et que l'assureur doit toujours indemniser la victime, quel que soit le régime matrimonial.

57. Quoi qu'il en soit, on ne peut spéculer sur ce qu'aurait décidé la Cour constitutionnelle si la question avait été posée correctement¹¹³. Aurait-elle suivi la position de la compagnie d'assurance et du Conseil des ministres, selon lesquels la différence de traitement ne découle pas de la loi, mais du choix posé par les époux en connaissant les conséquences du régime matrimonial choisi par eux (A.1.2 et A.2.3)?

Si tel avait été le cas, ce qu'on peut imaginer vu sa fidélité au critère du choix contractuel, aurait-elle alors fait référence aux «risques» de la communauté universelle et au devoir de conseil notarial? Il lui eût été alors possible, selon nous, vu les conséquences si hypothétiques en fait et techniques en droit du choix contractuel sur l'assurabilité d'un dommage, de considérer que ces conséquences ne sont pas entrées dans le champ des conventions matrimoniales et de conclure à l'absence de pertinence du choix contractuel (voy. *supra*, n° 39).

statue, la communauté légale n'existe plus, les époux étant alors indivisaires *post-communautaires*.

¹¹² La validité d'une telle clause était controversée. Voy. pour plus de détails: G. JOCQUÉ, «Verzekeraar niet kan verplicht worden dekking te geven aan hem die het schadegeval opzettelijk heeft veroorzaakt», *N.J.W.*, 2013, p. 309.

¹¹³ Par exemple sous cette forme: «L'article 8 de la loi du 25 avril 1992 sur le contrat d'assurance terrestre est-il contraire aux prescrits des articles 10 et 11 Constitution dans la mesure où il en ressort une différence de traitement entre *d'une part*, l'époux marié sous le régime de la séparation de biens – qui pourrait être indemnisé alors que son conjoint a commis un acte intentionnel de nature à le priver de sa couverture d'assurance en matière d'assurance de chose – et *d'autre part* l'époux marié sous le régime de la communauté des biens – qui lui se verra refuser l'indemnité d'assurance et, *in fine*, opposer le fait imputable à son conjoint?»

Section 8

Avantages matrimoniaux – Protection de tous les enfants non communs contre les avantages octroyés au beau-parent – Article 1465 du Code civil

C.A., 22 juillet 2004 – Limitation aux enfants nés d'un mariage antérieur – Violation

§ 1. Analyse de l'arrêt

58. L'article 1465 du Code civil, dans sa rédaction antérieure et contestée par l'arrêt commenté, prescrivait au bénéfice des enfants issus d'un *précédent mariage* la réduction des avantages matrimoniaux qui auraient pour effet de donner à l'un des époux plus de la moitié des acquêts.

En l'espèce, une mère avait eu deux enfants d'une *relation antérieure* à son mariage et fait don à son époux de tout ce que la loi l'autorisait à donner lors de son décès, tant en pleine propriété qu'en usufruit ou en nue-propriété.

La question préjudicielle visait la violation des articles 10 et 11 de la Constitution si l'article 1465 est interprété comme protégeant uniquement les droits des enfants d'un précédent mariage et non les droits des enfants d'une précédente « relation », décrits dans la question comme nés hors mariage et avant le mariage.

La Cour d'arbitrage¹¹⁴ confirme que le critère de distinction, objectif (B.3), tenant à la circonstance que les enfants protégés par l'article 1465 du Code civil sont ceux nés d'un précédent mariage et non ceux nés hors mariage et avant le mariage en cause, est pertinent compte tenu de l'objet de la norme critiquée (B.3). Elle précise que son contrôle doit être plus rigoureux lorsque le principe fondamental de l'égalité des naissances est en cause (B.3.1).

La Cour considère ensuite que, dès lors que la disposition litigieuse entend protéger les droits des enfants du défunt qui ne sont pas héritiers de leur beau-parent, l'on n'aperçoit pas sur quelle base objective l'on pourrait priver de cette protection les enfants nés hors mariage et avant le mariage. Ceux-ci ne peuvent être lésés par le fait que leurs parents ont choisi de ne pas se marier (B.4). L'article 334 du Code civil prescrit en effet que, quel que soit le mode d'établissement de la filiation, les enfants et leurs descendants ont les mêmes droits et les mêmes obligations à l'égard des père et mère et de leurs parents et alliés et *vice versa* (B.6 et B.7).

La question préjudicielle appelle en conséquence une réponse affirmative (B.5). Elle appellerait une réponse négative dans une autre interprétation de

¹¹⁴ C.A., 22 juillet 2004, n° 140/2004; *N.J.W.*, 2005, p. 126, note G. VERSCHOLDEN; *N.J.W.*, 2005, p. 126, note A. SIBIET; *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 1144; *T. Not.*, 2004, p. 639, note R. EEMAN.

l'article 1465 du Code civil, selon laquelle il protège non seulement les droits des enfants d'un précédent mariage, mais aussi ceux des enfants nés hors mariage avant le mariage.

§ 2. Implications

59. La *ratio legis* de l'article 1465 du Code civil commandait d'ouvrir sa protection aux enfants non communs nés d'un précédent mariage et aux enfants non communs nés hors mariage avant le mariage. Mais en précisant que l'article 1465 du Code civil ne viole pas la Constitution lorsqu'il est interprété dans le sens où il protège également les enfants nés hors mariage *avant le mariage*, la Cour exclurait-elle les enfants *adoptés* par le défunt avant le mariage, *adoptés* par lui seul pendant le mariage, *conçus* avant le mariage mais reconnus pendant celui-ci, ou encore les enfants *adultérins* conçus par lui hors mariage et pendant le mariage¹¹⁵ ?

60. Les enfants *conçus par le défunt avant le mariage* mais dont la filiation serait établie à son égard seulement *pendant* le mariage ou même *après* sa dissolution devaient, selon certains auteurs, être visés par l'article 1465 conformément à sa *ratio legis*¹¹⁶.

