

EXAMEN DE JURISPRUDENCE

(2006-2017)

RÉGIMES MATRIMONIAUX (1)

PAR

YVES-HENRI LELEU

PROFESSEUR ORDINAIRE ULIÈGE
CHARGÉ DE COURS ULB
AVOCAT

JULIE LARUELLE

ASSISTANTE ULIÈGE
AVOCAT

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE I. — RÉGIME PRIMAIRE

A. — La protection du logement familial (art. 215)	n ^{os} 1 à 5
1. <i>Logement en propriété</i>	n ^{os} 1 à 3
2. <i>Logement pris en location</i>	n ^{os} 4 à 5
B. — Le devoir de contribution aux charges du mariage (art. 221)	n ^o 6
C. — La solidarité pour les dettes ménagères (art. 222)	n ^{os} 7 à 8
D. — Mesures urgentes et provisoires (art. 223)	n ^{os} 9 à 13
E. — L'annulation des actes accomplis en violation de certaines dispositions du régime primaire (art. 224)	n ^{os} 14 à 15

(1) Le présent examen fait suite à ceux publiés dans *cette Revue* (2006, p. 779 et 2007, p. 91, par Y.-H. LELEU; 1998, pp. 43 et 249, par Y.-H. LELEU; 1983, p. 411, par C. RENARD, C. DARVILLE-FINET et F. DE VILLE-SCHYNS; 1976, p. 61, par C. RENARD et A. DELIEGE; 1969, p. 53, par J. RENAULD; 1964, p. 353, par J. RENAULD et N. LECLERCQ; 1960, p. 225, par J. RENAULD; 1956, p. 47, par R. PIRET et R. PIRSON; 1952, p. 219, par R. PIRET et R. PIRSON; 1949, p. 253, par R. PIRET et R. PIRSON). Les articles de loi cités sans référence à un code sont ceux du Code civil belge.

PARTIE II. — PREUVE DE LA PROPRIÉTÉ	n ^{os} 16 à 20
PARTIE III. — RÉGIME LÉGAL	n ^{os} 21 à 64
A. — Actif des patrimoines	n ^{os} 21 à 34
1. <i>Actif propre</i>	n ^{os} 21 à 27
2. <i>Actif commun</i>	n ^{os} 28 à 34
B. — Le passif des patrimoines et les droits des créanciers	n ^{os} 35 à 50
1. <i>Passif propre</i>	n ^{os} 35 à 39
2. <i>Passif commun</i>	n ^{os} 40 à 44
3. <i>Droits des créanciers</i>	n ^{os} 45 à 50
C. — La gestion des patrimoines	n ^{os} 51 à 64
1. <i>Gestion du patrimoine commun</i>	n ^{os} 51 à 62
a. <i>Gestion concurrente</i>	n ^{os} 51 à 58
b. <i>Gestion conjointe</i>	n ^{os} 59 à 61
c. <i>Gestion privative</i>	n ^o 62
2. <i>Sanctions</i>	n ^o 63
3. <i>Gestion des patrimoines propres</i>	n ^o 64
PARTIE IV. — LIQUIDATION ET PARTAGE DU PATRIMOINE COMMUN	n ^{os} 65 à 115
A. — Dissolution du régime matrimonial	n ^{os} 65 à 68
1. <i>Date de la dissolution (art. 1278, al. 2, C. jud.)</i>	n ^{os} 65 à 66
2. <i>Exclusion de certains avoirs ou de certaines dettes (art. 1278, al. 4-5, C. jud.)</i>	n ^{os} 67 à 68
B. — Indivision post-communautaire	n ^{os} 69 à 85
1. <i>Composition</i>	n ^o 69
2. <i>Gestion</i>	n ^{os} 70 à 74
3. <i>Indemnité d'occupation</i>	n ^{os} 75 à 85
C. — Comptes de récompenses	n ^{os} 86 à 96
1. <i>Article 1432 — Récompense due par le patrimoine propre</i>	n ^{os} 86 à 89
2. <i>Article 1433 — Récompense due en réparation d'un préjudice commun</i>	n ^{os} 90 à 91
3. <i>Article 1434 — Récompense due par la communauté</i>	n ^{os} 92 à 93
4. <i>Article 1435 — Évaluation des récompenses</i>	n ^{os} 94 à 95
5. <i>Article 1436 — Intérêts sur les récompenses</i>	n ^o 96
D. — Règlement des récompenses	n ^o 97

E. — Attribution préférentielle	n ^{os} 98 à 107
F. — Avance sur part de communauté	n ^o 108
G. — Recel de communauté	n ^{os} 109 à 111
H. — Partage	n ^{os} 112 à 115
PARTIE V. — CONVENTIONS MATRIMONIALES	n ^{os} 116 à 164
A. — Autonomie de la volonté	n ^{os} 116 à 120
B. — Modification des conventions matrimoniales	n ^{os} 121 à 126
C. — Les régimes conventionnels en communauté	n ^{os} 127 à 132
D. — Les avantages matrimoniaux	n ^{os} 133 à 139
E. — Les régimes séparatistes	n ^{os} 140 à 164
1. <i>Composition des patrimoines</i>	n ^o 140
2. <i>Gestion des patrimoines</i>	n ^{os} 141 à 143
3. <i>Correctifs conventionnels</i>	n ^{os} 144 à 149
a. <i>Séparation de biens avec patrimoine commun interne adjoint</i>	n ^{os} 144 à 146
b. <i>Participation aux acquêts</i>	n ^{os} 147 à 149
4. <i>Liquidation et partage</i>	n ^{os} 150 à 153
5. <i>Créances entre époux</i>	n ^{os} 154 à 164
PARTIE VI. — LE DROIT TRANSITOIRE DE LA LOI DU 14 JUILLET 1976	n ^{os} 165 à 167

PARTIE I. — Régime primaire

A. — LA PROTECTION DU LOGEMENT FAMILIAL (ART. 215)

1. — *Logement en propriété*

1. — Étendue de la protection. — L'article 215 du Code civil interdit à un époux de disposer sans l'accord de l'autre des droits qu'il possède sur l'immeuble et les meubles meublants qui constituent le cadre de vie habituel de la famille(2). La notion d'«immeuble qui sert au logement principal de la famille» implique une *habitation effective* par la famille ou une partie de celle-ci (Cass., 29 avril 2011, *Pas.*, 2011, p. 1199; *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 965 (somm.); *R.W.*, 2012-2013, p. 578 (somm.)).

Quant à la notion de «meubles meublants», les travaux préparatoires de la loi du 14 juillet 1976 en ont expressément exclu les collections, quels que soient les objets sur lesquels elles portent(3). La cour d'appel de Gand s'est prononcée dans le même sens à propos d'une collection d'œuvres d'art et a estimé que la vente de la collection par un époux n'était pas de nature à entraîner la sanction de nullité de l'article 215, § 1^{er}, alinéa 2 (Gand, 17 septembre 2008, *T.G.R.*, 2009, p. 104, note; *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 423 (somm.)).

2. — Incidence de la séparation de fait. — En tant que disposition du régime primaire, l'article 215 s'applique tant que dure le mariage. La question du maintien de la protection en cas de séparation de fait demeure controversée. Un courant doctrinal et jurisprudentiel majoritaire(4) plaide en faveur d'une appréciation *in concreto* pour déterminer s'il existe toujours, dans les faits, un logement familial à protéger. La durée de la séparation de fait et son organisation (ex. : décision judiciaire fixant les résidences

(2) Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 39, n° 13; E. VIEUJEAN, «Protection du logement principal de la famille contre le conjoint», in P. DELNOY, Y.-H. LELEU et E. VIEUJEAN (dir.), *Le logement familial*, Bruxelles, Story-Scientia, 1999, pp. 37 et s.

(3) J. HAMBYE, Rapport n° 683-2 du 25 novembre 1975, *Doc.*, Sénat, session 1975-1976, pp. 9-10. Dans le même sens : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 40, n° 15.

(4) Anvers, 14 janvier 2003, *R.G.D.C.*, 2005, p. 278; Gand, 5 avril 2002, *T.G.R.*, 2002, p. 134, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 651 (somm.); Y.-H. LELEU, «Les régimes matrimoniaux — Examen de jurisprudence (1997-2005)», *R.C.J.B.*, 2006, p. 783, n° 2.

séparées, introduction d'une procédure en divorce) constituent des critères prépondérants.

C'est ainsi que le tribunal de première instance d'Anvers a estimé qu'il n'y avait plus de logement principal de la famille à protéger dès lors que des époux étaient séparés de fait depuis un an et demi, que cette séparation avait été actée devant le juge de paix et que l'époux habitait à l'étranger avec sa nouvelle compagne. L'action introduite par le mari pour demander la nullité de la vente de l'immeuble propre de son épouse a donc été rejetée (Civ. Anvers, 26 mars 2009, *R.A.B.G.*, 2009, p. 836; *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 424 (somm.)). Le tribunal de première instance de Turnhout a statué dans le même sens en présence d'époux séparés depuis un an et ayant entamé une procédure de divorce (Civ. Turnhout, 21 octobre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 316 (somm.); *R.W.*, 2005-2006, p. 1552).

Un arrêt de la cour d'appel de Liège illustre le courant minoritaire⁽⁵⁾ qui estime que la protection de l'article 215 trouve à s'appliquer jusqu'à la dissolution du mariage, malgré l'existence en l'espèce d'une séparation de 4 ans. Toutefois, en l'absence d'un cadre de vie effectif à protéger, la cour considère que le refus de l'épouse séparée de biens de sortir d'indivision ne repose pas sur des motifs suffisamment graves au sens de l'article 215, § 1^{er}, alinéa 3, et autorise par conséquent le partage de l'immeuble sollicité par le mari en application de l'article 1469 du Code civil (Liège, 27 avril 2004, confirmant Civ. Arlon, 26 novembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1209).

3. — Actes nécessitant l'accord du conjoint. — Tous les actes de disposition entre vifs, à titre onéreux ou gratuit, de l'immeuble, même propre, servant au logement principal de la famille nécessitent l'accord des deux conjoints et, à défaut, sont annulables (art. 224, § 1^{er}, 1^o). Ne constitue pas un tel acte le fait pour un époux de transférer, sans concertation avec son conjoint, le bureau dans lequel il exerce son activité professionnelle (en l'espèce un bureau d'assurance) dans une pièce inoccupée du logement familial. Dès lors que cet époux n'a pas « disposé des droits qu'il possède » sur l'immeuble, le double consentement n'était pas

(5) Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 15, n^o 11; J.-L. RENCHON, « La jouissance du logement familial après la séparation du couple », in P. DELNOY, Y.-H. LELEU et E. VIEUJEAN (dir.), *Le logement familial*, Bruxelles, Story-Scientia, 1999, p. 148, n^o 17.

nécessaire (Anvers, 14 mars 2005, *R.G.D.C.*, 2007, p. 241; *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 900 (somm.)).

2. — *Logement pris en location*

4. — Champ d'application. Bail contracté par les deux époux. — Le droit au bail de l'immeuble pris en location par l'un ou l'autre époux et affecté au logement principal de la famille appartient conjointement aux deux époux (art. 215, § 2, al. 1^{er}). La *ratio legis* de l'article 215, qui est d'accorder une protection maximale au cadre de vie des époux contre les actes qui pourraient être accomplis par l'un d'eux, commande d'appliquer cette protection non seulement aux baux conclus par un seul époux, mais également aux baux conjoints (J.P. Westerlo, 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) (6).

L'existence d'un bail conjoint a cependant pour conséquence que les époux restent tous deux tenus contractuellement vis-à-vis du bailleur, quand bien même la protection de l'article 215 viendrait à disparaître à la suite d'un divorce ou d'une séparation de fait. La Cour constitutionnelle a été interrogée sur la constitutionnalité de l'article 215, § 2, en ce que, lorsque le bail est *conjoint*, l'époux qui quitte l'habitation familiale est encore tenu de respecter, après le divorce, les obligations découlant du bail à l'égard du bailleur, alors que, lorsque le bail est contracté *par un seul* époux, l'autre époux, s'il quitte l'habitation familiale, n'a plus d'obligation vis-à-vis du bailleur après le divorce bien qu'il ait été colocataire légal sur la base de l'article 215, § 2. La Cour estime que la question préjudicielle n'appelle pas de réponse dès lors que l'article 215 n'a pas vocation à régler la situation des époux après le mariage. Cela étant, elle précise que lorsque le bail est conclu par un seul époux, l'autre ne devient colocataire légal que pendant la durée du mariage et pour autant que le bien soit le logement principal de la famille. Après le divorce, il perd son statut de colocataire, mais reste tenu vis-à-vis du bailleur de ses obligations

(6) En ce sens également : Y.-H. LELEU, « Le contrat de bail et le statut du couple », in B. KOHL (dir.), *Le bail dans la pratique*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 185, n° 9; G. BAETEMAN, « De huurbescherming in het huwelijks- en samenlevingsrecht », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 357-358, n° 8 (revenant sur sa position initiale). *Contra* : Civ. Bruxelles, 4 janvier 2001, *Div. Act.*, 2001, p. 34, note E. DE WILDE D'ESTMAEL.

locatives pour autant qu'elles soient nées au cours du mariage (7) et concernent effectivement un bien affecté au logement familial. Les obligations qui découlent d'un bail conjoint sont quant à elles régies par le droit commun du bail après le divorce (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 (somm.))(8).

C'est donc à juste titre que le tribunal de première instance d'Anvers estime que lorsque le contrat de bail de résidence principale a été conclu avec un seul époux avant le mariage, l'autre époux qui a acquis la qualité de locataire par le mariage en raison de l'article 215 du Code civil perd cette qualité par le divorce. Par conséquent, la résolution du contrat de bail ne peut plus être prononcée à ses torts après le divorce à défaut de lien contractuel (Civ. Anvers, 21 octobre 2013, *J.J.P.*, 2015, p. 155).

5. — Congé adressé par le bailleur. Connaissance du bail. — Bien que l'article 215, § 2, alinéa 2, exige que les congés adressés ou signifiés aux époux le soient séparément à chacun d'eux, la jurisprudence continue, à juste titre, à valider des congés adressés conjointement aux époux dans un seul écrit lorsque l'envoi recommandé est accompagné d'un accusé de réception signé par les deux époux. Cette formalité suffit à s'assurer qu'ils en ont tous deux réellement pris connaissance (J.P. Westerlo, 8 janvier 2007, précité; J.P. Westerlo, 23 octobre 2006, *Huur*, 2008, p. 82)(9).

L'obligation faite au bailleur de notifier le congé aux deux époux ne s'impose que pour autant qu'il ait connaissance de leur mariage (art. 215, § 2, al. 2, *in fine*). Cette connaissance est un élément dont la preuve peut être rapportée par toutes voies de droit par le ou les époux qui voudrai(en)t se prévaloir de la nullité du congé adressé à l'un d'eux seulement. Il a notamment été jugé que n'était pas valable le congé adressé au seul mari titulaire du bail par un bailleur qui entretenait des liens anciens d'amitié avec le couple. Le fait que le loyer était payé depuis un compte commun aux noms des époux a achevé d'emporter la conviction du juge qu'il existait

(7) Elles constituent alors des charges du mariage (art. 221 et 222) ou encore des dettes communes (art. 1408).

