

## Note – Le statut de l'entreprise initiée par un époux avant un mariage en communauté mais développée durant celui-ci

1. Les biens et les créances qualifiés propres en raison de leur antériorité au mariage (art. 1399, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.) se définissent traditionnellement comme ceux dont « le titre juridique de propriété ou la cause juridique de la créance » existent avant le mariage<sup>1</sup>. Les contours de cette définition peuvent cependant être délicats à tracer s'agissant de la qualification des parts d'une société constituée pendant le mariage mais essentiellement composée de l'apport d'une entreprise<sup>2</sup> débutée par un des époux avant de se marier.

2. Les faits à l'origine de l'arrêt commenté se résument comme suit. Les époux se sont mariés le 25 août 1979 sous un régime de communauté, avec contrat de mariage conclu le 14 août 1979. Par celui-ci, l'époux a apporté à la communauté un terrain constructible qui lui était jusqu'alors propre (art. 1399, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.). La maison familiale a ensuite été bâtie sur le terrain apporté, au moyen de deniers communs.

Peu avant son mariage, l'époux avait débuté une activité d'indépendant en entretien et réparation de matériel de bureau, immatriculée à la TVA le 1<sup>er</sup> juillet 1979.

De 1979 à 1985, l'activité indépendante fut exercée à titre complémentaire, tandis que l'époux travaillait à titre principal en qualité de salarié auprès de la société W., spécialisée dans la même activité. En qualité d'indépendant, l'époux vendait du matériel de bureau et il prestait des services d'entretien et de réparation de matériel de bureau après ses heures de travail salariées, auprès de la firme B., laquelle était un client récurrent et important de la société W.

De 1985 à 1988, l'activité complémentaire se transforma en activité principale.

L'époux constitua, le 5 février 1988, la société « NV G. O. EQUIPMENT », moyennant un capital de départ de 4 600 000 BEF, représenté par 460 actions, dont 452 furent inscrites à son nom en raison de son apport en nature de l'entreprise de fournitures de bureau individuelle créée en 1979 et en particulier, du *goodwill* et du stock afférent cette activité. Les autres actions

furent inscrites au nom de l'épouse, de la fille commune des époux et du frère de l'époux, moyennant apports en numéraire. Selon les faits soumis à la Cour, l'épouse se serait également investie dans cette activité, en gérant le volet administratif et les fournitures.

Le divorce fut prononcé le 2 décembre 1997 et la liquidation du régime matrimonial généra deux points de discorde, le premier concernant le caractère propre ou commun des actions de la société de l'époux constituée pendant le mariage, le second concernant le droit d'attribution préférentielle (art. 1477 C. civ.) en conflit avec le droit de reprise de l'ancienne maison familiale (art. 1455 C. civ.), au cœur d'une autre controverse<sup>3</sup>. S'agissant de la première problématique, seule traitée ici, tant le notaire liquidateur que le premier juge auquel le litige a été soumis ont considéré que les actions litigieuses faisaient partie du patrimoine commun.

3. La Cour d'appel de Gand confirme la qualification commune, en fondant essentiellement sa décision sur le caractère *secondaire* (« handel in bijberoep ») et *embryonnaire* de l'entreprise constituée par l'époux avant le mariage, mais sans fournir de motivation juridique précise à cette décision pourtant contraire à la lettre de l'article 1399, alinéa 1<sup>er</sup>, ce qui justifie le présent commentaire.

Selon la Cour, la circonstance que l'entreprise de l'époux ait été entamée avant le mariage n'est pas décisive, dès lors qu'il vendait sur commissions pour la société W. et pour le compte de celle-ci dans le cadre de son activité secondaire, jusqu'en 1985. Sa clientèle était de ce fait essentiellement la même que celle de son employeur durant toute cette période, même si la Cour reconnaît que cette clientèle était « liée et éventuellement augmentée en raison du nom et de la réputation de l'époux »<sup>4</sup> et que, dès mi-1979, des « services d'entretien et de réparation de bureaux étaient prestés auprès de cette même clientèle en son nom propre »<sup>5</sup>, dans son propre atelier et avec son propre matériel. La Cour ne considère pas davantage comme déterminant l'indication de l'époux en qualité de commerçant dans le contrat de mariage. Se basant enfin sur le « chiffre d'affaire net très limité » produit par l'entreprise individuelle de l'époux avant le mariage, et sur la « construction » de l'activité durant le mariage, la Cour qualifie communes les parts de la société, sans motiver pourquoi elle écarte le critère d'antériorité prescrit par l'article 1399, alinéa 1<sup>er</sup>.

1. Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 89 ; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 92 ; L. RAUCENT, *Les régimes matrimoniaux*, Louvain-La-Neuve, Cabay, 1978, p. 164, n° 292. Adde : L. RAUCENT, *Les régimes matrimoniaux*, Louvain-La-Neuve, Cabay, 1986, p. 70, n° 64 (fonds de commerce propre).

2. Y.-H. LELEU, « Les régimes matrimoniaux – Examen de jurisprudence (1997-2005) », *R.C.J.B.*, 2006, p. 846.

3. Pour plus de détails à ce sujet, voir, en sens divers : Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 257 ; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 276. *Contra* : Gand, 9 novembre

2006, *N.J.W.*, 2007, p. 470, note G.V. ; *T. Not.*, 2007, p. 340 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 258 (sommaire) ; K. BOONE, « Art. 1447 B.W. », in *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2003, n° 14 ; W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 339, n° 615 ; J.-L. SNYERS, « Clause d'apport dans la communauté avec droit de reprise en cas de divorce », *M.N.F.*, 1993, p. 142, n° 226.

4. Traduction libre.  
5. Traduction libre.

4. L'arrêt commenté s'inscrit à rebours de la définition traditionnelle des biens propres en raison de leur antériorité au mariage. Les faits soumis à la Cour incitent en effet à une qualification propre<sup>6</sup> des parts puisque l'entreprise commerciale individuelle a été créée et initiée par l'époux le 1<sup>er</sup> juillet 1979, soit près de deux mois avant son mariage communautaire (art. 1399, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.). L'activité a seulement été exercée à titre principal entre 1985 et 1988, mais elle pouvait parfaitement conserver la même qualification, faute d'entreprise nouvelle. Enfin lorsque l'entreprise propre fut apportée à la société constituée pendant le mariage, les parts sociales obtenues en contrepartie pouvaient également être qualifiées propres, par l'effet de la subrogation (art. 1400, 5<sup>o</sup>, C. civ.)<sup>7</sup>.

Pourtant, même si la Cour constate l'existence d'une activité professionnelle exercée en personne physique par l'époux avant son mariage, elle applique la présomption de communauté aux actions de la société (art. 1405, 4<sup>o</sup>, C. civ.).