D'autres imposaient que les enfants disposent déjà de droits (éventuels) dans la succession de leur parent au moment de la conclusion du contrat de mariage porteur d'avantages matrimoniaux au risque, dans le cas contraire, de modifier *a posteriori* la nature des avantages conférés au conjoint survivant¹¹⁷.

La première thèse doctrinale avait nos faveurs, parce que la théorie des avantages matrimoniaux, conçue à l'époque où le conjoint survivant jouissait de droits successoraux inférieurs, souffre d'obsolescence depuis la réforme de 1981 et porte atteinte de façon pouvant apparaître démesurée aux droits réservés de *tous* les enfants du prémourant.

61. Aucun auteur n'osa cependant, même après l'arrêt commenté, soutenir clairement l'application de la protection aux enfants *adultérins* engendrés par le défunt.

Une majorité considérait que leur exclusion du champ de la protection serait une discrimination au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, mais tous

¹¹⁵ P. DELNOY, « Sur les arrêts 54/2004 et 140/2004 de la Cour d'arbitrage », *Chron. not.*, 2004, vol. XL/III, pp. 385-386; V. DEHALLEUX, « Protection des enfants d'un précédent mariage », note sous C.A., 22 juillet 2004, *Chron. not.*, 2005, vol. XLII, pp. 182-183.

¹¹⁶ C. DE WULF, « De wet tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming en het patrimonial familierecht », *R.W.*, 1987-1988, p. 284; L. RAUCENT, « Le nouveau droit de la filiation : aspects patrimoniaux », *Ann. dr.*, 1987, p. 356; R. EEMAN, « Artikel 1465 B.W. beschermt alle stiefkinderen », note sous C.A., 22 juillet 2004, *T. Not.*, 2004, pp. 639-645; G. VERSCHULDEN, note sous C.A., 22 juillet 2004, *N.J.W.*, 2005, liv. 98, p. 126.

¹¹⁷ M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht*, Malines, Kluwer, 1996, pp. 323-325.

appelaient à la prudence en l'absence de position expresse de la Cour d'arbitrage sur ce point¹¹⁸. L'on pouvait s'étonner d'une telle vigilance à l'encontre des enfants adultérins. L'adultère a ses sanctions spécifiques, en voie de raréfaction mais bien présentes (par exemple : art. 334ter).

62. Enfin, la doctrine s'est penchée sur la problématique de l'exclusion du champ de protection de cette disposition des enfants *adoptés*, soit avant le mariage, soit par le défunt seul pendant le mariage.

Certains notaient que, dès lors que la Cour d'arbitrage base l'inconstitutionnalité sur la *ratio legis* de la protection, à savoir l'absence de droit successoral différé entre beau-parent et enfants du défunt, rien ne justifiait qu'elle soit refusée aux enfants adoptés par le défunt, qui ne sont pas non plus héritiers du conjoint de celui-ci¹¹⁹. Plaidait en outre pour cette thèse l'ancien article 352 du Code civil, selon lequel l'adopté a, dans la succession de l'adoptant, les mêmes droits qu'un enfant légitime¹²⁰.

63. Le législateur a mis la loi en conformité avec l'arrêt du 22 juillet 2004 suivant la doctrine majoritaire (loi du 10 mai 2007) : les mots « enfants qui ne leur sont pas communs » sont préférés à l'ancienne formulation d'« enfants d'un précédent mariage ». Le législateur dépasse ainsi la portée de l'arrêt puisque par enfants non communs, il faut entendre tout enfant qui ne serait pas issu du mariage, né avant ou pendant le mariage donc aussi les enfants adultérins¹²¹.

64. Subsiste une critique plus large, *de lege ferenda* et de plus en plus vive à l'approche de réformes, sur le champ d'application de l'article 1465 du Code civil et de son équivalent pour les enfants issus du mariage, les articles 1458, alinéa 2, et 1464, alinéa 2, du Code civil. La protection accordée aux enfants non communs est-elle justifiable, en soi et par comparaison à celle, inférieure, des enfants communs ?

Rappelons les bases de la théorie des avantages matrimoniaux et la raison du différentiel de protection selon la naissance en mariage ou hors du mariage concerné par l'avantage matrimonial.

La théorie des avantages matrimoniaux prescrit que les clauses de partage inégal « avantagent » leur bénéficiaire, mais ne le « gratifient » pas à titre libéral (art. 1458, al. 1^{er}, 1464, al. 1^{er} et 1465). Elles échappent *ex lege* à la protection

¹¹⁸ R. EEMAN, « Artikel 1465 B.W. beschermt alle stiefkinderen », note sous C.A., 22 juillet 2004, *T. Not.*, 2004, pp. 639-645; *contra* : G. VERSCHOLDEN, note sous C.A., 22 juillet 2004, *N.J.W.*, 2005, liv. 98, p. 126.

¹¹⁹ V. DEHALLEUX, « Protection des enfants d'un précédent mariage », note sous C.A., 22 juillet 2004, *Chron. not.*, 2005, vol. XLII, pp. 182-183.

¹²⁰ G. VAN OOSTERWIJCK, « Huwelijksvoordelen en contractuele erfstellingen », in *Het familierecht geactualiseerd*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva, 1984-1985, pp. 246-249.

¹²¹ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., p. 368, n° 344. *Voy. Doc. parl.*, Chambre, 2007, n° 2655/003, p. 6 : « Cette proposition de loi vise dès lors à étendre la protection précitée aux enfants nés hors mariage – en ce compris les *adultérins* –, la filiation avec le testateur étant établie. »

réservataire par faveur législative pour le conjoint survivant, très en retrait successoralement avant la réforme de 1981. Le régime dérogatoire des « avantages matrimoniaux » favorise les transferts de biens communs entre époux, plus précisément ceux d'« acquêts » du patrimoine commun¹²². Il n'a pas été revu (à la baisse) quand le conjoint survivant a été promu en droit successoral¹²³.