(8) Pour plus de détails: Y.-H. LELEU, «Le droit des régimes matrimoniaux devant la Cour constitutionnelle», in N. MASSAGER et J. SOSSON (dir.), *Cour constitutionnelle et droit familial*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 192-196.

(9) Dans le même sens: Cass., 22 mars 1991, *Bull.*, 1991, p. 693; *Pas.*, 1991, I, p. 693; *R.W.*, 1991-1992, p. 846, note; *T. Not.*, 1992, p. 274.

des présomptions suffisantes de connaissance du mariage dans le chef du bailleur (J.P. Molenbeek-Saint-Jean, 14 décembre 2010, *J.J.P.*, 2013, p. 288).

B. — LE DEVOIR DE CONTRIBUTION AUX CHARGES
DU MARIAGE (ART. 221)

6. — Nature de la contribution aux charges du mariage. — Selon l'article 221 du Code civil, chaque époux doit contribuer aux charges du mariage selon ses facultés, c'est-à-dire selon ses revenus et ses possibilités. Il est tenu compte non seulement de la contribution financière sous forme de revenus, mais aussi en nature, par l'accomplissement d'un travail ménager ou manuel. Contribue ainsi aux charges du mariage l'époux qui finance seul des travaux entraînant une plus-value pour l'immeuble familial commun (Gand, 12 janvier 2006, *T.G.R.*, 2006, p. 167; *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 900 (somm.)).

La portée de l'article 221 se déploie principalement lors de la liquidation-partage des régimes de séparation de biens, lorsque la (sur-)contribution aux charges du ménage est invoquée par un époux, soit pour prouver l'existence d'une créance sur la base de l'enrichissement sans cause, soit pour compenser une créance que l'autre conjoint voudrait établir pour sur-financement d'un bien indivis (*infra*, n^{os} 154-161).

C. — LA SOLIDARITÉ POUR LES DETTES MÉNAGÈRES (ART. 222)

7. — Dettes donnant lieu à la solidarité. — Toute dette contractée par un époux pour les besoins du ménage et l'éducation des enfants oblige solidairement les deux époux, pour autant qu'elle ne soit pas excessive (art. 222). Le caractère ménager de la dette et l'excès éventuel sont des questions de fait appréciées par le juge du fond, eu égard au train de vie (apparent) des époux.

Constituent sans aucun doute des dettes contractées pour les besoins du ménage les frais médicaux et dettes de *soins de santé* prodigués à un époux (10) (J.P. Charleroi, 8 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2011, p. 379 (somm.), note Y.-H. LELEU). Il en va de même des *dettes et charges locatives* d'un immeuble affecté au logement prin-

(10) Et ce quand bien même les soins de santé constitueraient un traitement contre l'alcoolisme d'un époux : Cass., 14 mai 2004, *Pas.*, 2004, p. 833; *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 579, note F. TAINMONT; *T. Not.*, 2005, p. 478; *R. W.*, 2006-2007, p. 1778.

cipal de la famille (11). Le bailleur est même autorisé à poursuivre l'indemnisation de *dégâts locatifs* à charge des deux époux. Cette solidarité découle de l'article 222 et non de l'article 215 du Code civil (J.P. Wavre, 16 mai 2006, *J.J.P.*, 2010, p. 325).

Par contre, les dettes contractées par un époux *dans le cadre de son activité professionnelle* ne constituent pas des dettes ménagères. Il en va notamment ainsi d'un emprunt contracté par un époux «en sa qualité d'actionnaire d'une SPRL», quand bien même le créancier soutenait que les fonds prêtés l'auraient été pour faire face aux besoins du ménage (Gand, 5 septembre 2007, *N.j.W.*, 2008, p. 225, note G. VERSCHULDEN).

Le terme «contractée» ne doit pas s'entendre restrictivement et la solidarité peut également s'appliquer à une dette d'origine légale (12), telle une *dette fiscale*. La cour d'appel de Gand a pu légitimement décider que la taxe de circulation qui frappe le véhicule familial est une dette contractée pour les besoins du ménage susceptible d'entraîner la solidarité des époux, sous réserve d'une séparation de fait (Gand, 8 janvier 2008, *N.j.W.*, 2008, p. 742, note S. DE RAEDT; *contra*, à tort, à propos d'un précompte immobilier: Mons, 12 septembre 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1128).

En matière d'allocations familiales, la Cour de cassation décide que l'obligation de *remboursement d'allocations indument perçues* par un époux «ne constitue pas une dette contractée pour les besoins du ménage ou l'éducation des enfants» et incombe à cet époux seul. Ce n'est pas le caractère légal de la dette, mais son absence de lien direct avec l'éducation des enfants qui exclut la solidarité de l'article 222 (Cass., 19 mars 2007, *Pas.*, 2007, p. 560; *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1058; *R.W.*, 2008-2009, p. 926; *Chron. D.S.*, 2009, p. 271; *T. Fam.*, 2009, p. 51, note E. VAN ROYEN).

8. — Incidence de la séparation de fait. Connaissance par le tiers contractant. — Dans un arrêt du 7 janvier 2008, la Cour de cassation confirme sa jurisprudence (13) selon laquelle

(11) E. BEGUIN, «Les dettes de ménage et l'éducation des enfants», *Rép. Not.*, t. V, liv. II, 2002, p. 376, n° 276, c); F. BUYSSENS, note sous J.P. Sint-Niklaas, 2 mars 1998, *R.W.*, 1998-1999, pp. 1155-1156, n° 6 et s.; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 40, n° 38; Y. MERCIERS, «Incidences de certains aspects des relations familiales sur le bail de résidence principale», *Rép. Not.*, t. VIII, liv. III, 2010, p. 239, n° 347.

(12) Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 67, n° 48.

(13) Cass., 28 novembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1914; *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 447, note F. TAINMONT; Cass., 15 octobre 1999, *R.C.J.B.*, 2001, p. 73, note Y.-H. LELEU; *Div. Act.*, 2000, p. 18, note E. DE WILDE D'ESTMAEL; *Rev. not. b.*, 2000, p. 176; *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 357; *R.W.*, 2000-2001, p. 836, note F. APS.

la solidarité instituée par l'article 222 du Code civil suppose l'existence d'un ménage et ne peut être invoquée en cas de séparation de fait des époux. La séparation ne peut toutefois être opposée au tiers de bonne foi qui a contracté dans l'ignorance de celle-ci (Cass., 7 janvier 2008, *Pas.*, 2008, p. 36; *Act. dr. fam.*, 2011, p. 154, note S. DEGRAVE; *J.L.M.B.*, 2008, p. 1091, note E. VAN BRUSTEM et M. VAN BRUSTEM; *T. Fam.*, 2009, p. 55, note E. VAN ROYEN; *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1269 (somm.)).

Reste à déterminer si la bonne foi du tiers doit être seulement « subjective », celui-ci étant présumé ignorer la séparation de fait, ou également « objective » en ce qu'elle impliquerait dans son chef un devoir d'investigation. Dans l'arrêt du 7 janvier 2008, la Cour de cassation sanctionne la décision de fond qui avait conclu à l'absence de bonne foi d'un *établissement de soins* au seul motif qu'il n'avait pas vérifié la situation de l'époux au moment de son admission, sans pour autant exclure qu'il ait pu ignorer la séparation (la carte d'identité de l'époux mentionnait à la rubrique « état civil » qu'il était marié). Elle exige ainsi une connaissance de la séparation de fait dans le chef du tiers et, s'agissant d'un tiers professionnel, semble donc revenir sur la théorie de la bonne foi objective qu'elle paraissait avoir admise dans son arrêt du 15 octobre 1999(14).

Statuant sur renvoi après l'arrêt du 7 janvier 2008, la cour d'appel de Liège a décidé que l'hôpital était fondé à poursuivre contre l'épouse le paiement de la facture de soins prodigués à son mari. Elle a estimé que l'hôpital avait légitimement pu croire en l'existence du ménage du patient, aucun élément du dossier ne permettant d'établir qu'il ait eu connaissance (subjective) de la séparation des époux à ce moment (Liège, 3 février 2009, *R.R.D.*, 2009, p. 504; *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 938, note; dans le même sens, ajoutant que l'établissement n'avait pas à vérifier les renseignements donnés par une patiente dont la carte d'identité mentionnait l'existence du mariage: J.P. Charleroi, 8 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2011, p. 379 (somm.)). Cette jurisprudence favorable aux créanciers est de nature à affaiblir le devoir d'investigation aggravé qui pèse en principe sur les établissements de soins et sur les professionnels en général(15), et pousse même à s'interroger sur la persistance de ce devoir dans leur chef. Une décision

(14) Cass., 15 octobre 1999, précité.

(15) Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997-2005) », *R.C.J.B.*, 2006, p. 801, n° 14.

du juge de paix de Tournai se montre plus sévère avec l'institution hospitalière et estime qu'elle ne pouvait ignorer la séparation des époux, ou était à tout le moins en mesure de s'en aviser, au vu des indications légales jointes à la citation introductive d'instance et révélant la séparation des époux depuis 1987 (J.P. Tournai, 27 juin 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1289).

Les établissements de soins ne sont pas les seuls créanciers à tenter de se prévaloir de la solidarité de l'article 222 du Code civil. Ainsi, le tribunal civil de Gand a fait droit à l'action du *bailleur* du mari en ce qu'elle était également dirigée contre son épouse, malgré l'existence d'une décision judiciaire ayant fixé des résidences séparées (Civ. Gand, 26 février 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 242 (somm.); *T.G.R.*, 2010, p. 153). Le tribunal a jugé que le bailleur avait légitimement pu croire en l'existence du ménage de son locataire au vu des documents produits par l'époux lors de la conclusion du bail, qui indiquaient qu'il était marié et père de deux enfants. Il n'incombait par ailleurs pas au bailleur de vérifier plus avant la situation de son interlocuteur. L'épouse non contractante n'ayant pas réussi à prouver la mauvaise foi du tiers bailleur, les deux époux ont été condamnés solidairement au paiement des arriérés locatifs. Nous partageons l'avis du tribunal sur l'absence de devoir d'investigation aggravé dans le chef du bailleur non professionnel.

Rappelons enfin que la fin de la solidarité en raison de la séparation de fait ne s'applique pas aux dettes contractées pour l'éducation des *enfants* (16) (J.P. Fontaine-l'Évêque, 23 novembre 2006, *J.J.P.*, 2011, p. 28, note Ch.-E. DE FRÉSART).

D. — MESURES URGENTES ET PROVISOIRES (ART. 223)

9. — Compétence *ratione temporis*. — La matière des mesures urgentes entre époux (art. 223) a été entièrement refondue par la loi du 30 juillet 2013 instaurant un tribunal de la famille et de la jeunesse. Seul le tribunal de la famille est compétent pour prendre ces mesures, que ce soit en dehors ou dans le cadre d'une procédure en divorce (17). À présent et en règle, les mesures

(16) Ch.-E. DE FRÉSART, « Solidarité des parents séparés ou divorcés pour les dettes d'hébergement, d'entretien, de surveillance, d'éducation et de formation des enfants », note sous J.P. Fontaine-l'Évêque, 23 novembre 2006, *J.J.P.*, 2011, p. 36, n° 20 et les références citées; Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997-2005) », *R.C.J.B.*, 2006, p. 798, n° 12.

(17) Voy. pour plus de détails: Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 396-402, n° 357-363; A.-C. VAN GYSEL, « Les urgences et le provisoire dans

provisoires non limitées dans le temps par le tribunal conservent leur efficacité après le divorce. Une demande relative à la prise en charge des mensualités d'un emprunt hypothécaire peut donc encore être formulée après la dissolution du régime matrimonial et conservera ses effets *rebus sic stantibus* (*infra*, n° 11) jusqu'à la liquidation-partage de celui-ci (Gand, 21 mai 2015, *T. Fam.*, 2015, p. 162, note P. SENAËVE).

Les anciennes controverses et jurisprudence concernant la succession dans le temps de la compétence du juge de paix (durant le mariage — art. 223 ancien) et du président du tribunal siégeant en référé (à partir de la demande en divorce — art. 1280 ancien du Code judiciaire) ont perdu leur actualité. Nous nous limiterons par conséquent à résumer les principes issus de la jurisprudence de la Cour de cassation, applicables *avant* l'entrée en vigueur (le 1^{er} septembre 2014) de la loi du 30 juillet 2013.

Les décisions prises par le juge de paix statuant dans le cadre de la compétence que lui conférerait l'article 223, demeureraient exécutoires nonobstant le dépôt d'une requête en divorce, jusqu'à la décision du tribunal de première instance ou de son président statuant en référé (à moins que lesdites mesures n'aient pris fin par l'expiration de la durée que le juge de paix avait fixée)(18). Cette règle ne portait pas atteinte à la compétence du président du tribunal statuant en vertu de l'article 1280 du Code judiciaire, laquelle s'étendait du jour de la citation en divorce au jour auquel la décision de divorce passe en force de chose jugée. Le président du tribunal pouvait dès lors ordonner des mesures prenant cours à la date de la citation en divorce, réduisant le cas échéant à néant l'exécution des mesures précédemment ordonnées par le juge de paix, voire pour une période antérieure à la citation pour autant que ces mesures aient concerné la demande en divorce et qu'aucune mesure n'ait encore été ordonnée pour cette période (Cass., 18 mai 2009, *Pas.*, 2009, p. 1214; *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 1072 (somm.); *R.W.*, 2009-2010, p. 1132, concl. R. MORTIER; *T. Not.*, 2010, p. 279; *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 443, note Y.-H. LELEU; Cass., 15 janvier 2010, *R.W.*, 2010-2011, p. 872 (somm.); *J.L.M.B.*, 2011, p. 640; *N.j.W.*, 2011, p. 101, note K. VANDENBERGHE et Cass.,

le tribunal de la famille», in A.-C. VAN GYSEL (dir.), *Le tribunal de la famille et de la jeunesse*, Bruxelles-Limal, Larcier-Anthemis, 2014, p. 95.

(18) En ce sens : J.P. Fontaine-l'Évêque, 17 février 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 652 et 2012, p. 142; J.P. Marche-en-Famenne, 13 mars 2008, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 149, note A.-C. VAN GYSEL.

28 juin 2012, *Pas.*, 2012, p. 1504; *R.A.B.G.*, 2013, p. 250, note M. GOVAERTS; *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 757 (somm.); *R.W.*, 2013-2014, p. 983, note; *T. Fam.*, 2012, p. 226, note P. SENAËVE).

10. — Conditions d'application. — La loi du 30 juillet 2013 n'a pas modifié les conditions d'application de l'article 223 du Code civil qui autorise le tribunal de la famille à prendre les mesures visées aux articles 1253*ter*/4 à 1253*ter*/6 du Code judiciaire lorsque l'un des époux « manque gravement à ses devoirs » ou lorsque « l'entente entre eux est sérieusement perturbée ».