En n'indiquant pas le fondement légal, doctrinal ou jurisprudentiel de cette solution, la Cour prend des libertés certaines avec l'application des dispositions qualifiant les biens propres (tant l'article 1399 que l'article 1400.5<sup>o</sup>), et pourrait encourir le reproche de privilégier l'équité dans une opération de qualification appelant une grande sécurité juridique. Le prescrit de l'article 1399 est clair, son interprétation est en principe restrictive<sup>8</sup>.

5. Il faut cependant approuver le souci de justice poursuivi par la Cour en l'espèce. La qualification propre d'une société dont l'essentiel du développement a eu lieu pendant le mariage a toujours été source de difficultés, en raison de la philosophie même du régime communautaire.

D'une part, si l'époux entrepreneur s'est seul investi dans la création *et* dans le développement de son entreprise, il lui paraîtrait injuste que son épouse, ayant probablement bénéficié durant la vie commune des revenus produits par cette activité, puisse réclamer le rachat par le premier de la moitié de la valeur

de sa société, au risque secondaire d'aboutir à la liquidation d'une société viable, dans l'hypothèse où l'époux entrepreneur ne disposerait pas de liquidités suffisantes<sup>9</sup>. D'autre part, l'époux, en qualité d'actionnaire majoritaire ou unique d'une société dont les actions sont propres, dispose de larges possibilités de soustraire au patrimoine commun les revenus promérités, en les réservant ou surinvestissant au sein de cette société. Ce risque est compensé lorsque les actions de la société sont communes, puisque leur valeur – commune – augmente<sup>10</sup>. En revanche, la valeur des actions d'une société déclarées propres échappe au conjoint non actionnaire ou actionnaire minoritaire. En l'espèce, le capital initial de la société, fixé à 4 600 000 BEF, est évalué lors des opérations de liquidations à 386 998 €. La qualification propre paraissait dans ce cas d'autant moins équitable que l'activité en cause fut débutée par l'époux un mois seulement avant son mariage et qu'*a fortiori* l'époux entrepreneur avait fait le choix d'un régime communautaire et non d'un régime de séparation de biens.

En France, un arrêt de la Cour d'appel de Colmar s'est inscrit dans une pareille tendance où l'équité est le guide de la qualification du fonds de commerce, dans la mesure où la date d'ouverture du fonds de commerce peut n'être que pure contingence<sup>11</sup>. Si tel est le cas, encore faut-il que la solution équitable, consistant en la qualification commune des actions disputées, soit motivée en droit.

6. L'écart entre la décision rendue et la stricte application de la disposition légale qualifiant de propre tout bien antérieur au mariage, nous invite à examiner les fondements juridiques possibles de cette décision. Après avoir soulevé les difficultés de qualification que pose ce type d'entreprise constituée peu avant le mariage, voire *in extremis*, nous exposerons les différentes techniques autorisant une qualification commune en examinant successivement la théorie doctrinale de la clientèle évolutive (A.), la théorie de la branche nouvelle d'activité, éventuellement remaniée (B.), et en proposant enfin une interprétation nouvelle des critères traditionnels de l'article 1399, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil (C.).

6. Nous considérons l'entreprise créée par l'époux comme une universalité, sans quoi chacun de ses éléments devraient être qualifiés distinctement, en fonction de leur date d'acquisition (voir L. RAUCENT, *Les régimes matrimoniaux*, Louvain-La-Neuve, Cabay, 1978, p. 66, n<sup>o</sup> 58).

7. R. DEKKERS et H. CASMAN, *Handboek Burgerlijk Recht – deel IV. Huwelijksstelsels, erfrechten, giften*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 61 ; W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 163, n<sup>o</sup> 278 ; B. WAUTERS, *Aandelen en echtscheiding*, Anvers, Maklu, 2000, p. 89, n<sup>o</sup> 90. Cette solution est aussi appliquée en droit français : F. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, Paris, Dalloz, 2008, p. 281, n<sup>o</sup> 352.

8. Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 70, n<sup>o</sup> 65 ; Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, « Le statut des biens professionnels en droit des régimes matrimoniaux et en droit successoral », in *La transmission du patrimoine professionnel*, Ph. DE PAGE ET A. CULOT (dir.), Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 196 ; Ph. DE PAGE, « Le statut des parts et actions nominatives dans les régimes en communauté – état des questions », *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 241.

9. Voir la solution proposée par Ph. DE PAGE à ce problème : Ph. DE PAGE, « La clientèle des professions libérales », in *Quinze années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux*, L. RAUCENT et J.-L. RENCHON (éd.), Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia/Bruylant, 1991, pp. 49 et s. ; Bruxelles, 20 décembre 2007, *N.J.W.*, 2008, p. 451, note G. VERSCHULDEN ; Civ. Liège, 17 octobre 1994, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 98. *Contra* : Ch. DECLERCK, « Secondaire huwelijksvermogensstelsel », in *Patrimonium 2008*, (W. PINTENS, J. DU MONGH et Ch. DECLERCK) (éd.), Anvers/Oxford, Intersentia, 2008, p. 23, n<sup>o</sup> 26.

10. Civ. Courtrai, 12 septembre 1991, *R.W.*, 1991-1992, p. 682 ; *T. Not.*, 1992, p. 236, note F. BOUCKAERT ; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 97 et 142.

11. Colmar, 6 janvier 1967, *Rev. trim. dr. com.*, 1969, p. 40, n<sup>o</sup> 6, obs. JAUFFRET ; A. COLOMER, *Les régimes matrimoniaux et le droit commercial*, t. I., « Le fonds de commerce et les régimes matrimoniaux », Paris, Litec, 1977, p. 79, n<sup>o</sup> 57.

## A. La théorie de la clientèle évolutive ou des accroissements

7. Une première manière d'aboutir à une qualification différenciée des parts est la théorie de la clientèle évolutive. Elle consiste à distinguer le fonds professionnel ou la clientèle existant au jour du mariage de leurs accroissements durant le mariage, en qualifiant ces derniers communs au motif que leur composition est mouvante et qu'au jour de la liquidation, ils sont composés de biens et/ou de clients acquis durant le mariage, est *a priori* tentante<sup>12</sup>. En principe, tout bien ou créance acquis durant le mariage constitue un acquêt, devant recevoir, dans la philosophie du régime légal belge, une qualification commune.

Cette solution serait particulièrement commode en l'espèce et justifierait la qualification commune puisque la majeure partie de la clientèle de l'époux a été développée postérieurement au mariage, l'époux partageant essentiellement les clients de son employeur durant la période antérieure au mariage.