C'est également la loi qui soumet les avantages matrimoniaux à certaines règles applicables aux donations – l'imputation sur la quotité disponible et la réduction éventuelle – lorsque, en présence d'enfants communs, les biens transmis ne sont *pas des acquêts* (art. 1458, al. 2 et 1464, al. 2) ou lorsque *plus de la moitié des acquêts* sont transmis en présence d'enfants non communs (art. 1465).

La *ratio legis* de la distinction entre la protection des enfants communs et non communs est le droit successoral différé : les biens que le survivant recueille à titre onéreux reviendront plus tard aux enfants communs, qui doivent tolérer une attribution de tous les acquêts ; les enfants non communs n'hériteront pas du survivant et leur protection doit viser toute attribution supérieure à la moitié des acquêts.

Il faut aujourd'hui relativiser l'argument du droit successoral différé¹²⁴, dépassé par l'allongement et le coût de la vie âgée. On justifie alors les privilèges du conjoint – face aux deux catégories d'enfants – par la nature des biens transmis : c'est parce que les *acquêts* sont créés *ex nihilo* par les époux en association économique que les enfants *communs* n'ont *aucune* prise sur les acquêts mais seulement sur les anciens biens propres familiaux apportés en communauté (art. 1458, al. 2 et 1464, al. 2). C'est pour cette même raison que les enfants *non communs* doivent avoir un droit de regard sur la part d'acquêts de leur auteur s'il décide de la transmettre au survivant (art. 1465). Le postulat est que le couple décide l'affectation de tous ses acquêts sans possibilité de critique des enfants communs¹²⁵.

Cette nouvelle justification suscite deux critiques doctrinales, pouvant justifier sinon une réforme, à tout le moins une question préjudicielle.

Certains contestent la disproportion *entre les droits des enfants et les droits du conjoint survivant sur les acquêts*, à l'heure où le modèle familial qui fondait la théorie des

¹²² Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., n°s 342 et s., pp. 364 et s.

¹²³ Pour une critique : J.-L. RENCHON, « "Pirates en vue"... Pirates, les enfants à la succession de leur père ou de leur mère ? », in A. VERBEKE, J.-M. SCHERPE, Ch. DECLERCK, T. HELMS et P. SENAËVE (éd.), *Confronting the frontiers of family and succession law. Liber amicorum W. Pintens*, Anvers, Intersentia, 2012, pp. 1169 et s.

¹²⁴ R. BARBAIX, « Koekoekskinderen in het familial vermogensrecht », in *Koekoekskinderen. Handboek Estate Planning. Bijzonder deel 2*, Gand, Larcier, 2009, pp. 59 et s. et pp. 81 et s.

¹²⁵ A. VERBEKE, « Les avantages matrimoniaux : aspects civils », in Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS et M. BOURGEOIS (éd.), *Manuel de planification patrimoniale. Le couple. Décès*, vol. 1, liv. 4, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 151.

avantages matrimoniaux est remplacé par des possibilités de conjugalités successives, et que les espérances de vie rendent particulièrement lourd l'usufruit du conjoint survivant. Le conjoint survivant n'aurait un droit incontestable que sur la *moitié* des acquêts, la seule part qu'il peut considérer avoir créée à l'égal de son conjoint. Toute attribution d'acquêts *supérieure à la moitié* serait libérale à l'égard de *tous les enfants*¹²⁶. Plus fondamentalement, Hanotiau soutient que le principe d'égalité serait respecté en abrogeant purement et simplement la «faveur réservée aux seuls enfants d'un précédent mariage»¹²⁷.

D'autres critiquent la différence *entre la protection des enfants communs et non communs*, à nouveau compte tenu de l'obsolescence de la théorie du droit successoral différé et de l'égalité de tous les enfants¹²⁸. Deux positions sont concevables *de lege ferenda*: soit aligner les protections de tous les enfants sur le standard actuel des enfants non communs (art. 1465) compte tenu du risque plus grand qu'ils n'héritent jamais du survivant; soit aligner les protections de tous les enfants sur le standard actuel des enfants communs, moins favorable, au nom des droits des parents sur tous leurs acquêts, mais en rectifiant l'incohérence de ne pas qualifier libérale l'attribution d'une moitié d'un bien apporté en communauté (art. 1458, al. 2 et 1464, al. 2). Les enfants *non communs* seraient moins protégés car actuellement ils peuvent imputer comme libéralité toute dérogation à l'égalité dans le partage; les enfants *communs* seraient mieux protégés car actuellement ils ne peuvent pas imputer toute la valeur des apports en communauté transférés au conjoint survivant¹²⁹.

Au vu des récents projets de réforme du droit des régimes matrimoniaux et du droit des successions, qui s'apprêtent à réviser les protections dans le sens qui précède, et dans le même temps à augmenter les possibilités conventionnelles de véhiculer les acquêts par voie d'avantage matrimonial entre conjoints de tous régimes et même entre cohabitants légaux, nous ne trouverions pas déraisonnable que le législateur décide, au contraire, de revaloriser la quantité et/ou la qualité des droits successoraux des enfants. La tendance en droit comparé n'est pas en ce sens, peut-être en raison des évolutions sociodémographiques qui font reculer l'âge de la mort et régresser, pour tous, l'utilité de l'héritage. L'on avance que les parents sont censés faire œuvre utile en transmettant aux enfants une formation et une éducation, un bien immatériel de valeur potentielle souvent plus grande que l'héritage d'un auteur très âgé (art. 203).

¹²⁶ J.-L. RENCHON, « "Pirates en vue"... Pirates, les enfants à la succession de leur père ou de leur mère? », *op. cit.*, pp. 1169 et s. et « L'avantage matrimonial: une technique de détournement de la dévolution successorale », *Ann. dr.*, 2014, pp. 123 et s. et spéc. 150.