À juste titre, le juge de paix de Fontaine-l'Évêque estime qu'il ne lui appartient pas d'examiner le caractère irrémédiable de la mésentente pour apprécier la recevabilité de la demande (J.P. Fontaine-l'Évêque, 17 février 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 652 et 2012, p. 142; dans le même sens: Civ. Ninove, 9 mai 2005, *R.W.*, 2005-2006, p. 1388; *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 305 (somm.)). En décider autrement ajouterait une condition au texte de l'article 223 (*contra*: J.P. Bruges, 30 mai 2005, *T.G.R.*, 2005, p. 171).

Sur la condition d'urgence, le juge de paix rappelle qu'elle est une qualité qui s'attache aux mesures à prendre plutôt qu'à l'ancienneté de la situation soumise au juge (J.P. Fontaine-l'Évêque, 17 février 2011, précité). Le nouvel article 1253*ter*/4 du Code judiciaire répute désormais urgentes les demandes relatives à la plupart des mesures pouvant être ordonnées en cas de mésentente des époux (résidences séparées, hébergement et autorité parentale, obligations alimentaires, ...), de sorte que l'urgence ne devra que rarement être démontrée devant le tribunal de la famille (19).

11. — Effet. Caractère provisoire. — Le caractère provisoire des mesures n'est pas déterminé par leur durée, mais par le fait qu'elles ne valent que *rebus sic stantibus* et peuvent être modifiées en cas de changement de circonstances (J.P. Fontaine-l'Évêque, 17 février 2011, précité; J.P. Fontaine-l'Évêque, 5 octobre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 87 (somm.)). C'est donc à juste titre que le juge de paix de Wavre décide qu'il n'y a pas lieu d'imposer à une épouse autorisée à occuper le logement familial de l'aménager de manière à en donner une partie en location. Les travaux envisagés pourraient en effet constituer un obstacle à une reprise de la vie

(19) Pour plus de détails, voy.: Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 399, n° 362.

commune dans l'immeuble ou à des conventions relatives au patrimoine des époux (J.P. Wavre, 13 octobre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 420).

Les mesures ne peuvent davantage anticiper la liquidation-partage du régime matrimonial (Trib. fam. Brabant wallon, 18 juin 2015, *Rev. not. b.*, 2016, p. 89). Le juge des mesures provisoires n'est donc pas compétent pour ordonner la sortie d'indivision prévue à l'article 1469 du Code civil, qui aboutit à un partage. Seul le tribunal de première instance pouvait se prononcer sur une telle demande, qui ressortit aujourd'hui à la compétence du tribunal de la famille (Liège, 1^{er} mars 2005, *Div. Act.*, 2005, p. 129 et Liège, 14 juin 2005, *Div. Act.*, 2007, p. 177).

Ne porte en revanche pas atteinte au fond et à la future liquidation du régime la décision qui ordonne une expertise comptable de la valeur des parts d'une SPRLU constituée pendant le mariage (Liège, 22 février 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 105). De même, le blocage des comptes communs peut être considéré comme une mesure conservatoire et ne préjuge pas des comptes à faire ensuite lors des opérations de liquidation (Liège, 1^{er} mars 2005, précité).

12. — Séquestre. Scellés. Inventaire. — La mise sous séquestre (20) est une mesure pouvant être requise par toute personne qui peut sérieusement prétendre être titulaire d'un droit sur le bien litigieux (Civ. Gand (sais.), 8 avril 2004, *T. Not.*, 2006, p. 200). Elle peut être utile pour empêcher un époux de disposer d'un bien de l'indivision matrimoniale dont la propriété est contestée. Ainsi, dans une affaire où était débattu le caractère propre ou commun du capital d'une assurance groupe, la cour d'appel d'Anvers estime qu'il n'est pas de la compétence du juge des mesures provisoires durant l'instance en divorce de se prononcer sur la qualification, mais désigne un séquestre chargé de recevoir et conserver toute somme qui serait payée par la compagnie d'assurance (Anvers, 6 octobre 2004, *N.j.W.*, 2005, p. 555). Cette jurisprudence peut être encouragée car elle évite la dispersion de biens ou de sommes du fait d'un des époux et préserve le patrimoine matrimonial en vue de la liquidation.

L'aposition de *scellés* (art. 1148 et s., et art. 1282 C. jud.) peut également être envisagée sur un bien propre, commun ou indivis de manière à éviter sa soustraction par un des époux. Sollicitée

(20) Voy. pour plus de détails: B. TILLEMANS, «Sekwester», in *Knelpunten dienstencontracten*, Anvers, Intersentia, 2006, pp. 97-115.

dans le cadre des articles 1253ter/4 à 1253ter/6 du Code judiciaire, la mesure risque d'être privée d'efficacité vu le caractère contradictoire de la procédure. La mise sous scellés pouvant porter atteinte à l'inviolabilité du domicile et au respect de la vie privée, elle ne sera ordonnée que si le demandeur justifie d'un intérêt sérieux. Selon le juge de paix de Roeselare, le demandeur doit rapporter la preuve de circonstances exceptionnelles et ne peut se contenter d'invoquer la nature indivise du bien visé ou encore le caractère sérieusement perturbé de l'entente entre les parties (en l'espèce des cohabitants légaux — J.P. Roeselare, 21 octobre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 899 (somm.); *R.W.*, 2006-2007, p. 577; *J.J.P.*, 2007, p. 89). Le juge de paix de Fontaine-l'Évêque accueille en revanche la demande d'apposition de scellés d'un époux séparé de fait qui arguait du caractère commun des biens présents dans un coffre. Selon le juge, l'urgence et l'intérêt sérieux de conservation dont le demandeur peut se prévaloir autorisent le recours à cette mesure « qui ne préjuge en rien de la nature des biens qui se trouveraient dans le ou les coffres » (J.P. Fontaine-l'Évêque, 20 octobre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 540 (somm.)).

Un *inventaire* peut également être requis au stade des mesures provisoires. Selon les termes de la Cour de cassation, il vise à déterminer ce qui appartient respectivement à la communauté et aux patrimoines propres des époux⁽²¹⁾, et a donc un objet plus large que la lettre de l'article 1175 du Code judiciaire qui vise une communauté, une indivision ou une succession. C'est donc à tort que le juge de paix de Wavre limite l'étendue d'un inventaire en ordonnant au notaire d'écarter les biens qui lui paraissent être propres à un époux. En agissant de la sorte, le magistrat préjuge du fond et pousse le notaire à se prononcer sur l'origine propre, commune ou indivise des biens, alors que l'inventaire a pour seul but de déterminer la consistance du patrimoine (J.P. Wavre, 22 novembre 2004, *Div. Act.*, 2007, p. 13, note D. CARRÉ). L'intérêt de l'inventaire notarié réside dans la prestation de serment qui le clôture et subsiste par conséquent même lorsque les parties ont préalablement réalisé un inventaire amiable (Liège, 22 février 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 105).

(21) Cass., 15 juin 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 867; *J.L.M.B.*, 2000, p. 1076, note R. BOURSEAU; *R. Cass.*, 2000, p. 312, note T. VAN SINAY; *Rev. not. b.*, 2001, p. 738, note D. STERCKX; *T. Not.*, 2001, p. 260, note; *Div. Act.*, 2000, p. 8.

Les parties récalcitrantes se verront, le cas échéant et à la requête du notaire(22), condamnées sous *astreinte*, à collaborer aux opérations d'inventaire et à déférer à ses demandes (J.P. Charleroi, 28 février 2007, *Rev. not. b.*, 2007, p. 229, obs. ; J.P. Fosses-la-Ville, 14 novembre 2006, *Rev. not. b.*, 2007, p. 218, note J.-F. VAN DROUGHENBROECK ; J.P. Anderlecht, 17 octobre 2006, *Rev. not. b.*, 2007, p. 226, note D. STERCKX). La question du bénéficiaire de l'astreinte demeure controversée. Si celle-ci est octroyée à la masse, elle bénéficie en partie à l'indivisaire récalcitrant, ce qui est pour le moins paradoxal (J.P. Fosses-la-Ville, 14 novembre 2006, précité). Il nous semble donc préférable de l'attribuer hors masse aux parties non récalcitrantes(23). Elle ne pourrait en aucun cas revenir personnellement au notaire instrumentant qui, bien qu'étant considéré comme la partie requérante, agit dans l'intérêt de la masse(24).

13. — Occupation exclusive de la résidence conjugale. Violences conjugales. — La plupart du temps, les mesures provisoires organiseront la séparation des parties en fixant des résidences séparées et en déterminant quel époux continuera à occuper le logement familial. La notion de résidence ne se confond pas avec celle de domicile. Selon le tribunal de Termonde, l'injonction faite à un époux de quitter le domicile conjugal pour permettre à l'autre de s'y installer n'implique pas une obligation de procéder au changement d'adresse dans les registres de la population (Civ. Termonde (sais.), 14 mars 2014, *R.A.B.G.*, 2014, p. 1059, note S. BROUWERS ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 127 (somm.)).

Lorsqu'un époux a été victime de *violences conjugales*, il se verra attribuer par préférence la jouissance du logement familial s'il en fait la demande, sauf circonstances exceptionnelles (art. 1253ter/5, al. 3, C. jud.). La jurisprudence exige que soit rapportée par le demandeur la preuve d'indices sérieux de violence, présentant soit un certain degré de gravité, soit un caractère répété. Pour la cour d'appel de Mons, ceux-ci sont établis à suffisance par la produc-

(22) Les parties concernées par l'indivision ont intérêt à intervenir dans la procédure, même si elles ne peuvent elles-mêmes être requérantes (Cass., 15 mai 2009, *Pas.*, 2009, p. 1209 ; *T. Not.*, 2010, p. 81 ; *R.D.J.P.*, 2009, p. 218 ; *R.W.*, 2010-2011, p. 539 (somm.) ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, pp. 737 et 1309 (somm.)).

(23) En ce sens : J.P. Mouseron-Comines-Warneton, 10 juin 2003, *Rev. not. b.*, 2004, p. 214 ; D. STERCKX, « Difficultés de l'inventaire et astreintes », note sous J.P. Anderlecht, 17 octobre 2006, *Rev. not. b.*, 2007, p. 229.

(24) C. DE BOE et J.-F. VAN DROUGHENBROECK, « Inventaire », *Rép. Not.*, t. XIII, liv. 1/2, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 133, n° 100.

tion d'un certificat médical et de photographies (Mons, 29 juin 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1109, note J.-L. RENCHON; dans le même sens: J.P. Tournai, 25 novembre 2003, *J.T.*, 2006, p. 273). Le juge de paix de Bruges se montre plus sévère et estime que l'existence d'une seule plainte ou d'une attestation médicale établie sur déclaration ne suffit pas à établir des faits de violence dont un seul époux aurait été victime à l'exclusion de l'autre et qui ne découlent pas de provocations. Dans cette affaire, la conviction du juge sur l'existence des violences alléguées sera emportée par la production de trois certificats médicaux et d'un dossier répressif qui révèle plusieurs scènes de coups. La jouissance du logement ne sera cependant pas accordée à l'épouse car elle empêcherait le mari d'exploiter son fonds de commerce, unique source des revenus du ménage, une circonstance exceptionnelle au sens de l'article 223, alinéa 3, ancien du Code civil (actuel art. 1253ter/5, al. 3, C. jud.) (J.P. Bruges, 30 mai 2005, *T.G.R.*, 2005, p. 171).

Si la violence n'est pas établie par le demandeur, l'attribution de la jouissance de la résidence conjugale s'appréciera en considération des intérêts sociaux et familiaux des parties. C'est ainsi que le tribunal de première instance de Namur, après avoir constaté que la violence entre les parties était mutuelle, attribue la jouissance du logement familial à l'épouse qui héberge principalement les enfants et exerce son activité professionnelle de gardienne d'enfants dans l'immeuble. À juste titre, le tribunal estime inopportun de prévoir une alternance entre les époux dans l'occupation du logement dès lors que le climat est extrêmement tendu et que cela risque de perturber les enfants communs (Civ. Namur (réf.), 24 septembre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 520, note).

E. — L'ANNULATION DES ACTES ACCOMPLIS EN VIOLATION
DE CERTAINES DISPOSITIONS DU RÉGIME PRIMAIRE (ART. 224)

14. — Sûreté personnelle mettant en péril les intérêts de la famille. — Certains actes accomplis par un époux et mettant en péril les intérêts de la famille peuvent être annulés à la demande du conjoint. Dans la liste des actes annulables repris à l'article 224 du Code civil, ce sont sans doute les sûretés personnelles, tel le cautionnement, qui engendrent le plus de contentieux, compte tenu de leurs enjeux financiers. La sûreté personnelle garantit la dette d'un tiers. Elle ne doit pas être confondue avec un *emprunt* qui engendre une dette personnelle dans le chef de l'emprunteur

et n'est pas visé par l'article 224 du Code civil (Bruxelles, 9 juin 2009, *T. Not.*, 2010, p. 556, note F. BOUCKAERT).

Selon la Cour de cassation, en présence d'une sûreté personnelle consentie par un époux, la nullité doit nécessairement profiter aux *deux* époux pour garantir l'objectif visé par la loi de protection des intérêts de la famille(25). Les créanciers ne peuvent se prévaloir de l'effet relatif de l'appel interjeté par la seule épouse (sa demande d'annulation ayant été rejetée en instance) pour estimer que la nullité ne pourrait profiter qu'à celle-ci. C'est à bon droit que les juges d'appel, après avoir annulé le cautionnement à la demande de l'épouse, ont ensuite rejeté la demande des créanciers dirigée contre le mari (Cass., 26 septembre 2014, *R.W.*, 2014-2015, p. 1342, note B. VAN DEN BERGH).

L'appréciation de la mise en péril des intérêts familiaux se réalise par une confrontation, *in concreto*, de l'impact économique potentiel de la sûreté avec la situation financière de la famille. Cette comparaison doit s'effectuer en se replaçant au moment de la constitution de la caution, en tenant compte de tous les éléments connus à ce moment(26), et non au moment où le créancier y fait appel (Mons, 13 janvier 2005, *R.G.D.C.*, 2008, p. 71). La demande de nullité devra être rejetée si les parties n'informent pas suffisamment le tribunal sur leur situation de fortune pour apprécier l'impact économique de la sûreté sur la famille (Anvers, 15 mai 2007, *R.G.D.C.*, 2008, p. 439, note M.-A. MASSCHELEIN).

La cour d'appel de Gand a considéré que les intérêts de la famille étaient menacés en présence d'une caution de 5.000.000 BEF donnée par le mari alors que les revenus annuels imposables du ménage étaient de 1.400.000 BEF et que les époux n'étaient pas propriétaires du logement familial (Gand, 24 septembre 2007, *R.W.*, 2008-2009, p. 29). Le tribunal de première instance de Flandre occidentale a également retenu une mise en péril des intérêts de la famille lorsque le remboursement mensuel du prêt garanti par le cautionnement représente les deux tiers du revenu

(25) La notion de « famille » doit être entendue ici dans un sens large. Voy. not. V. DE FRANCOUEN, « Quand le cautionnement consenti par un seul des conjoints est-il annulable ? », *R.G.D.C.*, 2000, p. 161, n° 27; Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997-2005) », *R.C.J.B.*, 2006, p. 814, n° 23.