8. Toutefois, en droit, cette distinction se heurte à l'opinion majoritaire selon laquelle les *accroissements* d'un bien (professionnel) s'identifient à celui-ci, et reçoivent dès lors la même qualification<sup>13</sup>. Ensuite, ce procédé contrevient au principe d'immutabilité du régime matrimonial qui impose la qualification immédiate et définitive d'un bien lors de son entrée dans le régime<sup>14</sup>. Enfin, en imposant de dissocier les clients existants au jour du mariage des clients acquis postérieurement à celui-ci, cette théorie rend *l'évaluation* de la clientèle au jour de la liquidation extrêmement ardue voire impraticable<sup>15</sup>. Une alternative serait de laisser les accroissements suivre la qualification du bien, mais à charge de récompense au patrimoine commun (rapp. art. 1432

C. civ.). Cependant comme l'expliquent Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, l'octroi d'une récompense nécessite un *transfert* de biens d'un patrimoine à l'autre. Or l'accroissement d'une clientèle ne résulte généralement pas d'un transfert du patrimoine commun au patrimoine propre, s'agissant du fruit du travail de l'un des époux, qui a par ailleurs généré des revenus communs<sup>16</sup>.

## B. La théorie de la branche nouvelle d'activité

9. La Cour aurait également pu justifier le caractère commun des actions disputées en qualifiant, de façon il est vrai plus audacieuse *in casu*, l'activité développée durant le mariage de *branche nouvelle d'activité*. Cette construction doctrinale et jurisprudentielle permet de distinguer le fonds initial des activités nouvelles, qualifiées de communes lorsqu'elles sont créées ou développées durant le mariage, à la différence de plus-values ou d'accroissements du bien propre<sup>17</sup>.

La difficulté de cette théorie réside évidemment dans la détermination de l'activité nouvelle, par opposition au prolongement de l'activité antérieure.

La doctrine, antérieure à la réforme de 1976, privilégiait le critère de l'apparition d'une *clientèle nouvelle* ou *différente* de celle attachée à l'activité originelle, quand bien même les différentes activités partageraient des éléments communs (droit au bail, matériel, enseigne, nom commercial)<sup>18</sup>. Une autre doctrine, toujours antérieure à la réforme, réclamait que chacun des éléments du fonds à distinguer jouisse d'une *organisation commerciale* propre et indépendante<sup>19</sup>.

Le critère actuellement retenu est celui de *l'indépendance économique* de la branche nouvelle par rapport

12. Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, « Le statut des biens professionnels en droit des régimes matrimoniaux et en droit successoral », in *La transmission du patrimoine professionnel*, Ph. DE PAGE et A. CULOT (dir.), Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 199; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 144.

13. G. BAETEMAN, H. CASMAN et J. GERLO, « Overzicht van rechtspraak (1989-1995). Huwelijksvermogensrecht », *T.P.R.*, 1996, p. 271, n° 142; R. DEKKERS et H. CASMAN, *Handboek Burgelijk Recht – deel IV. Huwelijksstelsels, erfrechten, giften*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 59, n° 85, note 19; Ph. DE PAGE, « Le statut des parts et actions nominatives dans les régimes en communauté – état des questions », *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 254; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 97. *Contra*: R.P.D.B., v° « Régimes matrimoniaux (droit interne) », Bruxelles, Bruylant, 1983, n° 1062.

14. Cass., 20 février 2015, *Pas.*, 2015, p. 489; *T. Fam.*, 2015, p. 234, note J. DU MONGH; *T. Not.*, 2016, p. 7, note L. WEYTS; *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 325, note Ph. DE PAGE; Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, « Le statut des biens professionnels en droit des régimes matrimoniaux et en droit successoral », in *La transmission du patrimoine professionnel*, Ph. DE PAGE et A. CULOT (dir.), Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 200; Ph. DE PAGE, « Le statut des parts et actions nominatives dans les régimes en communauté – état des questions », *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, pp. 241 et 254. *Contra*: Cass., 30 novembre 2012, *Pas.*, 2012, p. 2377 et Civ. Namur, 18 mars 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 898 (assurance groupe souscrite avant le mariage; caractère propre des prestations constituées avant le mariage et caractère commun de celles constituées après celui-ci).

15. Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 144.

16. Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, « Le statut des biens professionnels en droit des régimes matrimoniaux et en droit successoral », in *La transmission du*

*patrimoine professionnel*, Ph. DE PAGE et A. CULOT (dir.), Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, pp. 201 et 202.

17. A. COLOMER, *Les régimes matrimoniaux et le droit commercial*, t. I., « Le fonds de commerce et les régimes matrimoniaux », Paris, Litec, 1977, n° 170, p. 191; Chr. DEWULF, « Problemen rond aandelen die eigen goed zijn of die behoren tot de huwgemeenschap » in *Facetten van het ondernemingsrecht, Liber amicorum Frans Bouckaert*, Louvain, Peeters, 2000, p. 355, n° 10; Y.-H. LELEU, « L'actif du patrimoine commun », in *Les régimes matrimoniaux. 3. Le régime légal*, Y.-H. LELEU et L. RAUCENT (éd.), *Rep. not. V/II*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 119, n° 732; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 98 et 142; N. TORFS, « Quelques questions spécifiques concernant le droit matrimonial et le fonds de commerce », in *De handelszaak – Le fonds de commerce*, Bruges, Die Keure, 2001, p. 376, n° 616; B. WAUTERS, *Aandelen en echtscheiding*, Anvers, Maklu, 2000, p. 103, n° 107.

18. Cette doctrine découle logiquement des auteurs ayant fait de la clientèle le critère essentiel de naissance d'un fonds de commerce. Voir H. MICHEL, « L'adjonction de branches nouvelles à un fonds de commerce propre en régime communautaire », *Rec. gén. enr. not.*, 1980, n° 22561, pp. 45 et 46; M. RIOU, *Le fonds de commerce dans les régimes matrimoniaux*, Paris, Dalloz, 1953, p. 207; G. TOUJAS, « Du démembrement du fonds de commerce », *J.C.P.*, 1943, I, p. 386, n° 6. Comparer G. RIPERT, note au D., 1949, p. 518 (nécessité d'éléments nouveaux: local, enseigne, nom, ...). Application: Douai, 26 janvier 1948, S., 1949, 2, 1, note P. RAYNAUD cité in B. WAUTERS, *Aandelen en echtscheiding*, Anvers, Maklu, 2000, p. 103, n° 107. *Adde*, A. COLOMER, *Les régimes matrimoniaux et le droit commercial*, t. I., « Le fonds de commerce et les régimes matrimoniaux », Paris, Litec, 1977, n° 188, p. 206.

19. J. MALAUZAT, « La vie du fonds de commerce », in *Le statut juridique du fonds de commerce*, 60<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, 1962, p. 575.

à l'ancienne<sup>20</sup>, donc de la différence entre les activités professionnelles exercées *sensu lato*<sup>21</sup>. *A contrario*, l'impossibilité de dissocier la plus-value du fonds de commerce initial<sup>22</sup> ou le caractère secondaire et accessoire de la nouvelle activité par rapport à la première<sup>23</sup> caractérise l'absence de branche nouvelle d'activité. Certains auteurs continuent néanmoins de privilégier le critère de la clientèle nouvelle<sup>24</sup> issu de la doctrine classique<sup>25</sup>.