¹²⁷ M. HANOTIAU, « Les effets en matière successorale de la loi du 13 mars 1987 », *Rev. dr. U.L.B.*, 1991, p. 67.

¹²⁸ Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux. Notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », in A.-Ch. VAN GYSEL (éd.), *Conjugalité et décès*, Limal, Anthemis, 2011, pp. 41-45, n^{os} 13 et 14.

¹²⁹ Impl. R. BARBAIX, « Koekoekskinderen in het familial vermogensrecht », *op. cit.*, p. 61, n^o 87.

Section 9

Avantages matrimoniaux – Déchéance en raison du divorce – Articles 299 et 1429 du Code civil

C.A., 23 novembre 2005 – Absence de déchéance d'un apport en communauté – Non-violation

§ 1. Analyse de l'arrêt

65. La question préjudicielle visait à déterminer si les articles 299, 300 et 1429 du Code civil violent les articles 10 et 11 de la Constitution, dans l'interprétation selon laquelle ils prescrivent seulement au détriment de l'époux contre lequel est prononcé le divorce pour cause déterminée et en faveur de l'époux à l'avantage duquel ce divorce est prononcé, la perte des avantages matrimoniaux constituant simultanément des droits de survie, et non celle des autres avantages matrimoniaux, à savoir un apport stipulé dans le contrat de mariage (art. 1454).

L'espèce opposait deux époux dont le mariage contracté en 1991 fut dissous par un divorce aux torts de l'épouse. Avant leur mariage, les deux futurs époux avaient acquis une maison en indivision, financée pour partie sur fonds propres de l'époux, pour partie au moyen d'un prêt contracté par le couple. Le contrat de mariage prévoyait un apport en communauté des parts indivises dans le logement et du prêt. L'époux considéra que le montant qu'il avait payé personnellement pour le logement familial était un avantage matrimonial que son épouse, « coupable », devait perdre conformément à l'article 299 du Code civil.

66. La Cour d'arbitrage¹³⁰ répond par un constat de constitutionnalité, qui sécurise l'apport en communauté au profit de l'époux « coupable ».

La Cour reformule la question préjudicielle introduisant un comparatif entre avantages matrimoniaux avec ou sans condition de survie. La question pouvait en effet être comprise en ce sens que les avantages matrimoniaux constituant des droits de survie ne sont perdus *que* pour l'époux « coupable ». Or l'article 1429 du Code prescrivait la déchéance des (seuls) droits de survie contre les *deux* ex-époux. En conséquence, la Cour considère qu'elle doit examiner si les articles 299, 300 et 1429 du Code civil violent les articles 10 et 11 de la Constitution, dans l'interprétation selon laquelle un divorce pour cause déterminée conduit à la perte, *pour les deux époux*, d'avantages matrimoniaux *constituant des droits de survie*, mais ne prive pas l'époux « coupable » d'avantages matrimoniaux *sans condition de survie*, tels qu'un apport en communauté stipulé dans le contrat de mariage (B.2.5 et B.2.6).

¹³⁰ C.A., 23 novembre 2005, n° 170/2005, *Not. Fisc. Maand.*, 2006, p. 186, note C. CASTELETIN et M. MUYLLE; *R.W.*, 2006-2007, p. 397, note M. MUYLLE.

La Cour constate que les avantages matrimoniaux sous condition de survie (partage inégal, préciput) se distinguent de manière objective d'autres avantages matrimoniaux en ce que leur octroi se situe nécessairement après le divorce et le partage (B.4.2).

La Cour d'arbitrage juge ensuite la différence de traitement raisonnablement justifiée parce que les avantages sous condition de survie trouvent leur fondement dans la solidarité entre époux, et que l'on peut supposer que les époux voulaient se favoriser mutuellement pour le seul cas où ils resteraient mariés jusqu'au décès de l'un d'eux. Si le mariage est dissous par divorce pour cause déterminée, lesdits avantages perdent leur raison d'être puisqu'on peut considérer que l'*affectio maritalis* a disparu (B.4.3). Cette distinction est également justifiée par les motifs ayant conduit le législateur à modifier l'article 1429 du Code civil en 1976 pour rendre caducs tous les avantages sous condition de survie contre les deux époux : le législateur a souhaité remédier aux sérieux problèmes pratiques liés au maintien de droits de survie après le divorce (B.4.1).

La Cour ajoute que l'article 299 du Code civil, entraînant la perte des avantages à titre gratuit, constitue pour l'époux coupable uniquement une sanction civile qui n'est pas applicable à l'apport de biens propres en communauté (B.5.1). La Cour de cassation s'est en effet prononcée en ce sens dès 2001¹³¹. Or le fait que des avantages matrimoniaux comme l'apport en communauté ne puissent être considérés comme une donation justifie également que la sanction inscrite à l'article 299 du Code civil ne frappe pas l'époux contre lequel le divorce est prononcé dans la même mesure que dans le cas de l'octroi d'autres avantages visés dans cette disposition (B.5.2).

La Cour d'arbitrage conclut enfin que les effets de la différence de traitement ne sont pas disproportionnés par rapport aux objectifs légitimes poursuivis par le législateur dès lors que l'époux qui apporte un propre en communauté *déroge de son plein gré* au régime matrimonial légal, de sorte qu'il doit également être réputé accepter les effets de ce choix. La Cour ajoute qu'il est possible d'insérer dans le contrat de mariage une *clause de partage dérogatoire* prévoyant, en cas de dissolution du régime par divorce, soit la restitution de l'apport sans imputation sur la part de l'époux qui a apporté le bien, soit le paiement d'une indemnité (B.7.3).