(26) Cass., 24 avril 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 493; *R.W.*, 1998-1999, p. 1189; *Rev. not. b.*, 1998, p. 310, note J. SACE; Cass., 25 avril 1985, *J.T.*, 1985, p. 388; *Rev. trim. dr. fam.*, 1986, p. 175.

net du couple (Civ. Flandre occidentale (div. Bruges), 24 novembre 2014, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2015, p. 109).

15. — Délai d'exercice de l'action. — En vertu de l'article 224, § 2, l'action en nullité doit être introduite, à peine de forclusion (27), dans un délai d'un an à dater du jour de la prise de connaissance de l'acte par l'époux demandeur (Mons, 3 mai 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1025 (somm.)). La charge de la preuve du dépassement du délai et de la connaissance de l'acte et de son contenu par l'époux demandeur depuis plus d'un an repose sur le tiers contractant qui soulève l'argument de prescription.

Cette preuve peut être rapportée par toutes voies de droit, mais la jurisprudence se révèle assez sévère à l'égard des créanciers. Ne démontre pas le dépassement du délai le tiers créancier qui se contente d'affirmer que l'époux non contractant devait nécessairement avoir connaissance de la sûreté au vu de la bonne entente entre conjoints. Le fait qu'une épouse ait connaissance d'un certain nombre d'informations patrimoniales, financières et fiscales la concernant ainsi que son mari, n'indique pas qu'il la tenait informée de chaque engagement qu'il signait (Mons, 13 janvier 2005, *R.G.D.C.*, 2008, p. 71). L'envoi par le créancier de plusieurs lettres au conjoint contractant ne suffit pas davantage à démontrer que son épouse était informée du cautionnement, car le fait de vivre sous le même toit n'implique pas nécessairement d'avoir connaissance du contenu de courriers adressés personnellement à l'autre (Gand, 24 septembre 2007, *R.W.*, 2008-2009, p. 29).

PARTIE II. — Preuve de la propriété

16. — Facture d'achat. — La preuve de la propriété des biens propres est régie par l'article 1399, tant en régime de communauté que de séparation de biens (par renvoi de l'article 1468 (28)), où l'on distingue selon qu'elle est rapportée à l'égard des tiers ou entre époux. Les règles de preuve à l'égard des premiers sont renforcées par rapport au droit commun (titres ayant date certaine,

(27) Ce délai n'est susceptible ni de suspension ni d'interruption : Rapport fait au nom de la Commission de la justice par Monsieur Hambye, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1974, n° 683/2, p. 19.

(28) Cette disposition est déplacée à l'article 1467 par la proposition de loi du 13 décembre 2017 modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 2848/001, pp. 112-113.

documents émanant d'un service public, mentions figurant dans des registres, documents ou bordereaux imposés par la loi — art. 1399, al. 2) et assouplies entre les seconds (par toutes voies de droit — art. 1399, al. 3).

Les documents commerciaux satisfont en principe à ces exigences de preuve, surtout s'ils sont accompagnés d'autres pièces dignes de foi. La cour d'appel de Liège refuse toutefois de considérer comme suffisante la facture d'achat d'un véhicule libellée au seul nom du mari comme preuve du caractère propre, dès lors que ce véhicule avait été acquis en cours de régime de communauté, sans que la preuve d'un emploi de fonds propres ne soit rapportée (Liège, 21 décembre 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1150). La cour d'appel de Gand se prononce dans le même sens en régime de séparation de biens, estimant qu'il faut ajouter à la facture la preuve de ce qu'elle a été payée avec des fonds propres du revendeur (Gand, 7 octobre 2008, *R.G.D.C.*, 2010, p. 394, note A. MASSCHELEIN).

17. — Preuve de la possession. Coffre bancaire. — La possession peut constituer un mode de preuve de la propriété mobilière, même à l'égard des tiers⁽²⁹⁾, pour autant qu'elle réunisse les conditions de l'article 2229. Le caractère non équivoque de la possession sera parfois difficile à établir. En régime de séparation de biens, la cour d'appel de Gand estime notamment que le dépôt d'actions au porteur dans un coffre loué au nom d'un époux ne constitue pas à lui seul une preuve suffisante d'une possession non équivoque. L'époux titulaire du coffre ne rapportait pas la preuve d'un (ré)investissement en son nom quant aux titres qui s'y trouvaient, les bordereaux d'achat des actions n'étant pas clairement liés aux obligations dont elles constituaient le réinvestissement (Gand, 24 mai 2007, *R.G.D.C.*, 2006, p. 372; *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 319 (somm.)).

18. — Accord amiable conclu durant la séparation de fait. — Dans un arrêt du 25 mai 2010, la cour d'appel de Bruxelles a estimé qu'une convention amiable de liquidation-partage de la communauté conclue par les époux durant la séparation de fait, bien qu'elle soit nulle au regard de l'article 1427 (*infra*, n° 65), pouvait néanmoins servir de preuve de la composition du patri-

(29) En ce sens : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 151, n° 132. Comp. : J.-L. RENCHON, « La preuve dans les relations patrimoniales entre époux », in *La preuve*, Louvain-la-Neuve, U.C.L., 1987, p. 11.

moine *commun* et de la possession par chaque époux d'éléments de ce patrimoine. Cette preuve est toutefois peu utile puisque les biens dont le caractère propre n'est pas établi sont en toute hypothèse présumés communs (art. 1405, 4°) (Bruxelles, 25 mai 2010, *T. Not.*, 2011, p. 28, note C. DE BUSSCHERE; *R.W.*, 2011-2012, p. 1559; *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 879 (somm.)).

19. — Liste des biens propres dans le contrat de mariage ou y annexée. — La force probante des listes de biens propres incluses ou annexées au contrat de mariage, plus fréquentes en séparation de biens qu'en communauté, a été controversée. Nous avons soutenu qu'une liste d'avoirs personnels rédigée sans fraude et à date certaine satisfait aux conditions d'admissibilité de la preuve à l'égard des tiers et reporte sur eux la charge de la preuve contraire(30). La tendance majoritaire considère toutefois qu'une telle liste n'est pas un inventaire, tout au plus un titre à date certaine, de sorte que le juge conserve une liberté d'appréciation quant à sa force probante. La jurisprudence se stabilise en ce sens(31).

Ainsi, les cours d'appel de Mons et de Gand estiment que l'inventaire repris dans le contrat de mariage ou y annexé n'est pas revêtu de la force probante des actes authentiques, car il est dressé sur déclaration des époux, sans que le notaire n'exerce de contrôle sur son exactitude. Il ne peut donc constituer une preuve *erga omnes* et absolue du droit de propriété sur les biens qui y sont repris (Mons, 26 septembre 2006, *Rev. not. b.*, 2007, p. 162; Gand, 9 février 2006, *Rev. not. b.*, 2007, p. 158). La cour d'appel de Gand nuance toutefois: un tel inventaire peut constituer une preuve suffisante de propriété si les circonstances dans lesquelles il a été dressé excluent tout soupçon de fraude. Le juge des saisies de Gand en décide de même dans le cadre de l'action en revendication (art. 1514 C. jud.) d'une épouse séparée de biens cherchant à distraire ses biens personnels d'une saisie pratiquée par les créanciers de son époux. Il a estimé qu'il n'existait pas de raison de

(30) Y.-H. LELEU, «Les régimes matrimoniaux – Examen de jurisprudence (1997-2005)», *R.C.J.B.*, 2006, p. 828, n° 31. Dans le même sens: R. DEKKERS et H. CASMAN, *Handboek burgerlijk recht*, deel IV, *Huwelijksstelsels – Erfrecht – Giften*, Anvers, Intersentia, 2010, pp. 82-83, n° 123. En France: J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, op. cit., p. 145, n° 168.

(31) Pour une synthèse en régime de séparation de biens: C. CASTELEIN, «Eigen-domsrecht, eigendomsbewijs en eigendomsverschuivingen in het stelsel van scheiding van goederen: hoe zuiver is de scheiding van goederen nog?», in R. BARBAIX et N. CARETTE (dir.), *Tendensen vermogensrecht 2017*, Anvers, Intersentia, 2017, pp. 100-105, n° 17.

mettre en doute la liste annexée au contrat de mariage dès lors que celui-ci était nettement antérieur au titre exécutoire du créancier et que le caractère propre des biens était en outre confirmé par un procès-verbal de constat d'huissier, lui aussi antérieur de plusieurs années à la saisie. Le juge a donc levé la saisie en ce qu'elle portait sur les biens de l'épouse repris dans cette liste (Civ. Gand (sais.), 27 avril 2010, *N.j.W.*, 2012, p. 27, note A. V.; *R.W.*, 2011-2012, p. 1177; *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 880 (somm.)).

Lorsque l'existence d'une collusion entre époux est établie ou présumée, la jurisprudence vérifie encore plus scrupuleusement la force probante des listes de biens propres. Selon la cour d'appel d'Anvers, cette force probante n'est admise que si la liste est soit suffisamment antérieure à la dette, soit corroborée par d'autres preuves d'acquisition du bien par l'époux revendiquant. Le caractère propre n'est pas prouvé par les seuls contrats de mariage et liste de biens propres rédigés 3 ans après le prêt litigieux (présomption de collusion entre époux) (Anvers, 24 mars 2010, *R.W.*, 2011-2012, p. 623; note, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 880 (somm.); dans le même sens: Gand, 7 octobre 2008, *R.G.D.C.*, 2010, p. 394, note A. MASSCHELEIN; Liège, 23 octobre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 618; *Rev. not. b.*, 2007, p. 169, obs. G. DE L.).

20. — Présomption de qualification de propre dans le contrat de mariage. — En régime de séparation de biens, l'article 1468, alinéa 2, présume indivis tous les biens meubles dont la propriété dans le chef d'un seul des époux n'est pas établie.

La cour d'appel de Liège, dans un litige opposant l'administration fiscale aux héritières d'un époux sur le montant des droits de succession, estime que la clause du contrat de mariage réputant propres à l'épouse « les meubles meublants, ustensiles de ménage et autres objets mobiliers qui garniront les lieux occupés en commun par les futurs époux » ne s'applique pas au *véhicule* utilisé par le couple durant la vie commune. À défaut d'apporter la preuve de la propriété du bien dans le chef d'un des époux, celui-ci est présumé indivis. La moitié de la valeur de ce véhicule doit donc être reprise à l'actif de la succession (Liège, 18 février 2009, *Rec. gén. enr. not.*, 2010, p. 99) (32).

(32) En ce sens déjà, sur la question de savoir si un véhicule peut être considéré comme un meuble meublant au sens de l'article 215, § 1^{er}, 2^o: Civ. Liège, 31 août 1990, *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 81, note Ph. DE PAGE.

PARTIE III. — Régime legal**A. — ACTIF DES PATRIMOINES****1. — Actif propre**

21. — Biens appartenant aux époux au jour du mariage. Compromis de vente signé avant le mariage. — En cas d'acquisition immobilière, si le *compromis* de vente a une date certaine antérieure au mariage, l'immeuble sera propre à l'acquéreur (art. 1399), peu importe que le transfert de propriété ait lieu immédiatement ou soit reporté durant le mariage, au jour de la signature de l'acte authentique. La créance de transfert de propriété, dont la cause est antérieure au mariage, est propre et donne sa qualification au bien acquis en « paiement » par subrogation (art. 1400, 5°) (33).

La cour d'appel d'Anvers fait une application correcte de ces principes dans une affaire où le compromis d'achat d'un terrain à bâtir avait été signé par l'époux seul avant le mariage, tandis que l'acte authentique avait été cosigné durant le mariage *par les deux époux en qualité d'acquéreurs*. La mention des deux époux en qualité d'acquéreurs dans l'acte authentique ne peut modifier l'application des règles du régime légal relatives à la composition des patrimoines, sous peine de contrevenir au principe d'immutabilité du régime matrimonial. Si les époux voulaient rendre commun cet immeuble propre, il leur appartenait d'opérer une modification de leur régime matrimonial dans la forme des articles 1394 et 1395 du Code civil. À défaut, le terrain acquis avant le mariage reste propre à l'époux, de même que les constructions y érigées par le jeu de l'accession (Anvers, 22 décembre 2015, *T. Not.*, 2016, p. 162 ; *D.A.O.R.*, 2016, p. 86 (somm.)).

22. — Biens appartenant aux époux au jour du mariage. Dot. — À l'occasion d'une requête en apposition de scellés sur un coffre bancaire (art. 1148, 1°, C. jud.), le juge de paix de Gand s'est prononcé sur la nature propre des biens faisant l'objet de la dot de l'épouse. En l'espèce, la famille de l'époux avait constitué avant le mariage une dot au profit de la future épouse, composée de bijoux féminins en or pour un montant avoisinant 20.000 euros, bijoux qui avaient été placés dans un coffre-fort ouvert (vraisemblable-

(33) Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 92, n° 68.

ment) au nom des deux époux. Le juge de paix estime que la dot doit être considérée comme une donation de la famille du futur mari à la future épouse, destinée à protéger l'épouse pour le cas où le mariage viendrait à échouer. La donation est faite à la future épouse personnellement et non aux futurs époux conjointement ou à l'un d'eux avec stipulation que les biens seront communs (art. 1405, 3°). La dot constitue donc un bien propre de l'épouse en application de l'article 1399 du Code civil, outre que les bijoux féminins qui la constituent peuvent être considérés comme des vêtements et objets à usage personnel (art. 1401, 1°). La requête du mari en apposition de scellés est rejetée à défaut pour lui de droit sur les bijoux (J.P. Gand (1^{er} canton), 28 décembre 2015, *R.W.*, 2016-2017, p. 153; *J.J.P.*, 2017, p. 61; *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 626 (somm.)).

23. — Vêtements et objets à usage personnel. — L'article 1401, 1°, du Code civil qualifie propres, quel que soit le moment de l'acquisition, les vêtements et objets à usage personnel. Le caractère personnel de ces biens peut être mis en doute lorsque ceux-ci représentent une valeur patrimoniale élevée au regard du niveau de vie du couple(34). Tel n'est pas le cas, selon la cour d'appel de Bruxelles, de bijoux appartenant à l'épouse pour une valeur totale avoisinant 72.000 euros. La cour retient la qualification propre, se fondant sur le standing du couple et la durée de leur mariage (22 ans), et rejette l'argument du mari selon lequel ces achats de bijoux seraient un investissement réalisé par la communauté (Bruxelles, 20 décembre 2007, *N.j.W.*, 2008, p. 451, obs. G. VERSCHULDEN). Toujours selon la cour d'appel de Bruxelles, la qualification propre est maintenue lorsque les bijoux sont fondus et transformés en or. Ils ne constituent alors plus des biens à usage personnel, mais l'or (ou sa contre-valeur) demeure propre par subrogation (art. 1400, 5°) (Bruxelles, 11 janvier 2011, *T. Not.*, 2011, p. 215).