Ce dernier critère, liant l'existence d'une nouvelle branche d'activité à une *clientèle nouvelle et indépendante* de l'activité précédemment exercée, nous paraît difficilement praticable. Quand peut-on affirmer qu'une clientèle est exactement la même ou réellement différente de la première<sup>26</sup>? Un arrêt de la Cour d'appel de Gand<sup>27</sup> y est cependant parvenu en considérant que la clientèle attachée à une activité de *gros* en préparations de volaille, de gibier, de poisson et de charcuteries était suffisamment distincte de celle attachée au commerce initial de *détail* de volaille.

**10.** Nous estimons préférable d'étendre le concept de clientèle nouvelle à l'hypothèse non de sa modification, mais de sa simple *augmentation significative*. Si l'époux, dans l'arrêt commenté, a débuté son activité de vente et de réparation de matériel de bureau à titre complémentaire, pour exercer ensuite cette activité à titre principal, et enfin en apporter la valeur dans la constitution d'une société, sa clientèle a inévitablement dû croître au fil des ans pour aboutir au résultat actuel, sans être foncièrement différente ou changer de nature.

La Cour aurait ainsi pu considérer que si la clientèle ou le fonds de commerce débuté avant le mariage peut demeurer propre, l'activité développée ultérieurement

a augmenté de manière telle qu'elle doit en être dissociée et considérée comme un acquêt de communauté, à titre de branche nouvelle d'activité<sup>28</sup>. Une telle distinction ne se justifierait cependant que pour autant que l'augmentation prenne intrinsèquement la nature d'acquêts, c'est-à-dire de biens qui sont communs parce que la loi les présume créés par une *collaboration économique* des deux époux, sous diverses formes<sup>29</sup>. Or, tel semble bien être le cas en l'espèce, les deux époux alimentant leur(s) patrimoine(s) par leur travail et profession, l'entreprise ayant seulement été *créée* par l'époux. Une telle qualification respecterait également la finalité des biens propres en raison de leur antériorité au mariage, qu'est la nécessaire protection des biens *d'origine familiale*<sup>30</sup> et la philosophie du régime communautaire. Elle la contrarierait en revanche en présence d'une entreprise familiale *transférée* à l'époux antérieurement à son mariage et développée sensiblement durant celui-ci. Cette exploitation doit au contraire rester invariablement propre, de par son origine.

L'on oppose cependant à une telle application de la théorie de la branche nouvelle d'activité le fait qu'au fil du temps, la distinction entre le fonds initial et les augmentations de clientèle ou de patrimoine professionnel s'atténuera pour totalement disparaître, rendant la scission impossible au moment de la liquidation. Plus encore, cette solution serait en contradiction avec l'un des éléments caractéristiques et essentiels du régime légal qu'est la qualification *immédiate et définitive* du bien dès son entrée dans le régime<sup>31</sup>.

**11.** De façon moins audacieuse, la Cour aurait également pu justifier en partie sa solution en qualifiant de branche nouvelle l'activité de *vente* de matériel de

20. Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, « Le statut des biens professionnels en droit des régimes matrimoniaux et en droit successoral », in *La transmission du patrimoine professionnel*, Ph. DE PAGE et A. CULOT (dir.), Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 199 ; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 142 ; Y.-H. LELEU, « L'actif du patrimoine commun », in *Les régimes matrimoniaux. 3. Le régime légal*, Y.-H. LELEU et L. RAUCENT (éd.), *Rep. not. V/II*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 120, n° 732.

21. A. COLOMER, *Les régimes matrimoniaux et le droit commercial*, t. I., « Le fonds de commerce et les régimes matrimoniaux », Paris, Litec, 1977, n° 179, pp. 200 et 201 ; H. MICHEL, « L'adjonction de branches nouvelles à un fonds de commerce propre en régime communautaire », *Rec. gén. enr. not.*, 1980, n° 22561, p. 47. Application : Gand, 10 décembre 1998, *T. Not.*, 2000, p. 297 (commerce initial de *préparation* de volaille, de gibier, de poissons et de charcuteries puis commerce de *détail* de volaille avec changement de clientèle : nouvelle branche d'activité). En France : Besançon, 8 mars 1949, *Rep. Defrénois*, 1950, art. 26867 (nouvelle branche). *Contra* : Douai, 20 juin 1958, *Gazette Régionale du Nord*, 25 novembre 1958 cité par H. MICHEL, « L'adjonction de branches nouvelles à un fonds de commerce propre en régime communautaire », *Rec. gén. enr. not.*, 1980, n° 22561, p. 44 (absence de branche nouvelle).

22. Civ. Courtrai, 12 septembre 1991, *R.W.*, 1991-1992, p. 682 ; *T. Not.*, 1992, p. 236, note F. BOUCKAERT ; Y.-H. LELEU, « L'actif du patrimoine commun », in *Les régimes matrimoniaux. 3. Le régime légal*, Y.-H. LELEU et L. RAUCENT (éd.), *Rep. not. V/II*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 120, n° 732.

23. A. COLOMER, *Les régimes matrimoniaux et le droit commercial*, t. I., « Le fonds de commerce et les régimes matrimoniaux », Paris, Litec, 1977, n° 172, pp. 193 et s.

24. Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, « Le statut des biens professionnels en droit des régimes matrimoniaux et en droit successoral », in *La transmission du patrimoine professionnel*, Ph. DE PAGE et A. CULOT (dir.), Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 199 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 96, n° 83 (la clientèle réellement nouvelle est celle qui n'a pas de lien économique avec l'activité ou le fonds initial propre).

25. Ce critère est encore retenu en France. Voir, A. COLOMER, *Régimes matrimoniaux*, Paris, Litec, 1990, p. 333, n° 696.

26. Y.-H. LELEU, « Les régimes matrimoniaux – Examen de jurisprudence (1997-2005) », *R.C.J.B.*, 2006, p. 847. *Application* : Bordeaux, 7 février 1961, inédit, cité in A. COLOMER, *Les régimes matrimoniaux et le droit commercial*, t. I., « Le fonds de commerce et les régimes matrimoniaux », Paris, Litec, 1977, n°s 176 et 195 (fonds initial de fabrication artisanale de tonneaux abandonné progressivement pour y préférer la vente de fournitures de tonnerie et de métaux dans le même local – absence de branche nouvelle) ; H. MICHEL, « L'adjonction de branches nouvelles à un fonds de commerce propre en régime communautaire », *Rec. gén. enr. not.*, 1980, n° 22561, p. 44.

27. Voir, *supra*, note 21.

28. Et non d'accroissement d'un bien propre (art. 1400, 2°, C. civ.). *Contra* : Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, « Le statut des biens professionnels en droit des régimes matrimoniaux et en droit successoral », in *La transmission du patrimoine professionnel*, Ph. DE PAGE et A. CULOT (dir.), Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 199.

29. Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 132.

30. Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 89, n° 76.

31. A. COLOMER, *Les régimes matrimoniaux et le droit commercial*, t. I., « Le fonds de commerce et les régimes matrimoniaux », Paris, Litec, 1977, p. 195, n° 175 et p. 200, n° 179 ; Ph. DE PAGE, « Le statut des parts et actions nominatives dans les régimes en communauté – état des questions », *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, pp. 241 et 254 ; Cass., 20 février 2015, *Pas.*, 2015, p. 489 ; *T. Fam.*, 2015, p. 234, note J. DU MONGH ; *T. Not.*, 2016, p. 7, note L. WEYTS ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 325, note Ph. DE PAGE. *Contra* : Cass., 30 novembre 2012, *Pas.*, 2012, p. 2377 et Civ. Namur, 18 mars 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 898 (assurance groupe souscrite avant le mariage ; caractère propre des prestations constituées avant le mariage et caractère commun de celles constituées après celui-ci).

bureau, dont la clientèle propre a semble-t-il été acquise pendant le mariage, par opposition à l'activité originaire de *services* de réparation de matériel de bureau, conformément au critère retenu par la doctrine belge majoritaire.

### C. L'interprétation textuelle des « biens » propres par origine (1399, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.)

12. Les différentes justifications proposées ci-dessus butent sur un obstacle. Aussi une troisième et, à nos yeux, meilleure technique, consiste à repartir des termes de l'article 1399, alinéa 1<sup>er</sup>, et en particulier, du mot « bien », pour lui donner une interprétation textuelle et linguistique combinée, tout en respectant la volonté du législateur historique de cette disposition<sup>32</sup>.

13. Comme exposé, la Cour refuse la qualification propre d'une entreprise pour laquelle l'époux s'est vu attribuer un numéro de TVA le 1<sup>er</sup> juillet alors que le mariage est célébré le 25 août, ceci contre l'enseignement traditionnel selon lequel un bien ou une créance dont la *cause* est antérieure au mariage est invariablement propre<sup>33</sup>. Il est ainsi considéré qu'un immeuble acquis par un époux dont seul le *compromis de vente* a été conclu avant le mariage, malgré l'absence de transfert immédiat de propriété, est propre ; il en est de même du bien acquis sous *condition suspensive* avant le mariage, tandis qu'elle se réalise durant celui-ci, ou encore du bien acquis en cours de régime par une *prescription acquisitive* débutée avant le mariage<sup>34</sup>. Transposé aux biens qui nous retiennent, ce raisonnement aboutit à la même solution pour une entreprise commerciale débutée avant le mariage<sup>35</sup>, bien que certains auteurs nuancent cette proposition : il faut que cette exploitation antérieure ait été effective<sup>36</sup>.

14. À notre sens, c'est davantage une exigence de *consistance* de l'activité avant le mariage qui doit prévaloir, puisque l'existence même d'un « bien », dont le terme est inscrit dans l'article 1399, suppose nécessairement qu'il *existe* au jour du mariage. Or, la question de l'identification d'un bien préalablement à sa qualification est plus complexe qu'elle n'y paraît<sup>37</sup>. Elle nécessite d'abord de déterminer le moment marquant avec certitude la *naissance* du fonds de commerce<sup>38</sup>, car contrairement aux situations précédentes, toutes temporellement situées entre le célibat et le mariage et dont la qualification est déterminée par le moment précis d'un *transfert de propriété*<sup>39</sup>, il n'y a pas ici, s'agissant d'une entreprise nouvelle, de cession d'un bien, mais *création* de celui-ci. Cette question requiert ensuite la détermination de critères permettant de conclure à l'existence et à la *consistance* requise pour constituer un bien au sens de cette disposition.

15. S'agissant des conditions de naissance d'un fonds de commerce, nul ne conteste que la seule inscription d'un époux au registre de commerce ne suffit pas à le faire naître et, partant, à en constituer le critère de qualification de bien propre. Il s'agit d'une *mesure de publicité formelle*<sup>40</sup>.

La question de la naissance du fonds de commerce a dès lors fait l'objet de plusieurs théories. Selon la première, dite « de l'ouverture *sensu stricto* »<sup>41</sup>, sa naissance n'est conditionnée qu'à son *ouverture au public*, au contraire de la deuxième, dite « de l'exploitation », dans laquelle la clientèle occupe une place prépondérante, et qui ajoute une condition *d'exploitation et de fonctionnement* à la première<sup>42</sup>. Cette dernière condition présente l'inconvénient de laisser leur détermination au juge du fond<sup>43</sup> au moyen de critères souvent jugés malléables

32. P. DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique*, 1. « Méthodologie de l'interprétation juridique. 2. Méthodologie de l'application du droit », 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 99 et s., n° 24.  
 33. Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 92.  
 34. M. DONNAY, « Régimes matrimoniaux. Régime légal (loi du 14 juillet 1976). Patrimoines propres des époux et patrimoine commun », *Rec. gén. enr. not.*, 1977, p. 117, n° 3. La même solution est applicable en France : A. COLOMER, *Droit civil – Régime matrimonial*, Paris, Litec, 2004, p. 273.  
 35. Civ. Bruxelles, 23 janvier 1985, *J.T.*, 1985, p. 306 ; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 93.  
 36. Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 90, n° 77.  
 37. Pour une discussion analogue sur l'identification de l'argent propre confondu avec des fonds communs, en tant que préalable à la qualification, voir : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 144.  
 38. La notion de fonds de commerce a ici son importance puisqu'en tant qu'universalité, le fonds de commerce diffuse sa qualification à tous les éléments qui le composent. Voir, à ce sujet, E. BEGUIN, « Unicité ou pluralité du régime juridique de l'entreprise individuelle », in *Dix années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux*, L. RAUCENT (éd.), Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Académia/Bruylant, 1987, pp. 62 et s.  
 39. L. RAUCENT, *Les régimes matrimoniaux*, Louvain-La-Neuve, Cabay, 1986, p. 65, n° 58.  
 40. H. MICHEL, « Le statut du fonds de commerce présent ou futur en régime légal », *Rev. not. belge*, 1980, p. 332. Il en est de même en France : A. COLOMER, *Les régimes matrimoniaux et le droit commercial*, t. I., « Le fonds de commerce et les régimes matrimoniaux », Paris, Litec, 1977, p. 74, n° 54.  
 41. C. ALTER et L. VAN MUYLEM, « Constitution, gestion et cession du fonds de commerce. Aspects de droit commercial », in *Le fonds de commerce*, Limal,