67. La stratégie judiciaire qui a donné lieu à l'arrêt est rencontrée dans plusieurs arrêts commentés. Nous nous interrogeons sur l'intérêt animant justiciables et juridictions à solliciter du juge constitutionnel une réponse à une question tranchée plusieurs années auparavant par la Cour de cassation, ici dans son arrêt du 23 novembre 2001. Cette « stratégie » consiste, à nos yeux, à susci-

¹³¹ Cass., 23 novembre 2001, *E.J.*, 2002, 27, note K. VANWINCKELEN; *Rev. not. belge*, 2002, p. 318, note C. GIMENNE; *T. Not.*, 2002, p. 86; *R.W.*, 2001-2002, p. 1608, note; *J.L.M.B.*, 2003, p. 7 (rapport d'activité); *R.G.D.C.*, 2003, p. 241, note W. PINTENS; *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 634, note.

ter un conflit virtuel entre la position adoptée par la Cour de cassation et celle un peu plus détachée du litige et plus ouvertement politique (au sens large) de la Cour constitutionnelle, pour bénéficier d'une «seconde chance». Une autre explication est que le plaideur déçu par une interprétation donnée par la Cour de cassation est tenté d'amalgamer absence de droit et discrimination.

En cas de confirmation d'une jurisprudence de la Cour de cassation, la Cour constitutionnelle élève cette jurisprudence au seuil de norme quasi législative. La Cour constitutionnelle sanctionne la norme tandis que la Cour de cassation sanctionne la décision d'un juge. Si la Cour constitutionnelle démentit une solution adoptée par la Cour de cassation, le gain pour le litige peut être important, la discordance normative malheureusement aussi¹³².

Nous y voyons aussi un vecteur de progrès dans l'adaptation du droit des régimes matrimoniaux aux évolutions des couples, *via* le principe d'égalité et de non-discrimination, parfois, mais trop rarement, à l'encontre la traditionnelle invocation du choix contractuel opéré par les époux afin de conserver le régime existant.

La Cour constitutionnelle est traditionnellement considérée comme incompétente pour se prononcer sur la constitutionnalité de l'interprétation d'une norme. Mais il n'a pas échappé aux plaideurs que la Cour développe des techniques par lesquelles elle précise l'interprétation satisfaisant ou non le prescrit égalitaire des articles 10 et 11, sans parfois même y être invitée par le juge *a quo*. L'une de ces techniques consiste à présenter les dispositifs de son arrêt en forme de violation/non-violation selon l'interprétation donnée par le juge *a quo*, ou en termes d'alternative, la Cour précisant qu'une interprétation viole la Constitution et l'autre pas, comme dans l'arrêt commenté. Cette technique permet de donner au juge de renvoi le libre choix de l'interprétation contraire à la Constitution et en conséquence d'écarter la norme litigieuse¹³³.

Dans l'espèce commentée, cette liberté laissée au juge de renvoi dans son choix d'interprétation est l'objectif du plaideur déçu par l'arrêt de la Cour de la cassation puisque le constat d'inconstitutionnalité de l'interprétation donnée par celle-ci représente la dernière chance qui lui est offerte pour triompher dans son action.

68. L'arrêt a perdu toute actualité depuis la modification de l'article 299 et de l'article 1429 du Code civil par les lois du 27 avril 2007 réformant le divorce et du 12 décembre 2012 relative entre autres à la déchéance des avantages matrimoniaux.

¹³² B. DEJEMEPPE, « La Cour de cassation, troisième degré de juridiction ? À propos de la distinction du fait et du droit en cassation », *Rev. dr. pén.*, 2013, pp. 278-280.

¹³³ N. BANNEUX, « L'égalité, clé du contentieux constitutionnel ? », in M. PÂQUES et J.-C. SCHOLSEM (coord.), *L'égalité: nouvelle(s) clé(s) du droit?*, CUP, vol. 73, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 27.

Nous retiendrons son considérant B.7.3 dans notre parcours sur la justification des différences de traitement par le *choix contractuel des époux*. Ici, sa pertinence n'est pas contestable car l'époux apporteur s'appauvrit, et doit être présumé réceptif aux informations du notaire sur les conséquences d'un divorce, à savoir la perte de la moitié de son bien.

§ 2. Implications

69. Désormais, pour *toute forme de divorce*¹³⁴, l'article 299 du Code civil prescrit la déchéance de tous les « avantages » faits par contrat de mariage ou depuis le mariage, sauf convention contraire. Cette disposition frappe *les deux époux*.

La déchéance concerne *tout avantage patrimonial*, sous condition de survie ou non¹³⁵, sur des biens communs ou propres¹³⁶. Sont perdues également les donations faites par contrat de mariage ou sous toute autre forme irrévocable¹³⁷ (par exemple : désignation bénéficiaire d'une assurance-vie). Mais au contraire de la déchéance pour indignité ou exhérédation, celle contenue dans l'article 299 ne vise pas les avantages résultant de la composition des patrimoines (par exemple : apport en communauté ; stipulation de communauté universelle)¹³⁸ ni du fonctionnement du régime (par exemple : qualification commune des revenus inégaux).

Concernant la convention contraire à la déchéance, celle-ci porte soit l'octroi soit le maintien de l'avantage matrimonial *en cas de divorce*¹³⁹. Elle peut être conclue déjà dans le contrat de mariage ou à l'autre extrême dans la procédure en divorce ou de partage.

¹³⁴ Le nouvel article 299 est devenu applicable aux époux divorcés par *consentement mutuel* dès le prononcé définitif du divorce, sauf convention contraire ; ainsi sont palliées d'éventuelles lacunes du règlement transactionnel ou du contrat de mariage à ce sujet (Mons, 19 janvier 2012, *Bull. ass.*, 2013, p. 69, note (critique) C. DEVOET, « Stipulation bénéficiaire d'assurance-vie » ; *contra* : P. MOREAU, « La perte des avantages que les époux se sont faits par contrat de mariage ou durant le mariage », in P. MOREAU (éd.), *Libéralités et successions*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 165-167).