La cour d'appel d'Anvers retient quant à elle la qualification commune pour une collection de sacs à main de luxe (collection de sacs Delvaux et Louis Vuitton estimée à 35.000 euros) car elle dépasse la notion de « bien personnel », même à la lumière du standing du couple. De tels biens ne peuvent être réduits à des

(34) Y.-H. LELEU, «L'actif des patrimoines propres», in Y.-H. LELEU et L. RAUCENT (dir.), *Les régimes matrimoniaux. 3. Le régime légal*, *Rép. Not.*, t. V.3, Bruxelles, Larcier, 2001, pp. 78-79, n^{os} 690-691; W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 174, n^o 293.

biens d'usage («*gebruiksvoorwerpen*») mais doivent être considérés comme de véritables pièces de collection («*pronkstukken*») qui peuvent être transmises sur plusieurs générations compte tenu de leur caractère durable (Anvers, 17 décembre 2014, *T. Not.*, 2016, p. 273, note L. WEYTS).

24. — Droits de propriété littéraire, artistique ou industrielle. — Les droits intellectuels dérivés des œuvres de l'esprit (droits d'auteurs, brevets, dessins, modèles, marques...) créées durant le régime sont propres (art. 1401, 2°). En application de la distinction entre le titre et la finance, seul le *droit* de propriété littéraire, artistique ou intellectuelle est propre à l'auteur, tandis que la *valeur* est commune(35).

Selon la cour d'appel de Bruxelles, l'article 1401, 2°, n'est pas applicable à une collection de voitures miniatures *Dinky Toys* constituée par un époux (vendue 30.000.000 BEF), car elle «ne procède pas d'une création intellectuelle, susceptible d'une protection comme telle» et «ne donne pas lieu à une expression dans une forme qui permet sa communication au public, ni à une expression originale, c'est-à-dire marquée de la personnalité de son créateur»(36). La cour rejette la qualification propre soutenue par un créancier personnel du mari sur cette base, surabondamment puisqu'en toute hypothèse la valeur dépendrait du patrimoine commun (Bruxelles, 30 mars 2006, *J.T.*, 2007, p. 504, note Ph. PIRON).

25. — Indemnité réparatrice d'un préjudice corporel ou moral. — L'article 1401, 3°, donne une qualification uniforme et propre à toutes les indemnités qu'un époux perçoit en réparation d'un dommage physique ou moral, eu égard au caractère très personnel d'un tel préjudice. La cour d'appel de Mons statue en ce sens, suivant la jurisprudence constante de la Cour de cassation(37) qui qualifie propres, dans leur intégralité, les indem-

(35) Pour une étude approfondie : Ch. DECLERCK, *Littéraire en artistieke eigendom in het familiaal vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2009.

(36) Selon Ch. Declerck, si une telle collection n'est effectivement pas visée par l'article 1401, 2°, il n'est toutefois pas exclu qu'elle puisse faire l'objet d'une protection en vertu des dispositions applicables en matière de droits d'auteur («Secundair huwelijksvermogensstelsel», in W. PINTENS et J. DU MONGH (dir.), *Patrimonium 2007*, Anvers, Intersentia, 2007, p. 25).

(37) Cass., 14 novembre 2000, *Pas.*, 2000, I, 1745; *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 752; *A.J.T.*, 2001-2002, p. 623, note F. LOGGHE; *R.W.*, 2002-2003, 901, note; Cass., 8 avril 1994, *Dr. circ.*, 1994, 236; *J.T.T.*, 1994, p. 475, note; *Pas.*, 1994, I, p. 348; *Rec. arr. cass.*, 1994, p. 227, obs. A. VERBEKE (p. 222); *R.W.*, 1994-1995, p. 434; *T. Not.*, 1995, p. 139.

nités compensatoires d'un dommage personnel, même si celui-ci entraîne une incapacité de travail ou des frais médicaux, « en raison de l'atteinte à son aptitude à produire des revenus » (Mons, 29 novembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1206).

Cette jurisprudence est critiquée⁽³⁸⁾ car elle masque la réalité qu'une telle indemnité, si elle est globale, compense divers préjudices : le dommage moral (personnel), l'atteinte corporelle (personnelle) et la perte de revenus (communs). Dans l'attente d'une clarification législative, il faut encourager les débiteurs d'indemnités (et les juges) à distinguer l'indemnisation de l'atteinte à l'« aptitude » ou capacité, personnelle ou physique, à produire des revenus professionnels de celle de la perte même de tels revenus. Il est également légitime d'interpréter la décision d'octroi pour différencier ces postes. Enfin, l'indemnisation des frais et débours doit revenir au patrimoine commun s'il a en fait l'avance. La réforme des régimes matrimoniaux intègre ces considérations et distingue entre l'indemnisation pour cause d'incapacité personnelle, propre, et pour cause d'incapacité ménagère ou économique, commune⁽³⁹⁾.

Ces principes ont été correctement appliqués par le tribunal de première instance d'Arlon et confirmés en appel, face à une indemnité globale perçue par un époux suite à un accident de la route. Le tribunal indique que seules les indemnités réparant le préjudice corporel au sens strict et le préjudice moral sont propres, au contraire de celles réparant la perte du véhicule commun, la perte de revenus professionnels et les débours décaissés par la communauté (Civ. Arlon, 4 décembre 2009 et Liège, 17 novembre 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 1082). Cette décision manque toutefois de nuance quant à la qualification commune de la part d'indemnité compensant la perte de revenus. À partir de la demande en divorce, les revenus sont à nouveau propres à chaque époux. Il serait dès lors inéquitable de qualifier commune la totalité cette indemnité, souvent versée sous forme d'un capital, alors qu'elle peut compenser la perte de revenus sur toute une vie. En cas de

(38) R. DEKKERS et H. CASMAN, *Handboek burgerlijk recht*, deel IV, *Huwelijksstelsels – Erfrecht – Giften*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 72, n° 108 ; W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 175, n° 296 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 72-74, n° 69.

(39) Nouveaux articles 1401, § 2, 1^{er}, et 1405, § 1^{er}, 4^o, du Code civil (proposition de loi du 13 décembre 2017 modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 2848/001, pp. 5-9, 13-14, 55-56 et 58-59).

divorce, il convient de ventiler l'indemnité allouée et de laisser personnelle à l'époux préjudicié la part de cette indemnité compensant la perte de revenus pour les années post-divorce. La réforme des régimes matrimoniaux consacre ce principe également et ne sera dès lors commune que la part de l'indemnité visant à réparer l'incapacité économique ou ménagère *durant le mariage* (40).

Plus nuancée, la cour d'appel de Gand reconnaît qu'en principe, lorsqu'une indemnité globale est octroyée sous la forme d'un capital, elle devrait être ventilée entre la part (commune) réparant le préjudice matériel lié à la perte de revenus et la part (propre) compensant le dommage corporel / moral / personnel résultant de l'atteinte à l'intégrité physique. Toutefois, en l'absence de répartition chiffrée par les parties et à l'appui de la jurisprudence de cassation, la cour qualifie l'intégralité de l'indemnité de propre (art. 1401, 3°) en raison de l'atteinte à l'aptitude à acquérir des revenus professionnels (Gand, 19 janvier 2017, *T.E.P.*, 2017, p. 147 ; *T. Not.*, 2017, p. 278 (somm.) ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 625 (somm.)).

26. — Droits résultant de la qualité d'associé. — Les parts et actions de société acquises à titre onéreux durant le mariage se voient, en principe, appliquer la qualification résiduaire commune (art. 1405, 4°). L'article 1401, 5°, du Code civil y déroge toutefois pour les droits résultant de la qualité d'associé liés à des parts et actions *communes*, dans des sociétés où toutes les parts ou actions sont *nominatives*, si celles-ci sont attribuées à *un seul conjoint* ou inscrites à son seul nom. On leur applique la distinction titre/finance pour qualifier de propres ces droits d'associés et laisser commune leur valeur (41).

La *ratio legis* de l'article 1401, 5°, est de protéger l'époux associé contre les immixtions de son conjoint dans la gestion des parts, dans des sociétés au caractère *intuitu personae* marqué. La Cour de cassation a toutefois précisé que cette disposition comporte une règle de *propriété* et non de simple administration. Il en découle que, même après la dissolution du régime, la qualification propre des droits est maintenue et que ceux-ci ne font pas partie

(40) *Ibid.*, p. 59.

(41) Pour plus de détails : Y.-H. LELEU et S. LOUIS, *Sociétés et régime matrimonial de communauté*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 29 et s. ; H. MICHEL, « Le statut des parts et actions de société au regard des régimes matrimoniaux », in J.-L. RENCHON (dir.), *Les sociétés et le patrimoine familial : convergences et confrontations*, Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia/Bruylant, 1996, p. 87 ; B. WAUTERS, *Aandelen en echtscheiding*, Anvers, Maklu, 2000, pp. 40 et s.

de l'indivision post-communautaire. Ils ne seront donc exercés que par le seul époux titulaire (Cass., 20 février 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 325; *T. Fam.*, 2015, p. 234, note J. DU MONGH; *T. Not.*, 2016, p. 7, note L. WEYTS; *T.R.V.*, 2015, p. 222, note R. TAS; *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2015, p. 247; *R.W.*, 2015-2016, p. 1223; également commenté *infra*, n° 70) (42).

La cour d'appel d'Anvers fait une application correcte de cette jurisprudence, sans toutefois s'y référer, dans un arrêt du 29 mars 2017: le caractère propre des droits d'associé est définitif et doit être respecté après le divorce; il empêche l'attribution des parts à l'époux non associé. Ces parts échappent par conséquent au principe du partage en nature (Anvers, 29 mars 2017, *T. Not.*, 2017, p. 977; sur la question du partage en nature, comp. Cass., 9 février 2017, *infra*, n° 115).

Selon la cour d'appel de Gand, les droits résultant de la qualité d'associé sont des droits qualitatifs liés à la personne de l'actionnaire et peuvent être considérés comme un bien propre *sui generis*. Les droits patrimoniaux communs sont les droits de propriété sur le produit («*het provenu*») de ces droits d'associé. La communauté demeure donc propriétaire économique des parts et peut prétendre à toutes les prérogatives d'un droit de propriété autres que les droits d'associés (Gand, 30 juin 2016, *R.A.B.G.*, 2017, p. 304, note A. RENIERS; *T. Not.*, 2016, p. 803, note L. WEYTS; *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 623 (somm.)).

Constitue notamment un tel droit d'associé propre soumis à la gestion exclusive (art. 1425), la possibilité d'intenter une *action en retrait* (art. 340 et 341 C. soc.). Si, à la suite d'une telle action, l'un des époux est condamné à payer à l'autre un prix de reprise des parts, ce jugement ne constitue nullement une décision sur le caractère propre ou commun des sommes ainsi payées. Il n'appartient en effet pas au juge saisi de l'action en retrait de se prononcer sur ces questions de liquidation du régime matrimonial (Gand, 2 avril 2007, *D.A.O.R.*, 2008/85, p. 15, note T. HOOGSTOEL). Il reste que si les actions sont communes, le paiement du prix de reprise donnera naissance à un droit à récompense s'il est prélevé sur des fonds propres (sauf emploi mobilier). Suivant la jurisprudence précitée de la Cour de cassation, l'action en retrait pourra

(42) Pour une analyse détaillée: Ph. DE PAGE, «Le statut des parts et actions nominatives dans les régimes en communauté – état des questions», *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, pp. 239-255.

toujours être intentée par l'époux titulaire durant l'indivision post-communautaire.

La valeur commune des parts sera généralement évaluée au jour du partage (*infra*, n° 114) par un réviseur d'entreprise. Le fait que l'époux associé détienne seulement une participation minoritaire dans la société familiale n'entraîne pas, selon la cour d'appel d'Anvers, une décote de la valeur des parts, car la libre négociabilité et le but spéculatif ont peu ou pas d'intérêt dans ce type de société. La ventilation entre les droits d'associés (propres) et les droits patrimoniaux (communs) ne constitue pas davantage un motif de valoriser les actions à la baisse (Anvers, 22 décembre 2015, *T. Not.*, 2016, p. 162; *D.A.O.R.*, 2016, p. 86 (somm.)).

La valeur commune des parts ou actions implique par ailleurs qu'elles sont saisissables en vue du paiement d'une dette recouvrable sur le patrimoine commun, même si les droits d'associés liés à ces parts restent propres à un époux. La distinction titre / finance ne vise pas à protéger les époux contre les créanciers communs (43) (Anvers, 10 janvier 2007, *N.j.W.*, 2007, p. 899, note G.V.).

La réforme du droit des régimes matrimoniaux apporte des précisions et changements concernant les parts et actions de société visées à l'article 1401, 5°, en consacrant expressément la distinction entre le titre et la finance (44). Les droits d'associé demeureront donc propres, étant précisé qu'il s'agit du droit d'agir comme propriétaire des parts, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, tandis que la valeur patrimoniale de ces parts est expressément qualifiée de commune dans le cadre de la réécriture de l'article 1405. Par ailleurs, afin de tenir compte de l'investissement professionnel de l'époux associé après la dissolution du régime, la valeur des parts visées à l'article 1401, 5° (de même que pour l'ensemble des biens professionnels), est arrêtée au jour de la dissolution, dérogeant au principe général d'évaluation au jour du partage (45).

(43) De la même manière que la protection du logement familial de l'article 215 ne rend pas celui-ci insaisissable.

(44) Proposition de loi du 13 décembre 2017 modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 2848/001, pp. 16-18 et pp. 51-52.

(45) Nouvel article 1430, § 2, C. civ.

27. — Biens acquis en remploi. Remploi mobilier. — Le remploi mobilier permet de rendre propres des meubles (corporels ou incorporels) acquis au moyen de fonds propres ou provenant de l'aliénation de biens propres (art. 1404). Aucune forme (déclaration d'intention) n'est exigée, à la différence du remploi immobilier (art. 1402), pour autant que l'origine des fonds puisse être démontrée. Il n'est pas automatique et repose sur la volonté de se constituer un propre.

La cour d'appel d'Anvers estime que les conditions du remploi mobilier sont remplies lors de l'acquisition par l'épouse de parts dans une société familiale grâce à des fonds précédemment donnés par sa mère. La cour rejette l'argument du mari selon lequel la donation devait bénéficier aux deux époux au motif que la donation d'un parent est présumée réalisée en faveur de l'enfant seul, sauf à démontrer une volonté de gratifier le couple (*infra*, n° 30). Les parts acquises par l'épouse au moyen des fonds donnés sont donc propres (Anvers, 17 décembre 2014, *T. Not.*, 2016, p. 273, note L. WEYTS).

La cour d'appel de Liège rappelle à juste titre que la présomption de volonté de remploi peut être renversée par toutes voies de droit, notamment lorsqu'il porte sur un bien destiné à l'usage commun des époux, tel le véhicule du ménage. En cas de contestation, le caractère propre des fonds employés devra être établi. La cour ordonne la réouverture des débats sur ces questions, insuffisamment informée sur l'origine des fonds et les circonstances de l'achat (Liège, 21 décembre 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1150).

2. — *Actif commun*

28. — Patrimoine d'affectation. — Le patrimoine commun n'est pas une indivision mais un *patrimoine d'affectation* (46). Durant le régime, les biens qui en dépendent appartiennent pour la totalité en pleine propriété aux deux époux et non à chacun d'eux à concurrence d'une moitié indivise.