Anthemis, 2012, p. 14 ; J. CAEYMAEX et J. MATERNE, *Fonds de commerce et contrats*, Profondeville, Herdal, 1997, p. 2.2-5 ; A. JAUFFRET, cité par A. COLOMER, *Les régimes matrimoniaux et le droit commercial*, t. I., « Le fonds de commerce et les régimes matrimoniaux », Paris, Litec, 1977, p. 78, n° 57 ; H. MICHEL, « Le statut du fonds de commerce présent ou futur en régime légal », *Rev. not. belge*, 1980, pp. 333 et 334 et les références citées. Ce critère est partagé par la doctrine et la jurisprudence dominante française : Cass. fr., 5 février 1952, *Bull. civ.*, III, n° 71, p. 59 ; voir A. COLOMER, *Les régimes matrimoniaux et le droit commercial*, t. I., « Le fonds de commerce et les régimes matrimoniaux », Paris, Litec, 1977, p. 75, n° 54 et les auteurs cités en note 44 ; J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, Dalloz-Armand Colin, 2001, p. 271.  
 42. Cass. fr. (1<sup>er</sup> ch. civ.), 18 avril 1989, *D.*, 1989, IV, p. 227 ; *J.N.A.*, 1990, p. 1010 ; Bordeaux, 8 juin 1953, *J.C.P.*, 1954, II, p. 8118. Rapp. : Cass. fr., 5 février 1962, *Bull. civ.*, III, n° 71 (à propos de la conclusion d'un contrat de location-gérance à un moment où aucun article d'un commerce de papeterie n'avait encore été vendu, la Cour décide qu'« en l'état de ces constatations, d'où il ressort qu'en l'espèce la clientèle – élément essentiel du fonds de commerce – faisait totalement défaut lors du contrat, la Cour d'appel a pu décider qu'il n'y avait pas location-gérance ») ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 90 (exploitation effective) ; H. MICHEL, « Le statut du fonds de commerce présent ou futur en régime légal », *Rev. not. belge*, 1980, pp. 334 et 335 et les références citées. Cette théorie existe également en France, mais elle est minoritaire : A. COLOMER, *Droit civil – Régime matrimonial*, Paris, Litec, 2004, p. 275.  
 43. H. MICHEL, « Le statut du fonds de commerce présent ou futur en régime légal », *Rev. not. belge*, 1980, pp. 334-335 et les références citées. En France : Cass. fr. (1<sup>er</sup> ch. civ.), 18 avril 1989, *D.*, 1989, IV, p. 227 ; *J.N.A.*, 1990, p. 1010.

et arbitraires<sup>44</sup>, contrairement à la théorie de l'ouverture dont le critère est plus décisif (avant ou après l'ouverture des portes)<sup>45</sup>. Enfin, un troisième courant, encore plus souple, admet la mise en gage d'un fonds de commerce ne disposant pas encore de client, pour autant qu'il ait été constitué « dans le but d'en acquérir »<sup>46</sup>.

En appliquant ces critères doctrinaux et jurisprudentiels aux faits de l'espèce, il eut été possible à la Cour d'appel de Gand, en subordonnant la naissance d'une entreprise individuelle à l'existence d'un *chiffre d'affaires minimal*, à l'exigence d'un *développement suffisamment abouti* de l'activité individuelle pratiquée, et à la nécessité d'une *clientèle digne d'intérêt*, d'inscrire sa décision dans la seconde définition du fonds de commerce. Nous regrettons cependant que la Cour ne fasse pas explicitement sien le critère de l'exploitation, en affirmant plus clairement qu'à ses yeux, *aucun* fonds de commerce ou entreprise n'existait antérieurement au mariage, en raison de l'absence d'exploitation effective ou suffisante à cette date. Cette prise de position aurait permis à elle seule de motiver son arrêt, et eût été d'autant plus utile que les décisions en cette matière sont rares.

En examinant les autres critères de naissance d'un fonds de commerce, il nous semble par ailleurs qu'en l'espèce, une entreprise individuelle était née au jour du mariage puisque la Cour indique que l'époux a à tout le moins exercé *en son nom propre* et à partir du 1<sup>er</sup> juillet 1979 une activité de prestations d'entretien et de réparation de bureaux, indépendante de celle de son employeur, même si l'époux partageait les mêmes clients que celui-ci. Selon nous, le fait pour un indépendant à titre complémentaire d'exercer une activité propre auprès des mêmes clients que son employeur n'exclut pas l'existence d'une clientèle dans le chef du premier. La reconnaissance par la Cour de l'exercice antérieur au mariage de cette activité indique à tout le moins l'aptitude de l'époux à accueillir une clientèle, voire l'existence d'une relation d'affaire réelle et dès lors, d'un fonds de commerce ou d'une

entreprise antérieur au mariage. Il est également probable que le fonds de commerce de *vente* de matériel de bureau ait déjà été ouvert avant le mariage, même si les faits relatés par la Cour ne nous permettent pas de l'affirmer avec certitude.

**16.** Mais à supposer constatée la naissance du fonds de commerce, encore fallait-il qu'il acquière une consistance suffisante pour qu'une activité naissante soit un « bien » au sens de l'article 1399, alinéa 1<sup>er</sup>. Cette question, relative à une activité seulement initiée au jour du mariage, est comparable à celle qui se pose en présence d'un croquis d'œuvre débuté par un artiste peu avant son mariage, mais formellement développé ou achevé durant celui-ci. Quand sera-t-il suffisamment *abouti* que pour constituer un bien propre par origine, ou au contraire pour basculer dans les acquêts à cheval sur le mariage<sup>47</sup> ? Répondre à cette question appelle une réflexion sur les principes et les méthodes d'interprétation applicables à ce type de dispositions légales.

**17.** Selon les principes d'interprétation, l'article 1399, alinéa 1<sup>er</sup>, doit, en tant que texte d'exception (à l'article 1405, 4<sup>o</sup> du Code civil), recevoir une interprétation *stricte*<sup>48</sup>. Mais elle doit également respecter et correspondre à la volonté du législateur auteur de la norme. Pour rencontrer ce double objectif, nous pensons qu'il convient de combiner les méthodes d'interprétation *textuelle* et *téléologique* des termes de cette disposition, et en particulier du mot « bien ».

Le recours à la méthode d'interprétation *textuelle* ou *linguistique*, qui consiste à « analyser les éléments constitutifs essentiels du texte à comprendre, et à leur donner leur sens littéral ou usuel »<sup>49</sup>, se justifie par le fait que lorsque le législateur souhaite exprimer sa volonté dans une norme, il utilise généralement le langage courant pour accroître ses chances d'être compris par le public auquel il s'adresse, ce qui, à son tour, augmente l'effectivité de la norme<sup>50</sup>. Encore faut-il que l'application de l'article 1399, alinéa 1<sup>er</sup>, à des entreprises conjugales respecte le *but* qui a été assigné à

44. A. COLOMER, *Les régimes matrimoniaux et le droit commercial*, t. I., « Le fonds de commerce et les régimes matrimoniaux », Paris, Litec, 1977, p. 78, n° 56.

45. A. COLOMER, *Les régimes matrimoniaux et le droit commercial*, t. I., « Le fonds de commerce et les régimes matrimoniaux », Paris, Litec, 1977, p. 79, n° 57.