¹³⁵ Si l'avantage est stipulé « quelle que soit la cause de dissolution » (clause dite « de la mortuaire »), il est maintenu par convention contraire au sens de l'article 299. Pour plus de détails : R. BARBAIX, N. GEELHAND et A. VERBEKE, *Huwelijksvoordelen*, Gand, Larcier, 2010 ; H. CASMAN et A. VERBEKE, « Wat is een huwelijksvoordeel? », *N.F.M.*, 2005, p. 292.

¹³⁶ L'article 299 s'applique aux institutions contractuelles antérieures à 2007 si le décès intervient après 2007 (Bruxelles, 15 mai 2012, *T. Not.*, 2012, p. 351 – institution contractuelle antérieure à 2007, déchu contre le conjoint qui, avant 2007, avait « obtenu » le divorce pour faute contre le défunt).

¹³⁷ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., p. 228, n° 224. Les testaments et donations entre époux hors contrat de mariage sont révocables.

¹³⁸ Cass., 23 novembre 2001, précité.

¹³⁹ Dans le premier cas, elle postpose sa délivrance au décès. L'avantage maintenu est alors un avantage sous condition de survie ; il y aura partage provisoire du patrimoine commun selon le droit commun dans l'attente du décès. Dans le second cas, la délivrance se fera dès le divorce (par exemple : 70/30 en faveur de Madame) ; le partage est alors définitif. Sur les différences entre octroi et maintien et sur la licéité d'une telle clause : Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage : entre conventions et controverses », in Fédération royale du notariat (éd.), *Le défi du notaire*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 96-97, n° 19 à 21. *Contra* : Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, « Les avantages matrimoniaux. Aspects civils et fiscaux », *Rev. not. belge*, 2002, p. 270.

La loi du 12 décembre 2012 a modifié l'article 1429, alinéa 2, et abrogé l'article 1459 qui prescrivait aussi de telles déchéances en cas de divorce, sans s'harmoniser avec l'article 299 parce qu'ils n'avaient pas été modifiés par la loi du 27 avril 2007¹⁴⁰. Désormais, ces dispositions, au contraire de l'article 299, ne concernent plus le divorce mais d'autres causes de dissolution (séparation de biens judiciaire ou modification conventionnelle du régime matrimonial) et d'autres avantages (uniquement les droits de survie).

Section 10

Rétroactivité des effets patrimoniaux du divorce à la première demande en divorce – Article 1278, alinéa 2, du Code judiciaire

C. const., 25 mars 2009 – Incidence d'une reprise de la vie commune entre les demandes – Non-violation; *C. const.*, 28 octobre 2010 – Incidence d'une réconciliation entre les demandes – Violation

70. Les effets patrimoniaux du divorce remontent entre époux au jour de la demande ou, en cas de pluralité de demandes, au jour de la *première* demande, qu'elle ait abouti ou non (art. 1278, al. 2, du Code judiciaire). Le législateur présume qu'à partir de cette date, toute collaboration économique entre les époux cesse, alors que cette collaboration est le moteur et la raison du régime matrimonial.

Deux difficultés d'interprétation de ce texte se posent¹⁴¹, dont l'enjeu est la durée des indivisions post-communautaires et la complexité des comptes d'indivision. Cet enjeu va heureusement se réduire, car les lois du 27 avril 2007 et du 13 août 2011 ont affaibli l'intérêt de demandes multiples en divorce et diminué la durée des procédures en divorce et en liquidation-partage judiciaire.

La première est de savoir si une *reprise effective de la vie commune et de la collaboration patrimoniale des époux* après l'introduction d'une première demande en

¹⁴⁰ La loi du 27 avril 2007 prévoyait en effet uniquement qu'« [à] l'article 1429, alinéa 1^{er}, du même Code, remplacé par la loi du 14 juillet 1976, les mots "reprises aux articles 229, 231 et 232" sont remplacés par les mots "reprises à l'article 229" ». Il en était de même concernant l'article 1459 du Code civil, tandis que l'article 299 était reformulé de façon tout à fait générale (« Sauf convention contraire, les époux perdent tous les avantages qu'ils se sont faits par contrat de mariage et depuis qu'ils ont contracté mariage »). Ce faisant, tant l'article 1429 que l'article 1459 et que l'article 299 du Code civil étaient susceptibles de régir la perte des avantages matrimoniaux en cas de divorce pour cause de désunion irrémédiable.

¹⁴¹ Pour plus de détails, voy. not. V. DEHALLEUX, « Dissolution du régime matrimonial », in Y.-H. LELEU (éd.), *Chron. not.*, vol. 42, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 183, n° 76; Y.-H. LELEU, « Procédure de liquidation-partage – actualités de jurisprudence », *Rev. dr. U.L.B.*, 2003, pp. 310 et s. et « Les régimes matrimoniaux – Examen de jurisprudence (1997-2005) », *op. cit.*, p. 95, n° 69. Adde et comp.: J. DU MONGH et Ch. DECLERCK, « Over de toepassing van artikel 1278 tweede lid Ger. W. bij pluraliteit van echtscheidingsvorderingen. Een standpunt », *N.F.M.*, 2005, pp. 77 et s.

divorce *exclut* la rétroaction des effets de la dissolution du régime matrimonial à cette date. La Cour constitutionnelle et la Cour de cassation vont y répondre, non sans lacunes (voy. *infra*, n° 71).

La seconde est de savoir si cette disposition s'applique quand le divorce est prononcé sur une deuxième (ou troisième) demande *sans lien procédural avec la demande initiale*, rejetée ou non diligentée. La Cour de cassation sera appelée à y répondre (voy. *infra*, n° 74).