Lorsqu'un couple marié sous le régime légal est propriétaire à concurrence de 99 % d'un terrain agricole en indivision avec le propriétaire des 1 % restant, chacun des époux doit être consi-

(46) R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2016, p. 51, n° 91 ; L. RAUCENT, « Concepts fondamentaux du régime légal », in Y.-H. LELEU et L. RAUCENT (dir.), *Les régimes matrimoniaux. 3. Le régime légal*, *Rép. Not.*, t. V/II, Bruxelles, Larcier, 2001, n° 628.

déré comme propriétaire des 99 % de ce terrain. Par conséquent, le congé notifié par l'épouse au preneur en vue d'une exploitation personnelle des terres respecte l'article 7, 1^o, alinéa 2, de la loi sur le bail à ferme puisque l'épouse possède plus de la moitié indivise de celles-ci (Cass., 19 mai 2014, *Pas.*, 2014, p. 1230; *J.L.M.B.*, 2015, p. 1843; *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 823 (somm.)).

29. — Revenus des biens propres. Exigibilité. — Les fruits, revenus et intérêts de biens propres sont communs (art. 1405, 2^o, C. civ.) *dès leur exigibilité*, donc avant leur perception ou leur encaissement (47). C'est donc à tort que le juge de paix de Landen estime que les fermages générés par un immeuble propre ne sont communs que lorsqu'ils ont été perçus par le bailleur. La créance de loyers impayés doit elle aussi recevoir la qualification commune (J.P. Landen, 8 octobre 2009, *J.J.P.*, 2011, p. 351; *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 276 (somm.); *infra*, n^o 64).

30. — Biens donnés conjointement aux deux époux. — Il résulte de la combinaison des articles 1399, alinéa 1^{er}, et 1405, 3^o, du Code civil que les donations (ou legs) constituent des biens propres de l'époux donataire, sauf lorsque ces biens sont donnés conjointement aux deux époux ou à l'un d'eux avec stipulation de communauté. La jurisprudence montre qu'une certaine confusion règne lorsque la destination de la donation n'est pas précisée dans l'*instrumentum*, qui peut être un simple virement en cas de donation bancaire. Or de telles donations sont fréquentes lors de l'accès de la génération suivante à la propriété immobilière.

La cour d'appel de Mons retient la qualification commune de la donation lorsque les fonds ont été versés sur un *compte commun* et utilisés au profit de la communauté (achat d'immeuble commun, réalisation de travaux dans la résidence conjugale). En l'absence de communication sous les virements ou de pacte adjoint identifiant le donataire, la cour estime qu'il appartient à l'époux qui se prévaut du caractère propre de démontrer que la donation a été faite à son profit exclusif (Mons, 12 mai 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 607; Mons, 20 septembre 2005, *J.L.M.B.*, 2007, p. 48, note C. CUISINIER; *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 563, note J.-L. RENCHON). La cour d'appel de Bruxelles franchit un pas de plus dans un arrêt du 7 décembre 2006: en présence d'un don

(47) Y.-H. LELEU, «L'actif du patrimoine commun», in Y.-H. LELEU et L. RAUCENT (dir.), *Les régimes matrimoniaux. 3. Le régime légal*, Rép. Not., t. V/II, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 102, n^o 712 et références y citées.

des parents de l'époux sur le *compte personnel* de celui-ci, la libéralité conjointe est présumée « dans la mesure où cette somme a servi à rembourser un emprunt souscrit par les deux époux » et où les parties ne disposaient pas d'un compte commun à l'époque (Bruxelles, 7 décembre 2006, *Rec. gén. enr. not.*, 2010, p. 67; *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 914; *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 14).

Cette jurisprudence fait, à notre avis, une application trop extensive de l'article 1405, 3°, du Code civil, lequel déroge à l'article 1399, alinéa 1^{er}, et n'autorise, selon nous, la qualification commune qu'à condition que le caractère conjoint de la donation soit expressément stipulé / démontré(48). Comme l'a décidé à plusieurs reprises la cour d'appel de Gand, à défaut de prouver que la donation a été faite aux deux époux, elle doit être considérée comme ayant été faite par les parents de l'époux à celui-ci personnellement (Gand, 9 février 2017, *T. Not.*, 2017, p. 423; Gand, 6 novembre 2014, *R.W.*, 2016, p. 141; *T. Not.*, 2015, p. 726; dans le même sens: Anvers, 17 décembre 2014, *T. Not.*, 2016, p. 273, note L. WEYTS; Civ. Termonde, 18 juin 2009, *R.A.B.G.*, 2010, p. 782; *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 244 (somm.)). Ni le caractère commun du compte sur lequel les fonds sont versés, ni l'usage qui en sera finalement fait au profit de la communauté ou du patrimoine propre de l'autre époux n'impliquent qu'il s'agit d'une donation aux deux conjoints (Gand, 19 janvier 2017, *T. Not.*, 2017, p. 271; *R.A.B.G.*, 2017, p. 1196; *T.E.P.*, 2017, p. 189; *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 626 (somm.)). La cour d'appel de Bruxelles, dans un arrêt du 11 février 2014, retient également que le versement sur un compte commun par les parents d'un époux ne suffit pas à établir l'intention du donateur de gratifier les deux conjoints (Bruxelles, 11 février 2014, *T. Not.*, 2014, p. 660).

31. — Argent déposé sur un compte au nom d'un des époux. — Les fonds déposés sur un compte bancaire ouvert au nom d'un seul époux sont communs en application de la qualification commune résiduaire (art. 1405, 4°). La preuve de la propriété des fonds n'est pas établie par la seule titularité du compte (Civ.

(48) *Contra*: Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 92, n° 78; J.-L. RENCHON et L. VOISIN, « Les donations effectuées au profit d'un enfant qui vit en couple », in Y.-H. LELEU (coord.), *Aspects actuels de la programmation patrimoniale dans la famille*, Actes du colloque de l'Association « Famille & Droit », Liège, 25 novembre 2005, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 97, n° 7.

Arlon, 3 mars 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1276; dans le même sens : Bruxelles, 16 février 2010, inédit (49)).

À plus forte raison s'il est prouvé que l'argent figurant sur un compte personnel provient d'économies réalisées sur les revenus durant le mariage, la qualification commune découlera de l'article 1405, 1^o, du Code civil (Civ. Nivelles, 11 octobre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, liv. 4, p. 1281, note J.-L. RENCHON).

32. — Assurance vie. — Selon l'article 127 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, «le bénéfice de l'assurance contractée par un époux commun en biens au profit de l'autre ou à son profit constitue un bien propre de l'époux bénéficiaire». L'article 128 de la même loi énonce qu'«une récompense n'est due au patrimoine commun que dans la mesure où les versements effectués à titre de primes et prélevés sur ce patrimoine sont manifestement exagérés eu égard aux facultés de celui-ci» (50).

Par son arrêt du 26 mai 1999 (51), la Cour d'arbitrage a déclaré ces dispositions inconstitutionnelles en ce qu'elles sont applicables à tous les contrats régis par la loi de 1992, et notamment aux nouveaux produits d'assurance apparentés à des instruments d'épargne. C'est la finalité du contrat d'assurance qui détermine la norme applicable à la qualification — propre ou commune — des droits résultant d'une assurance de personnes (52). Il y a lieu de réserver la qualification propre aux «véritables assu-

(49) Cité in Ch. DECLERCK, «Kroniek familiaal vermogensrecht. Secundaire huwelijksvermogensstelsel», in W. PINTENS et Ch. DECLERCK (dir.), *Patrimonium 2010*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 7, n^o 9.

(50) Dans l'attente d'une réforme des régimes matrimoniaux, ces dispositions n'ont pas été abrogées par la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, ayant pourtant vocation à remplacer la loi du 25 juin 1992. La «proposition de loi du 13 décembre 2017 modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière» visant uniquement les assurances sur la vie individuelles, ces dispositions continueront à s'appliquer aux contrats relevant du 2^e pilier des pensions (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n^o 2848/001, pp. 10-13).

(51) C. arb., 26 mai 1999, n^o 54/99, *Arr. C.A.*, 1999, p. 623; *Bull. Ass.*, 1999, p. 475, note Y.-H. LELEU et D. SCHUERMANS; *J.L.M.B.*, 1999, p. 1456; *Rev. not. b.*, 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. BUYSSENS; *T. Not.*, 2000, p. 257.

(52) Voy. not. Y.-H. LELEU, «L'actif des patrimoines propres», in *Les régimes matrimoniaux, Rép. Not.*, t. V, liv. II, p. 644, n^o 687, c), et «Étendue et composition du patrimoine commun», in Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS et M. BOURGEOIS (dir.), *Manuel de planification patrimoniale, Le couple, Vie commune*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 65, n^o 54. Pour plus de détails : N. BAUGNIET et E. WELING-LILLEN, «L'assurance vie et les régimes matrimoniaux : plus de vingt ans d'incertitudes...», in F. TAINMONT (dir.), *L'assurance-vie. Aspects civils et fiscaux*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 105-131.

rances» conclues par les époux dans un but de *prévoyance* (53). En revanche, en tant qu'opération d'épargne, le capital vie d'un contrat d'assurance-vie mixte versé durant le régime, ou la valeur de rachat du contrat, est un actif commun (art. 1405, 4^o). Il en va à plus forte raison des contrats dits de «bancassurance» et des produits d'investissement en assurance (branche 21, branche 23).

L'évaluation se fait au jour du *partage* et non à la date de la dissolution du régime, sous peine de violer l'article 890 du Code civil. Lorsque le capital n'a pas encore été versé, c'est la valeur de rachat au jour du partage qui devra être mentionnée à l'actif commun (Cass., 5 décembre 2013, *R.A.B.G.*, 2014, p. 1030, note A. RENIERS; *T. Not.*, 2014, p. 645; *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 820 (somm.), note J.-L. RENCHON). Précisons que si la valeur de rachat doit être déterminée au jour du partage, elle doit l'être dans son «état» à la dissolution du régime, date à laquelle est arrêtée la composition des patrimoines, pour faire abstraction des primes éventuellement versées entre la dissolution et le partage (54).

Les assurances-vie dites «vie entière» posent encore question. Dans une décision du 26 mai 2009, le Service des Décisions Anticipées s'est prononcé sur les conséquences, en droits de succession, d'une police d'assurance «vie entière» conclue par une épouse sur sa propre tête, au profit de son époux, lorsque celui-ci vient à décéder le premier. Il s'agissait d'un contrat prenant fin au décès de la preneuse; le mari ne devait bénéficier du capital qu'en cas de prédécès de son épouse tandis qu'aucune attribution en cas de vie à une certaine date n'était prévue. La prime unique avait été financée par la communauté. S'est posée la question de la qualification de la *valeur de rachat* du contrat d'assurance, aux fins de reconstituer la masse taxable de la succession du mari. L'Administration fiscale la qualifie de *propre* à l'épouse, qui est par conséquent redevable d'une récompense au profit du patrimoine commun pour la prime payée avec des fonds communs (décision anticipée du 26 mai 2009, n^o 800.279, *Rec. gén. enr. not.*, 2010,

(53) Ces assurances «pures» sont celles qui protègent le bénéficiaire contre un risque de *décès*; elles ne sont dès lors perçues qu'une fois le régime matrimonial dissous (S. LOUIS, «Capital d'assurance-groupe: bien propre ou bien commun?», note sous Civ. Liège, 16 février 2004, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1161, n^o 2).

(54) En ce sens: M. VAN MOLLE, «Quelques réflexions quant au statut de l'assurance groupe dans le régime de communauté légale», note sous Liège, 27 mars 2013, *Act. dr. fam.*, 2015, p. 201, n^o 14.

p. 194, n° 26.196, obs. C. PRÜM). Cette décision est critiquable (55) car une assurance-vie entière est un instrument d'épargne et de planification patrimoniale, dont la qualification devrait être déterminée par l'application du droit commun des régimes matrimoniaux, conformément à l'arrêt du 26 mai 1999 de la Cour d'arbitrage.

La réforme des régimes matrimoniaux consacre un nouveau régime complet pour les prestations d'assurances ou valeur de rachat liées à un contrat d'assurance-vie individuelle. Les assurances groupe demeurent quant à elles exclues du projet pour être examinées à l'occasion d'une réforme plus large du régime des pensions (56).

33. — Assurance groupe. — Il ne fait plus aucun doute depuis l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 27 juillet 2011 que les prestations d'assurance groupe, visant à obtenir un revenu complémentaire à l'âge de la retraite, reçoivent aussi une qualification commune en tant qu'opération d'épargne. Il importe peu que les primes soient payées directement par l'employeur ou retenues sur la rémunération de l'affilié : dans les deux cas elles doivent être considérées comme un avantage perçu par le travailleur en vertu de son contrat de travail et font partie de sa rémunération. Il en résulte donc, selon la Cour, que les prestations d'assurance groupe peuvent être assimilées à des revenus professionnels communs (art. 1405, 1°) (C. const., 27 juillet 2011, n° 136/2011, *R.W.*, 2011-2012, p. 202 (somm.); *J.T.*, 2012, p. 156, note Y.-H. LELEU et L. ROUSSEAU, p. 152; *N.F.M.*, 2012, note B. SCHEERS; *R.A.B.G.*, 2011, p. 1353, note C. HENDRICKX; *Rev. not. b.*, 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, 595, note J. DU MONGH).

La Cour constitutionnelle a expressément limité son examen à l'hypothèse dans laquelle l'assurance groupe est souscrite par l'employeur en vue de constituer une pension complémentaire payée au travailleur lorsqu'il atteint un âge déterminé. En d'autres termes, seules les assurances groupes *obligatoires* sont visées. Mais les enseignements de l'arrêt du 27 juillet 2011 peuvent être appliqués, à plus forte raison, au volet *volontaire* de l'assurance

(55) Voy. dans le même sens Ch. DECLERCK, «Secundair huwelijksvermogensstelsel», in W. PINTENS et Ch. DECLERCK (dir.), *Patrimonium 2010*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 6, n° 5.

(56) Proposition de loi du 13 décembre 2017 modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 2848/001, pp. 10-13, pp. 44-50 et 61-62.

groupe(57). En effet, si l'on admet qu'une assurance obligatoirement souscrite au profit d'un travailleur — qui ne l'a donc pas choisie — est un bien d'épargne dans son chef, il en va *a fortiori* de même des cotisations individuelles payées par l'affilié de sa propre initiative. L'épargne constituée par le volet volontaire de l'assurance groupe doit donc être qualifiée de commune(58). Mais le fondement de cette qualification est à trouver, à notre avis, non plus dans l'article 1405, 1^o, du Code civil, mais bien dans la qualification commune résiduaire de l'article 1405, 4^o(59).