46. Comm. Bruxelles, 5 mars 1996, *J.T.*, 1996, p. 344. Inversement, il est considéré que le fonds de commerce prend fin lorsque sa clientèle le déserte, sans volonté de la reconquérir (Liège, 10 mai 1994, *R.D.C.*, 1995, p. 40) ; C. ALTER et L. VAN MUYLEM, « Constitution, gestion et cession du fonds de commerce. Aspects de droit commercial », in *Le fonds de commerce*, Limal, Anthemis, 2012, p. 14. En France, voir Colmar, 6 janvier 1967, *Rev. trim. dr. com.*, 1969, p. 40, n° 6, obs. JAUFFRET, qui considère que l'ouverture elle-même n'est pas indispensable à la naissance du fonds de commerce en présence d'un fonds ouvert au public quinze jours après le mariage. La Cour considère en effet que les préparatifs du mariage et le mariage lui-même justifient que l'ouverture ait été postposée à une date postérieure au mariage.

47. Si le croquis est suffisamment abouti pour constituer un bien au sens de l'article 1399, le droit de propriété intellectuelle ainsi que sa valeur seront propres, à la différence d'un croquis principalement constitué pendant le

mariage, lequel sera propre quant à la propriété intellectuelle, mais commun en valeur (art. 1401, 2<sup>o</sup>, C. civ.) (Voir C. DECLERCK, *Littéraire en artistieke eigendom in het familiaal vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2009, pp. 234 et 235).

48. J. CARBONNIER, *Droit civil*, – Introduction, Collection Thémis Droit privé, P.U.F., Paris, 1955, p. 263 ; P. DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique*, « 1. Méthodologie de l'interprétation juridique. 2. Méthodologie de l'application du droit », 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 188 et 189, n° 54 ; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 92. Comparer : Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 70, n° 65 (interprétation restrictive) ; Ph. DE PAGE, « Le statut des parts et actions nominatives dans les régimes en communauté – état des questions », *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 241.

49. P. DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique*, « 1. Méthodologie de l'interprétation juridique. 2. Méthodologie de l'application du droit », 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 155, n° 47.

50. P. DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique*, « 1. Méthodologie de l'interprétation juridique. 2. Méthodologie de l'application du droit », 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 158, n° 47.

cette norme par son auteur, ce qui ne peut être le cas qu'au moyen d'une interprétation téléologique<sup>51</sup>. À cet égard, le but poursuivi par l'article 1399 réside essentiellement dans la nécessaire protection des biens qui, de par leur *origine familiale*<sup>52</sup>, ou leur *absence de collaboration économique* entre époux, méritent d'être préservés des appropriations inhérentes à la vie commune. *A contrario*, c'est le produit des efforts conjugués des époux et de leur *affectio societatis* qui guident la qualification commune. Le respect de ces objectifs doit guider la démarche qualificative de l'article 1399, alinéa 1<sup>er</sup>, quitte à faire évoluer le contour traditionnellement assigné aux catégories qu'il vise.

**18.** Si comme nous le pensons, une entreprise était née au jour du mariage, cette circonstance n'exclut pas pour autant une qualification commune. Pour mériter la qualification propre, encore fallait-il que le commerce naissant soit suffisamment abouti et consistant pour constituer un « bien » au sens de l'article 1399, alinéa 1<sup>er</sup>. Les interprétations littérales et téléologiques combinées conduisent à écarter l'application de cette disposition en présence de *choses* qui, acquises ou constituées très peu de temps avant le mariage, n'ont pas de consistance suffisante pour constituer un « bien », car elles impliquent pour leur maintien ou leur développement la *collaboration économique* des époux (ex. : le travail ou l'entreprise d'un époux) et/ou ne présentent aucune *origine familiale*. La proximité de la constitution formelle de l'activité et du mariage atteste en outre ce projet collaboratif.

À l'inverse, les mêmes méthodes d'interprétation conduiront à une application de l'article 1399, alinéa 1<sup>er</sup>, à une entreprise familiale *transférée* à l'époux peu avant son mariage et développée par lui durant celui-ci, puisque cette entreprise, bien qu'existante au jour du mariage, se caractérise par une origine familiale marquée.

La nuance interprétative proposée appelle plus de discernement dans l'octroi de la qualité de bien, préalable à sa qualification. En pratique, elle pourrait avoir pour effet, à l'instar d'une période suspecte de droit des faillites<sup>53</sup>, d'empêcher la création d'un bien, en particulier professionnel, peu de temps avant un mariage communautaire. Le juge pourrait rejeter la qualification propre lorsque celle-ci aboutirait à un détournement du *but* poursuivi par l'article 1399, alinéa 1<sup>er</sup>. Autrement dit, l'article 1399 ne s'appliquerait dans la mesure de ce raisonnement qu'aux biens

créés avec suffisamment de consistance par un époux avant le mariage, ou acquis d'un tiers avant le mariage, et seulement développés ou exploités pendant celui-ci, sans création nouvelle d'acquêts. Dans les autres situations, le centre de gravité du bien se situerait alors davantage dans le mariage qu'avant celui-ci, et le principe centripète de la qualification commune résiduaire (art. 1405, 4<sup>o</sup>, C. civ.) devrait jouer en pareille hypothèse. Ainsi, à propos d'une œuvre artistique dont la réalisation est temporellement située à cheval sur le mariage, Ch. DECLERCK considère qu'il convient de rechercher quand la majorité du travail a été accompli. Lorsque le travail créatif a été principalement fourni durant le mariage, il convient de qualifier l'œuvre de commune tandis que si le travail a été achevé – et donc principalement fourni – avant le mariage mais rendu public après celui-ci, la création restera un bien propre<sup>54</sup>.

Enfin, pour parfaire l'équilibre de la solution proposée, nous soulignons que l'époux professionnel ayant vu son activité débutée avant le mariage déclarée commune par application des critères développés ci-dessus, doit pouvoir prouver la perte d'une valeur propre (son commerce et son activité) lui ouvrant le droit à récompense à charge de son ex-époux (art. 1434 C. civ.) en vertu du critère du profit lié à son appauvrissement. L'équité de la solution serait alors à notre sens atteinte et la charge de la preuve des propriétés et récompenses bien répartie.

## Conclusion

**19.** L'arrêt de la Cour d'appel de Gand du 10 décembre 2015 est l'un des rares à effleurer la délicate et controversée question des critères de naissance d'un fonds de commerce en droit des régimes matrimoniaux, sans pour autant y prendre explicitement position au regard des règles de qualification des biens ou en faisant sienne l'une des théories doctrinales existantes. Nous le regrettons, au vu de la pauvreté de la jurisprudence belge et récente en la matière.