§ 1. Incidence de la reprise de la vie commune : jurisprudence de la Cour constitutionnelle

A. C. const., 25 mars 2009

71. Si une *reprise de la vie commune et de la collaboration patrimoniale* après l'introduction d'une première demande en divorce *exclut* la rétroaction des effets de la dissolution du régime matrimonial à cette date, seront maintenus en communauté des biens ou des dettes respectivement acquis ou contractées entre cette reprise de collaboration et la seconde demande.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 24 février 2005, s'y oppose au motif qu'en exigeant la disparition de tout *affectio societatis* entre les époux, l'on ajoute une condition au texte légal¹⁴². Nous partageons cette interprétation, d'autant que l'absence d'*affectio societatis* est l'une des conditions d'une autre institution : l'exclusion par le juge de certains biens et de certaines dettes de la liquidation (art. 1278, al. 4, du Code judiciaire)¹⁴³.

Une question préjudicielle fut alors posée à la Cour constitutionnelle¹⁴⁴ pour savoir si l'article 1278, alinéa 2, du Code judiciaire, dans l'interprétation retenue par la Cour de cassation, ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce sens qu'il s'applique de la même manière aux époux qui ont décidé de reprendre la vie commune et leur collaboration patrimoniale après la première demande en divorce, d'une part, et aux époux qui demeurent séparés durant cette instance, d'autre part. L'espèce concernait un époux ayant demandé le divorce en 1993 avant de reprendre la vie commune avec son épouse, pour introduire en 1997 une nouvelle demande.

72. La Cour constitutionnelle, dans l'arrêt du 25 mars 2009, répond négativement. Selon la Cour, l'article 1278, alinéa 2, n'a pour objet ni pour effet de

¹⁴² Cass., 24 février 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 602; *R.W.*, 2005-2006, p. 1101, note Ch. DECLERCK et J. DU MONGH; *E.J.*, 2006, p. 82, note; *T. Not.*, 2007, p. 30, note F. BOUCKAERT.

¹⁴³ Ph. DE PAGE, *op. cit.*, p. 169, n° 147; R. DEKKERS et H. CASMAN, *op. cit.*, pp. 127-129, n°s 195 et 196; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, *op. cit.*, p. 220, n° 217.

¹⁴⁴ C. const., 25 mars 2009, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 108, note A.-Ch. VAN GYSEL; *T. fam.*, 2009, p. 159, note H. VANBOCKRIJCK; *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 1105; *N.J.W.*, 2009, p. 807, note A. VANDERHAEGHEN; *R.A.B.G.*, 2010, p. 246, note A. RENIERS.

s'immiscer dans le choix que font deux époux des modalités juridiques ou pratiques qui encadrent une procédure en divorce. La disposition a pour seul objet de déterminer la date à laquelle remontent les effets patrimoniaux d'un divorce, et pour objectif d'assurer la sécurité juridique des ex-époux sur base de la considération, non dépourvue de justification raisonnable, que lorsqu'une procédure en divorce aboutit, c'est lors de l'introduction de la demande originaire qu'a commencé la « période suspecte » d'un point de vue patrimonial (B.4.2).

La Cour ajoute que le législateur pouvait ne pas tenir compte d'une éventuelle reprise de la vie commune des époux, dès lors qu'elle n'a pas abouti à une véritable réconciliation (art. 1284 anc. du Code judiciaire) éteignant l'action en divorce, initiant la solution de l'arrêt du 28 octobre 2010 que nous commentons ci-après.

La Cour poursuit qu'« il est impossible de déterminer en quoi la règle avantagerait ou désavantagerait l'un ou l'autre des ex-époux qui aurait fait le choix de reprendre la vie commune pendant un certain temps au cours de la procédure en divorce » (B.4.3).

Ce disant, elle confond quelque peu les catégories à comparer : la Cour d'appel de Liège entendait lui faire examiner la distinction entre deux types de couples, tandis que la Cour constitutionnelle examine une différence de traitement entre les deux membres du couple.

B. C. const., 28 octobre 2010

73. L'importance de la distinction entre reprise de vie commune et réconciliation, annoncée dans l'arrêt du 25 mars 2009, fut réaffirmée par la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 28 octobre 2010¹⁴⁵.

En l'espèce, plusieurs demandes furent introduites entre 2004 et 2007, dont celle principale et originaire de l'époux qui fut déclarée éteinte pour réconciliation (art. 1284 anc. du Code judiciaire). Le tribunal évoqua l'arrêt du 25 mars 2009 de la Cour constitutionnelle pour constater que la Cour limitait le contrôle de la disposition « à l'hypothèse de deux époux qui ne s'étaient pas réconciliés au sens de l'ancien article 1284 du Code judiciaire, mais avaient cependant repris leur vie commune », et pose une question préjudicielle sur la distinction entre les couples qui « ont décidé de se réconcilier et, partant, de restaurer aussi une solidarité patrimoniale, [et] les autres [qui] ont exclu une réconciliation et une reprise de la collaboration patrimoniale, entendant se soustraire aux règles du régime primaire ».

¹⁴⁵ C. const., 28 octobre 2010, R.A.B.G., 2011/5, note S. BROUWERS ; N.J.W., 2011, p. 225, note A. VANDERHAEGHEN ; Rev. dr. étr., 2010, p. 590 ; R.W., 2010-2011, p. 686 (somm.) ; R.D.J.P., 2010, p. 207 ; Rev. trim. dr. fam., 2011, p. 308.

La Cour constitutionnelle, dans son arrêt du 28 octobre 2010, répond positivement en deux temps. D'abord, elle reprend les considérants de l'arrêt du 25 mars 2009 et résume la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle la vie commune, même si elle s'accompagne de rapports sexuels, n'implique pas nécessairement une réconciliation au sens de l'ancien article 1284 du Code judiciaire (B.6 à B.8). Ensuite, elle considère que la réconciliation a d'autres effets juridiques que la simple reprise de la vie commune, puisque l'article 1284 du Code judiciaire – avant son abrogation par la loi du 27 avril 2007 – disposait que « l'action en divorce est éteinte par la réconciliation des époux ». La réconciliation implique que la « période suspecte d'un point de vue patrimonial » qui était née par l'intentement de cette première action doit être considérée comme ayant pris fin (B.9).