La jurisprudence antérieure à l'arrêt du 27 juillet 2011 appliquait déjà la qualification commune aux prestations d'assurances groupe sur la base des enseignements de l'arrêt du 26 mai 1999 de la Cour d'arbitrage en matière d'assurance individuelle (en ce sens : Anvers, 4 novembre 2009, *R.G.D.C.*, 2010, p. 329, note N. TORFS; *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 243 (somm.); Gand, 28 juin 2007, *T. Not.*, 2009, p. 550; *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 962 (somm.); Gand, 24 mars 2005, *T. Not.*, 2005, p. 481; Anvers, 6 octobre 2004, *N.j.W.*, 2005, p. 555; Civ. Nivelles, 24 juillet 2007, *Rec. gén. enr. not.*, 2008, p. 70, note L. ROUSSEAU; Civ. Liège, 16 février 2004, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1158, note S. LOUIS). La Cour de cassation avait néanmoins contrarié cette interprétation extensive, estimant que le statut matrimonial de l'assurance groupe était différent de celui de l'assurance individuelle et que le juge du fond ne pouvait se dispenser d'une nouvelle question à la Cour constitutionnelle, ce qui fut fait (Cass., 24 janvier 2011, *Pas.*, 2011, p. 253; *Bull. Ass.*, 2011, p. 186, note (approbative) C. DEVOET; *R.D.C.*, 2012, p. 284, note C. DEVOET; *R.W.*, 2013-2014, p. 137 (somm.))(60).

La jurisprudence postérieure à l'arrêt du 27 juillet 2011 précise la qualification commune des prestations d'assurance groupe et

(57) Sur la distinction entre « volet obligatoire » et « volet volontaire », voy. Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997-2005) », *R.C.J.B.*, 2006, p. 838, n^o 35; Y.-H. LELEU et F. BUYSSENS, « Les assurances vie », in *Les régimes matrimoniaux*, feuil. mob., Kluwer, 2007, TVI.2-23.

(58) En ce sens : 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^o 136/2011 du 27 juillet 2011 », *J.T.*, 2012, p. 156.

(59) Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997-2005) », *R.C.J.B.*, 2006, p. 838, n^o 35; Y.-H. LELEU et F. BUYSSENS, « Les assurances vie », in *Les régimes matrimoniaux*, feuil. mob., Kluwer, 2007, TVI.2-23.

(60) La position adoptée par la Cour dans cet arrêt est également défendue par J.-Ch. ANDRÉ-DUMONT et G. RASSON, in *Assurance vie des particuliers. Aspects techniques, juridiques, fiscaux et de planification successorale*, Kluwer, 2009, pp. 416-417, spéc. notes 41 et 42.

tente de résoudre les difficultés qu'elle engendre lors de la liquidation du régime matrimonial.

La Cour de cassation rappelle opportunément que seule la partie du capital constituée *pendant le mariage* est commune. Un époux marié sous l'ancien régime de la communauté réduite aux acquêts avait reçu le capital d'une assurance groupe durant les opérations de liquidation du régime matrimonial et revendiquait sa propriété au motif que l'assurance avait été contractée par son employeur avant le mariage. Tant la cour d'appel que la Cour de cassation rejettent cet argument et estiment qu'en vertu de l'article 1498 ancien du Code civil, les prestations d'assurance groupe, dans la mesure où elles sont constituées de montants versés pendant le mariage, que ce soit par l'employeur ou par l'époux lui-même, appartiennent au patrimoine commun. La qualification propre (art. 1399) ou commune des prestations ne dépend donc pas de la date du contrat d'assurance⁽⁶¹⁾ (Cass., 30 novembre 2012, *Pas.*, 2012, 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.). Dans le même sens: Gand, 18 mai 2017, *T. Not.*, 2017, p. 965; Bruxelles, 24 mai 2016, *T. Not.*, 2016, p. 522; Civ. Namur, 27 octobre 2014, *Rev. not. b.*, 2016, p. 67. *Contra*: Civ. Namur, 23 octobre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 825, note J.-L. RENCHON). Le tribunal de première instance d'Anvers adopte le même raisonnement pour des époux mariés sous le régime actuel de la communauté légale: le capital d'assurance groupe constitué pendant le mariage, tant par les primes de l'employeur que par celles de l'époux travailleur, est commun. En l'espèce, le contrat ne prévoyant pas la faculté de rachat, le tribunal décide que l'épouse aura contre son mari une créance égale à la moitié du montant des droits acquis durant le mariage, dont ce dernier devra s'acquitter à 65 ans lorsque le capital lui sera versé (Civ. Anvers, 22 décembre 2011, *R.A.B.G.*, 2012, p. 825; dans le même sens: Gand, 28 janvier 2016, *T.E.P.*, 2016, p. 464; Anvers, 4 novembre 2009, précité; Trib. fam. Namur (div. Namur), 18 mars 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 898).

(61) Voy. pour plus de détails et sur la potentielle contradiction entre cet arrêt et l'arrêt ultérieur de la Cour du 5 décembre 2013 (*supra*, n° 32): J.-L. RENCHON, « Actualités en droit du couple », in F. TAINMONT et J.-L. VAN BOXSTAEL (dir.), *Tapas de droit notarial*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 28-36, spéc. n° 48.

En pratique(62), on appliquera la règle traditionnelle d'évaluation des biens communs au jour du partage, dans leur état au jour de la dissolution(63). Quand plusieurs années se sont écoulées entre la demande en divorce et le partage, l'on ajoutera à la valeur de rachat arrêtée au jour de la dissolution du régime la plus-value prise par celle-ci (intérêts sur le capital, ...) durant les années où le contrat d'assurance groupe s'est poursuivi (Gand, 18 mai 2017, *T. Not.*, 2017, p. 965; Gand, 19 janvier 2017, *T.E.P.*, 2017, p. 147; *T. Not.*, 2017, p. 278 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 625 (somm.); Gand, 30 juin 2016, *R.A.B.G.*, 2017, p. 304, note A. RENIERS; *T. Not.*, 2016, p. 803, note L. WEYTS; *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 623 (somm.); Gand, 3 mars 2016, *T. Not.*, 2016, p. 265; *T.E.P.*, 2016, p. 488; *R.W.*, 2017-2018, p. 831; Gand, 28 janvier 2016, *T.E.P.*, 2016, p. 464; *R.W.*, 2017-2018, p. 832; Gand, 5 novembre 2015, *R.W.*, 2017-2018, p. 580; *T. Not.*, 2015, p. 859 (somm.); Bruxelles, 25 juin 2013, *R.W.*, 2014-2015, p. 858).

Une liquidation immédiate *inter partes* des droits issus du contrat implique de tenir compte, dans la valeur partagée, des *latences fiscales et sociales* (Gand, 18 mai 2017; Gand, 19 janvier 2017; Gand, 3 mars 2016; Gand 28 janvier 2016 et Gand, 5 novembre 2015, précités). Sur le tarif fiscal applicable, la cour d'appel de Bruxelles décide qu'il y a lieu de retenir le taux d'imposition applicable à une liquidation anticipée au moment du partage, et non le taux qui sera applicable lorsque l'époux assuré aura atteint l'âge de 65 ans et percevra son capital à l'échéance. L'on ne saurait en effet imposer à cet époux, directement ou indirectement, d'attendre l'échéance de son contrat pour toucher son capital. Les tarifs fiscaux peuvent en outre évoluer au fil des années et un décès avant l'échéance est toujours possible. Par conséquent, pour déterminer la valeur à partager, la cour décide de se référer au taux d'imposition applicable au jour du partage (33 % à ce moment) plutôt qu'au taux (inférieur) qui serait appli-

(62) Sur les difficultés pratiques rencontrées lors de la liquidation-partage : N. BAUGNIET et E. WELING-LILIE, « L'assurance vie et les régimes matrimoniaux : plus de vingt ans d'incertitudes... », in F. TAINMONT (dir.), *L'assurance-vie. Aspects civils et fiscaux*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 128-131, n° 48-50; E. WELING-LILIE, « Les contrats d'assurance-vie : la liquidation du régime matrimonial ou de la succession du preneur », *Rev. not. b.*, 2015, pp. 114-124, n° 32-42; F. BUYSENS et V. ALLAERTS, « Het grondwettelijk Hof beslecht: het groepsverzekeringskapitaal valt in de huwgemeenschap. Praktische gevolgen: goed of slecht? », in W. PINTENS et Ch. DECLERCK (dir.), *Patrimonium 2012*, Anvers, Intersentia, 2012, pp. 165-169, n° 17-22.

(63) Voy. en matière d'assurance vie individuelle : Cass., 5 décembre 2013, commenté *supra*, n° 32.

cable lorsque l'époux aura atteint 65 ans (10 %) (Bruxelles, 9 novembre 2010, *R.G.D.C.*, 2013, p. 508) (64).

La liquidation immédiate des droits de l'assurance n'est cependant pas toujours possible, ni surtout dans l'intérêt de l'assuré. Elle ne saurait donc lui être imposée, pas plus que le paiement immédiat à son ex-conjoint d'une somme dont il ne percevra le bénéfice (aux conditions fiscales optimales) que dans le futur. Le tribunal de première instance de Namur décide ainsi que ce n'est qu'au jour où l'ex-époux percevra effectivement le bénéfice des assurances groupe qu'il devra rétrocéder à son ex-épouse les sommes lui revenant, en tenant compte des retenues sociales, cotisations et impôts qui grèveront les capitaux perçus. Le tribunal refuse d'accorder à l'épouse des intérêts sur ce montant, pas plus qu'il ne fait droit à sa demande de consignation de fonds entre les mains du notaire pour garantir sa créance (Civ. Namur, 2 avril 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 859, note — absence de faculté de rachat; dans le même sens: Trib. fam. Brabant wallon, 2 avril 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 906, note; Civ. Namur, 7 mai 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 875, note J.-L. RENCHON, *Rev. not. b.*, 2016, p. 54). La cour d'appel d'Anvers estime au contraire que seul un paiement immédiat est de nature à garantir le droit au procès équitable de l'article 6 de la CEDH, chaque époux ayant le droit de pouvoir clôturer la liquidation dans un délai raisonnable. Vu l'interdiction légale de rachat en l'espèce, elle autorise l'épouse à prélever des biens communs à due concurrence (Anvers, 22 décembre 2015, *T. Not.*, 2016, p. 162; *D.A.O.R.*, 2016, p. 86 (somm.)). Cette solution est critiquable et n'est envisageable qu'en présence d'un patrimoine commun suffisant pour compenser l'attribution de l'intégralité du capital à l'époux assuré et moyennant une décote tenant compte de la non-libération d'un même capital au profit de l'assuré à ce moment. Si les montants sont importants, il faut à notre avis privilégier le paiement différé.

Au-delà des difficultés pratiques liées aux opérations de liquidation du régime matrimonial, certains contrats d'assurance groupe demeurent difficiles à qualifier. Si la plupart de ces contrats relèvent du deuxième pilier des pensions — et donc de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de 2011 — il n'est pas exclu qu'une assurance groupe soit considérée comme une pension

(64) Voy. sur le régime fiscal des assurances vie : F. MAGNUS, E.-J. NAVEZ et E. TRAVERSA, « La fiscalité directe des assurances vie et des pensions complémentaires », in F. TAINMONT (dir.), *L'assurance-vie. Aspects civils et fiscaux*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 213 et s.

du premier pilier (la pension légale) et relève ainsi de la qualification de l'article 1401, 4°. La cour d'appel de Liège a été confrontée à un tel contrat dans un arrêt du 27 mars 2013. L'époux était un ancien agent statutaire dans une intercommunale et s'était vu octroyer à l'âge de la retraite un capital important ainsi qu'une rente mensuelle en vertu d'une assurance groupe souscrite par son employeur. La cour considère que le contrat en question relève du premier pilier car il ne vise pas à octroyer à l'époux une pension complémentaire, mais uniquement la pension légale. Les pensions du secteur public sont en effet financées par le biais de cotisations de l'employeur et de cotisations personnelles prélevées sur la rémunération de l'agent. Le fait que l'employeur ait eu recours à un contrat d'assurance groupe plutôt qu'à un fonds de pension et les modalités spécifiques de paiement à l'âge de la retraite n'énervent pas, selon la cour, la qualification de pension légale à attribuer aux prestations issues du contrat (art. 1401, 4°). L'époux ayant accédé à l'âge de la retraite après le divorce, les montants perçus en application du contrat d'assurance groupe lui demeurent personnels (Liège, 27 mars 2013, *Act. dr. fam.*, 2015, p. 194, note M. VAN MOLLE).

34. — Biens professionnels. — 1. Un *commerce* constitué pendant le mariage est commun en vertu de la qualification commune résiduaire (art. 1405, 4°). Selon la cour d'appel de Gand, cette qualification commune s'applique également lorsque le commerce a débuté peu avant le mariage, mais à un stade embryonnaire, et s'est ensuite développé essentiellement pendant le mariage. En l'espèce, l'époux avait débuté son activité d'indépendant un mois avant le mariage, à titre complémentaire durant les six premières années, avant de l'exercer à titre principal, et de l'apporter enfin une société professionnelle. La cour écarte la qualification propre de l'article 1399 du Code civil au motif qu'elle ne s'appliquerait que s'il existe déjà, au moment du mariage, un réel commerce avec une clientèle propre réelle et utile. Le simple fait que le commerce ait débuté avant le mariage (immatriculation à la TVA) ne suffit donc pas à en faire un bien propre (Gand, 10 décembre 2015, *R.G.D.C.*, 2017, p. 162, note A. PAULUS; *T. Not.*, 2016, p. 19, note). Si cette décision semblait correcte sur le plan de l'équité et de la philosophie du régime communautaire — le bien était plus acquêt qu'antérieur au mariage —, elle était peu motivée en droit. La Cour de cassation l'a censurée, estimant que l'existence d'un commerce doit être recherchée dans des éléments

présents permettant d'attirer et de conserver une clientèle. La motivation du juge d'appel qui, sans exclure la présence de ces éléments, ajoutait qu'il devait s'agir d'une clientèle réelle et utile n'est pas justifiée en droit (Cass., 17 février 2017, *T. Not.*, 2017, p. 510).

2. La *plus-value* acquise par un bien professionnel, propre ou commun, n'est ni un accessoire ni un revenu, mais s'y incorpore et suit son statut. La cour d'appel de Bruxelles en déduit que lorsqu'un époux apporte un fonds de commerce commun à une société et réalise une plus-value à cette occasion, celle-ci est taxable à l'impôt des personnes physiques dans le chef des deux époux, chacun à concurrence de moitié. Elle réforme la décision de l'administration fiscale qui avait taxé l'intégralité de la plus-value dans le chef du seul époux séparé de fait titulaire de la profession (Bruxelles, 26 avril 2012, *F.J.F.*, 2013, p. 389; *Fiscologue*, 2013, liv. 1354, p. 11). Nous doutons que l'épouse non commerçante (ayant le statut de conjoint aidant) puisse être taxée à concurrence de moitié sur la plus-value de cessation réalisée par son conjoint. Le revenu provenant de l'activité professionnelle d'un époux est en effet taxable dans le chef de ce seul époux (65). En revanche, la dette d'impôt qui en résulte est commune et doit être supportée, à titre définitif, par chaque époux à concurrence de moitié (art. 1408, 7^e tiret; *infra*, n° 49) (66). Il en irait de même, à notre avis, en cas de plus-value de cessation réalisée sur un fonds de commerce propre, l'impôt sur le revenu étant toujours une dette commune.