Comme nous l'avons souligné, la tâche de la Cour n'était pas aisée et une qualification commune se justifiait pour assurer l'équité de la solution : l'époux ayant constitué une activité indépendante, de façon purement formelle, durant la dernière phase des préparatifs de son mariage, aurait pu avoir pour dessein de contourner le principe d'attraction communautaire et détourner les règles définissant les biens propres de leurs finalités.

51. P. DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique*, « 1. Méthodologie de l'interprétation juridique. 2. Méthodologie de l'application du droit », 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 175, n<sup>o</sup> 50 ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit, les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 105. H. DE PAGE suggérait également de sonder l'intention du législateur en recourant aux exigences de l'utilité sociale lorsque la loi a statué, mais que son sens est douteux (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 312).

52. Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 89, n<sup>o</sup> 76. En France : l'article 1405 du Code civil français dispose que « restent propres les biens dont les époux avaient la propriété ou la possession au jour

de la célébration du mariage, ou qu'ils acquièrent, pendant le mariage, par succession, donation ou legs » ; A. COLOMER, *Droit civil – Régime matrimonial*, Paris, Litec, 2004, p. 272.

53. Elle est définie par G. CORNU comme une « période qui, s'étendant de la date de la cessation des paiements jusqu'au jugement qui ouvre une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire d'une entreprise, fait peser un soupçon de fraude sur les actes accomplis, pendant sa durée, par le débiteur, au point que ceux-ci doivent ou peuvent, selon les cas, être déclarés nuls » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 2014, p. 755).

54. Ch. DECLERCK, *Littéraire en artistieke eigendom in het familiaal vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2009, pp. 234 et 235.

La Cour raisonne essentiellement en fait, analysant le caractère propre ou partagé de la clientèle et le chiffre d'affaires généré par l'activité. Elle n'était cependant pas démunie de toute justification juridique : outre la technique consistant à distinguer les clients antérieurs et postérieurs au mariage, s'offrait à la Cour la possibilité d'élargir la définition d'une branche nouvelle d'activité en y incluant les augmentations de clientèle, et surtout, la possibilité de tempérer l'application brute de l'article 1399, alinéa 1<sup>er</sup>, par une interprétation textuelle et téléologique de cette disposition et des termes de celle-ci. Au travers d'un raisonnement en deux temps impliquant l'examen des conditions de naissance d'une entreprise pour en

dégager ensuite les critères d'existence, la Cour pouvait inaugurer une jurisprudence permettant d'écarter l'article 1399, alinéa 1<sup>er</sup>, en présence d'une activité constituée *in extremis* avant un mariage communautaire et prenant, par essence, la nature d'un acquêt. Elle pouvait ainsi inscrire sa décision, de façon presque inédite, sous la théorie de l'exploitation ou, au contraire, conclure que l'activité naissante n'était pas dotée d'une consistance suffisante pour constituer un « bien » au sens de l'article 1399, au vu du but poursuivi par le législateur ayant édicté cette disposition.

Amélie PAULUS

## Goederen – Biens

### Civ. Liège (div. Huy), 18 février 2015

RG : 13/930/A

**Sièg.** : Mme A. Dubois (juge f.f. président), M. F. Abu Dalu (juge) et Mme A. Pirotte (juge)

**Plaid.** : Mes O. Vajda, S. Boufflette *loco* B. Vanbrabant, Th. Smets et G. Mbenza

**En cause de** : S.V., E.V.A., Ch.V.A. / G.H., Ch.D, SPRL Dave-Elias, F.M., A.P. et M.-L.S.

Servitude légale de passage pour cause d'enclave – Conciliation préalable (article 1345 du Code judiciaire) – *In limine litis*

Chemin vicinal – Inscription à l'atlas – Article 10 de la loi du 10 avril 1841

Servitude légale de passage pour cause d'enclave – Article 683, alinéa 2, du Code civil – Enclavement résultant d'un acte purement volontaire – Notion de destination

Wettelijke erfdiensbaarheid van doorgang wegens insluiting – Voorafgaande minnelijke schikking (art. 1345 Ger.W.) – *In limine litis*

Buurtweg – Inschrijving in de atlas – Artikel 10 van de wet van 10 april 1841

Wettelijke erfdiensbaarheid wegens insluiting – Artikel 683, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek – Insluiting veroorzaakt door een vrijwillige daad – Begrip bestemming

Le défendeur qui n'a pas soulevé *in limine litis* l'exception déduite de ce qu'il n'a pas préalablement été appelé en conciliation et qui s'est défendu au fond, ne peut soulever ladite exception devant le juge d'appel, l'article 1345 du Code judiciaire n'étant pas d'ordre public.

L'inscription à l'atlas des chemins vicinaux de la commune est nécessaire à l'établissement d'un chemin vicinal conformément

à l'article 10 de la loi du 10 avril 1841 (aujourd'hui abrogée par le décret du Parlement wallon du 6 février 2014).

Dans la situation d'une enclave née de la division d'un fonds, l'article 683, alinéa 2, du Code civil est sans ambiguïté : le passage ne peut être attribué que sur les parcelles qui composaient ce fonds avant la division. Pour la détermination de l'assiette du passage, en cas de litige entre les parties, le juge statuera en équité. Dans l'hypothèse où un accès suffisant à la voie publique ne pourrait être réalisé de cette manière, le droit commun des articles 682 et 683, alinéa 1<sup>er</sup>, du même Code retrouve à s'appliquer.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 14 octobre 2010, a admis une conception plus dynamique de la notion de destination, tenant compte de toute mise en valeur économique que permet la destination du fonds. À cet égard, il ne suffit pas d'invoquer une destination future potentielle, voire hypothétique, d'un fonds pour établir la nécessité d'une servitude de passage sur le fonds voisin; la destination invoquée doit être certaine ou à tout le moins raisonnablement possible. Quant à l'ampleur d'un droit de passage accordé, elle est déterminée par les nécessités de l'exploitation; celles-ci ne pouvant être actuellement déterminées, il doit être réservé à statuer sur ce point.

De verweerder die niet *in limine litis* de exceptie heeft ingeroepen dat hij niet is opgeroepen voor een minnelijke schikking en die zich ten gronde heeft verdedigd, kan die exceptie niet inroepen voor de appelrechter, aangezien artikel 1345 van het Gerechtelijk Wetboek niet van openbare orde is.

De inschrijving in de atlas van de buurtwegen van de gemeente is noodzakelijk voor de vestiging van een buurtweg overeenkomstig artikel 10 van de wet van 10 april 1841 (vandaag opgeheven door het decreet van het Waals Parlement van 6 februari 2014).

Met betrekking tot een insluiting die het gevolg is van de splitsing van een erf, is artikel 683, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek zeer duidelijk: de uitweg kan slechts verleend worden over de percelen die voor de splitsing tot dat erf behoorden. Om in geval van een geschil tussen de partijen de ligging van de doorgang te bepalen, zal de rechter oordelen naar billijkheid. In