En toute logique, la Cour conclut que, dans l'interprétation de la disposition que le juge *a quo* soumet à la Cour, deux catégories d'époux dans des situations *différentes* au regard de la disposition en cause sont traitées de manière identique, sans justification raisonnable (B.10). Elle ajoute que la question préjudicielle appellerait une réponse *négative* dans l'interprétation selon laquelle les effets patrimoniaux du divorce, en cas de pluralité de demandes, ne remontent pas, pour les époux, au jour où la première action a été intentée en cas de réconciliation, au sens de l'article 1284 du Code judiciaire, après cette première action (B.12).

Si cette distinction avait un intérêt, force est de constater qu'elle n'est plus de droit positif puisque la loi du 27 avril 2007, supprimant le divorce pour faute, a également supprimé la réconciliation.

§ 2. Lien procédural entre les demandes : jurisprudence de la Cour de cassation

74. La seconde question était de savoir si la rétroactivité prévue par l'article 1278, alinéa 2, s'applique quand le divorce est prononcé sur une *deuxième (ou troisième) demande sans lien procédural avec la demande initiale*, rejetée ou non diligentée. Peut-on considérer que le régime matrimonial n'est dissous qu'au début du *dernier* processus divorcial, et qu'avant cela le régime matrimonial n'a pas cessé de fonctionner ?

Les juridictions de fond préconisent la rétroaction des effets patrimoniaux à la première demande dans tous les cas¹⁴⁶, même si elle n'a plus de lien procédural avec le divorce parce que le demandeur s'est désisté, même si les procédures sont

¹⁴⁶ Anvers, 18 février 2004, R.G.D.C., 2004, p. 562, note C. DE BUSSCHERE; T. not., 2006, p. 167; Gand, 29 mars 2002, R.G.D.C., 2003, p. 177, note C. DE BUSSCHERE; Liège, 5 juin 2002, J.T., 2002, p. 653; Liège, 8 février 2000, J.T., 2000, p. 402; R.R.D., 2000, p. 172. *Contra* : Civ. Malines, 11 février 2009, R.W., 2009, p. 748, note K. CREYF; Rev. trim. dr. fam., 2010, p. 964 (somm.).

séparées de plusieurs années, sous réserve, pour certaines juridictions, mais à tort comme on l'a vu, d'une reprise d'*affectio societatis* après la première demande¹⁴⁷.

La Cour de cassation s'est prononcée le 5 février 2004 sans vider la controverse, à notre avis¹⁴⁸. Elle estime qu'en présence de demandes successives, celle sur la base de laquelle le divorce a été prononcé est « sans incidence sur la règle de la rétroactivité à la première demande prévue par l'article 1278, alinéa 2 du Code judiciaire ». Elle interdit ainsi, implicitement, de distinguer entre les différentes demandes. Dans un arrêt du 24 février 2005, elle se borne à juger qu'au sens de l'article 1278, alinéa 2, du Code judiciaire, « il y a pluralité de demandes lorsque deux demandes en divorce *coexistent dans le temps* »¹⁴⁹.

Cette jurisprudence de la Cour de cassation est cohérente avec celle de la Cour constitutionnelle dans le large effet rétroactif accordé à l'article 1278, alinéa 2. Elle nous paraît cependant incompatible avec l'esprit de la loi et fait double emploi avec l'exclusion de biens et de dettes de la communauté permise *via* l'article 1278, alinéa 4, du Code judiciaire. À l'extrême, elle pourrait être détournée par une action en divorce non poursuivie, intentée dans le but de fixer unilatéralement la date de dissolution, ou même bilatéralement en fraude des règles relatives à la modification conventionnelle du régime matrimonial¹⁵⁰. À notre avis, la rétroaction des effets patrimoniaux du divorce à la première demande ne se justifie pleinement que si les demandes sont *procéduralement coexistantes*, unies dans le temps et par une même intention de divorcer, et non, par exemple, lorsqu'une première demande n'est pas diligentée ou est rejetée.

L'article 1278, alinéa 4, du Code judiciaire permet, plus finement qu'un report de la rétroactivité au tout début des intentions exprimées de divorce, d'exclure de la liquidation des biens ou dettes si cela se justifie en équité à cause d'une absence réelle d'*affectio societatis*. Dans notre thèse, non suivie par la jurisprudence majoritaire, si la collaboration patrimoniale n'a *pas* repris depuis la première de toutes les demandes, une exclusion des biens acquis entre cette demande et la première demande du processus final de divorce est toujours possible sur la base de l'article 1278, alinéa 4.

75. Finalement, peut-on s'interroger sur l'utilité de la rétroactivité de la dissolution patrimoniale, créant une véritable « schizophrénie juridique »¹⁵¹ ? Cette fiction est dangereuse pour les époux qui demeurent soumis à leur régime matrimonial durant l'instance en divorce, pour en être brusquement et rétroactivement privés le jour où leur divorce est coulé en force de chose jugée.

¹⁴⁷ Liège, 5 mai 2004, R.G.D.C., 2007, p. 176, note ; Liège, 27 avril 2004, *Div. Act.*, 2005, p. 25, note F. CHRISTIAENS ; R.G.D.C., 2007, p. 173, note.

¹⁴⁸ Cass., 5 février 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 210 ; *E.J.*, 2006, p. 80, note H. VANBOCKRIJK ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 245 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 724 (somm.).

¹⁴⁹ Cass., 24 février 2005, précité.

¹⁵⁰ Pour plus de détails : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., pp. 221-222, n° 217.

¹⁵¹ A.-Ch. VAN GYSEL, note sous C. const., 25 mars 2009, *Act. dr. fam.*, 2009, pp. 109-111.

Avec le soutien de l'article 1287, alinéa 4, l'on peut en effet raisonnablement plaider la suppression de cette rétroactivité et l'adoption d'une même date d'effets patrimoniaux du divorce – la transcription – tant entre époux qu'à l'égard des tiers.