3. Il est désormais unanimement admis que la *clientèle*, d'une profession libérale ou d'un commerce, représente une valeur patrimoniale, même lorsque l'accès à la profession est réglementé ou que la déontologie restreint sa cessibilité (67). Lorsqu'elle est acquise ou constituée durant le mariage, cette clientèle doit en principe être qualifiée commune au titre de bien professionnel. Afin que le caractère *intuitu personae* de certaines clientèles soit respecté par une totale liberté de gestion du titulaire, la doctrine majoritaire

(65) En ce sens : Gand, 6 janvier 2009, *Cour. fisc.*, 2009, p. 431, note; *F.J.F.*, 2010, p. 153; L. DEKLERCK, M. MARLIÈRE et C. SCHOTTE, « Vente ou apport d'un fonds de commerce : implications fiscales », in *La transmission du patrimoine professionnel. Aspects civils et fiscaux*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 103, n° 3.

(66) En ce sens : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 178, n° 164.

(67) Y.-H. LELEU, « Les régimes matrimoniaux — Examen de jurisprudence (1997-2005) », *R.C.J.B.*, 2006, p. 847, n° 40.

prône l'application de la distinction titre/finance : le titulaire de la profession conserve des droits de gestion exclusifs ; la valeur de la clientèle demeure commune (68).

La cour d'appel de Bruxelles s'écarte toutefois de ces principes dans une affaire où étaient en cause les clientèles de deux époux mariés en régime de communauté, l'un chirurgien esthétique et l'autre orthodontiste. Elle exclut les deux clientèles de l'actif commun au motif que celle du chirurgien esthétique est à ce point liée à sa personne, son nom, son expérience et son savoir-faire qu'il ne peut être question de lui reconnaître une valeur patrimoniale, tandis que la clientèle de l'ex-épouse orthodontiste, au caractère *intuitu personae* moins marqué, ne pourrait se voir reconnaître de valeur car son évaluation est purement hypothétique à défaut de vente, cession, apport de clientèle ou cession d'activité (Bruxelles, 20 décembre 2007, *N.j.W.*, 2008, p. 451, note G. VERSCHULDEN).

La cour d'appel de Liège penche également en faveur de la qualification propre (art. 1399) d'une clientèle de kinésithérapeute-ostéopathe dès lors que l'activité professionnelle de l'époux a démarré quatre ans avant le mariage, s'exerce encore à la suite du divorce et qu'il en a toujours été seul responsable. L'on regrettera cependant la motivation du juge d'appel qui se réfère au caractère *intuitu personae* de la clientèle de l'ostéopathe tout en fondant la qualification de bien propre sur la base du commencement d'activité avant le mariage (Liège, 7 octobre 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 966).

Pour l'ensemble des biens professionnels et la clientèle, la réforme des régimes matrimoniaux consacre, d'une part, la distinction entre le droit propre d'agir en tant que propriétaire, pour autant que les époux n'exercent pas la profession ensemble, et la valeur commune de ces biens (69) et, d'autre part, le principe de l'évaluation des biens au jour de la dissolution du régime, comme pour les parts et actions visées à l'article 1401, 5° (*supra*, n° 26).

(68) En ce sens et pour plus de détails : D. PIGNOLET, « Het statuut en de waardering van de cliënteel in gemeenschapsstelsels », in W. PINTENS, J. DU MONGH et Ch. DECLERCK (dir.), *Patrimonium 2009*, Anvers, Intersentia, 2009, pp. 182 et s. ; Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, « Le statut des biens professionnels en droit des régimes matrimoniaux et en droit successoral civil », in *La transmission du patrimoine professionnel. Aspects civils et fiscaux*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 203, n° 14.

(69) Nouveaux articles 1401, 6° et 7°, et 1405, § 1^{er}, 6° et 7°, du Code civil (proposition de loi du 13 décembre 2017 modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 2848/001, pp. 53-55 et 60-61).

B. — LE PASSIF DES PATRIMOINES
ET LES DROITS DES CRÉANCIERS

1. — *Passif propre*

35. — Dette antérieure au mariage. Cautionnement. — Sont propres les dettes des époux antérieures au mariage (art. 1406), c'est-à-dire celles dont la *cause juridique* est antérieure au mariage, même si elles ne deviennent exigibles que postérieurement à cette date(70). Ainsi, une dette de cautionnement contractée par un époux avant le mariage est propre, même si l'obligation de paiement ne naît qu'en cours de mariage (Bruxelles, 25 février 2016, *J.T.*, 2016, p. 245; Comm. Charleroi, 9 janvier 2008, *J.T.*, 2008, p. 192).

36. — Dette contractée dans l'intérêt exclusif du patrimoine propre. — En vertu de l'article 1407, 1^{er} tiret, du Code civil, sont propres les dettes contractées par un seul des époux dans l'intérêt exclusif de son patrimoine propre. Il appartient au juge du fond d'apprécier souverainement, *in concreto*, cet intérêt exclusif(71), de nature patrimoniale et non uniquement personnelle.

La cour d'appel de Gand s'est prononcée sur la qualification d'une dette résultant du dommage causé par le décès d'un époux. Un homme marié loue un appartement à la mer pour y passer quelques jours seul. Il y décède à la fin de son séjour, mais le corps n'est retrouvé que tardivement, causant un dommage au propriétaire qui demande une indemnisation à l'épouse. La cour estime que le défunt a « contracté » la dette dans son intérêt propre exclusif (art. 1407, 1^{er} tiret) et décharge l'épouse de toute obligation (art. 1409) (Gand, 22 décembre 2006, *Huur*, 2008, p. 147). L'on peut regretter, au vu des très rares cas d'application de l'article 1407, 1^{er} tiret, que la cour n'ait pas précisé quelle dette elle qualifie de propre : celle résultant de la location de l'appartement ou celle résultant du dommage causé par le décès. S'il s'agit de la première (l'on ne peut en effet « contracter » une dette lorsque l'on est mort), la solution retenue est critiquable : la dette de loca-

(70) G. VERSCHULDEN, «Huwelijksvermogensrecht en erfrecht», *Rechtskroniek voor het Notariaat*, deel 15, Bruges, die Keure, 2009, p. 111, n° 13; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 118-119, n° 99.

(71) En ce sens : E. BEGUIN, «Le passif», in Y.-H. LELEU, L. RAUCENT (dir.), *Les régimes matrimoniaux. 3. Le régime légal*, *Rép. Not.*, t. V., II.3, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 174, n° 803.

tion contractée par le mari seul ne l'est pas dans l'intérêt exclusif de son *patrimoine* propre, mais dans son intérêt personnel (72). L'article 1407, 1^{er} tiret, étant de stricte interprétation, la dette est commune en vertu de la qualification commune résiduaire des dettes (art. 1408, 7^e tiret).

La même critique peut être formulée à l'encontre d'un jugement du tribunal de première instance de Liège, qui qualifie de propre la dette d'honoraires d'avocat contractée par un époux dans le cadre de la procédure de divorce. Le tribunal ajoute que l'avocat créancier ne peut invoquer l'article 1278, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire et soutenir que la communauté aurait subsisté à son égard, en sa qualité de tiers, jusqu'à la transcription du divorce (Civ. Liège, 13 mars 2006, *Div. Act.*, 2006, p. 109, note J.-C. BROUWERS). Or aucune disposition n'exclut du bénéfice de l'article 1278, alinéa 1^{er}, les tiers qui auraient connaissance de la séparation des époux ou de l'introduction d'une procédure en divorce. À nouveau, la qualification résiduaire de commune aurait dû l'emporter faute d'intérêt exclusif pour le *patrimoine* propre. Dans les rapports entre époux, cette qualification de commune ne s'appliquera toutefois qu'aux seules prestations d'avocat antérieures à l'introduction de la procédure en divorce (art. 1278, al. 2, C. jud.) et non à celles accomplies durant l'indivision post-communautaire (73).

37. — Acte de gestion conjointe accompli par un seul époux. — La dette contractée par un époux en violation des règles de gestion conjointe du patrimoine commun est propre (art. 1407, 3^e tiret). Est notamment visée par cette disposition la dette d'emprunt contractée par un seul époux au mépris de l'article 1418, alinéa 2, d, du Code civil. La qualification propre de l'article 1407, 3^e tiret, peut toutefois se heurter à la qualification commune de l'article 1408, 3^e tiret, si le patrimoine commun a retiré un profit de l'acte (74). Dans une affaire soumise à la cour d'appel d'Anvers, le caractère propre d'une dette d'emprunt contracté par le mari auprès de sa maîtresse ne suscite pas de difficulté, car ni le

(72) Rapp. : Cass., 20 mars 1997, qui retient la qualification commune résiduaire pour la dette de soins de santé d'un époux séparé de fait qui « se désintéresserait complètement de son épouse » (*Pas.*, 1997, I, p. 392; *Div. Act.*, 1997, p. 120, note E. DE WILDE D'ESTMAEL; *E.J.*, 1997, p. 130, note F. BUYSSENS; *R.W.*, 1997-1998, p. 913, note F. APS; *T. Not.*, 1998, p. 146; *Rev. not. b.*, 1997, p. 191).

(73) Dans le même sens : J.-C. BROUWERS, note sous Liège, 13 mars 2006, *Div. Act.*, 2006, p. 111.

(74) En ce sens : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 164, n° 143.

patrimoine commun ni le patrimoine propre de l'épouse n'en ont tiré profit. La dette est recouvrable sur le patrimoine propre et les revenus du seul mari (art. 1409) (Anvers, 13 septembre 2004, *R.G.D.C.*, 2006, p. 381 et p. 467, note C. CUISINIER; *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 318 (somm.)).

38. — Dette résultant d'une infraction pénale. — Sont propres les dettes résultant d'une condamnation pénale ou d'un délit ou quasi-délit commis par un époux (art. 1407, 4^e tiret). Selon la Cour de cassation, le législateur a voulu protéger le patrimoine commun contre les conséquences financières de toute condamnation pénale ou responsabilité extracontractuelle. Il s'ensuit qu'un délit ou un acte irrégulier commis par un époux dans l'exercice de sa profession relève de l'article 1407, 4^e tiret, même s'il pourrait donner lieu à une responsabilité professionnelle contractuelle, en principe à charge de la communauté. La qualification propre que le juge d'appel avait retenue pour la dette résultant des détournements de fonds qu'un travailleur avait accomplis au préjudice de son employeur est donc validée par la Cour de cassation (Cass., 14 novembre 2014, *R.A.B.G.*, 2015, p. 1092, note A. RENIERS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 824 (somm.)).

Selon le tribunal de première instance de Liège, une confiscation de biens immobiliers ou de droits réels immobiliers ne fait pas naître une « dette résultant d'une infraction pénale », mais est une peine, ce qui exclurait l'application de l'article 1407, 4^e tiret (75). L'on peut douter qu'il faille opposer les notions de « peine » et de « dette » au vu de l'objectif de la disposition qui est, suivant la jurisprudence de cassation précitée, de rendre propres l'ensemble des obligations qui découlent d'une condamnation pénale (en ce compris les peines d'amende, transactions pénales, condamnation aux dépens et frais, ...), d'un délit ou d'un quasi-délit. Dans le cas d'espèce, la confiscation visait les immeubles objets de l'infraction (activité de marchand de sommeil — art. 42, 1^o, *jo.* art. 433*decies* et 433*terdecies* C. pén.), de sorte qu'il n'existait pas à proprement parler de dette dans le chef de l'époux condamné. Le tribunal doit être approuvé lorsqu'il décide que le transfert de propriété des immeubles à l'État suite à la confiscation n'a pu avoir lieu que proportionnellement aux droits détenus par le condamné, de sorte que la part de l'épouse doit être préservée et la moitié du prix de

(75) *Contra*: R. DEKKERS et H. CASMAN, *Handboek Burgerlijk Recht. Deel IV. Huwelijkssstelsels – Erfrecht – Giften*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 89, n^o 134, note 112.

réalisation des biens lui être attribuée (Civ. Liège, 25 février 2008, *Rev. not. b.*, 2009, p. 263, obs. G. DE L.).

39. — Dette d'aliments à l'égard d'un ascendant. — L'article 1408, 6° tiret, du Code civil qualifie de commune la dette d'aliments au profit des *descendants* d'un seul des époux. La qualification des dettes alimentaires à l'égard des *ascendants* n'est pas expressément réglée par le régime légal. Elles sont traditionnellement qualifiées de communes par la doctrine (76) et la jurisprudence (77). La jurisprudence limite toutefois le gage des créanciers au patrimoine propre du débiteur et au patrimoine commun, ce qui est équitable mais critiquable au vu de la nécessité d'interpréter restrictivement l'article 1414, alinéa 2, 4, du Code civil (78).

Dans un litige opposant un C.P.A.S. à un couple marié sous le régime légal à propos de l'aide sociale dispensée à la mère de l'épouse, la cour d'appel de Bruxelles s'écarte de ces principes. Elle qualifie de propre la dette d'aliments d'un enfant à l'égard de ses parents, car elle résulte du lien de la filiation et est antérieure au mariage (art. 1406). Par contre, la dette alimentaire d'un allié à l'égard de ses beaux-parents — ici celle du mari envers la mère de l'épouse — est qualifiée de commune dans la mesure où elle ne naît qu'avec le mariage et n'entre dans aucune catégorie de dettes propres. Quant au gage du créancier, la cour considère que la dette de chaque époux peut être recouvrée sur les trois patrimoines en application de l'article 1413 du Code civil, estimant qu'elle a été « contractée » (79) par les deux époux, mais en des qualités diffé-

(76) Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 129; E. BEGUIN, « Le passif », in Y.-H. LELEU et L. RAUCENT (dir.), *Les régimes matrimoniaux. 3. Le régime légal*, *Rép. Not.*, t. V, II.3, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 184, n° 818; Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1996-2005). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2006, 857, n° 50; W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 195, n° 340. *Contra*: R. BARBAIX, « Het huwelijksvermogensrechtelijk statuut van onderhoudsschulden. Een pleidooi voor consistentie! », in W. PINTENS, J. DU MONGH et Ch. DECLERCK (dir.), *Patrimonium 2008*, Anvers, Intersentia, 2008, pp. 222-230, n° 12-20.

(77) Cass., 10 septembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 37; *J.T.*, 1988, p. 143; *R.C.J.B.*, 1990, p. 251, note S. NUDELHOLE; *Rev. not. b.*, 1987, p. 680; *R.G.D.C.*, 1989, p. 129, note J. GERLO; Mons, 10 avril 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1513 (somm.); Anvers, 26 juin 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, 978, note (critique) K. VANWINKELEN.

(78) Voy. sur ce point: Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1996-2005). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2006, p. 857, n° 50.

(79) Voy. R. BARBAIX, « Enkele aspecten van het verhaal van het OCMW op de gehuwde onderhoudsplichtigen », note sous l'arrêt commenté, *T. Fam.*, 2010, p. 112, n° 20, qui estime que le terme « contracté » peut être étendu aux hypothèses où les époux sont légalement tenus à la dette. Dans le même sens dans le cadre de l'application de l'article 222 du Code civil: C. trav. Liège, 28 novembre 1993, *J.T.T.*, 1994, p. 466 (allocations familiales); Civ. Huy, 6 février 2002, *R.R.D.*, 2002, p. 57 (taxe de circulation). Voy. également *supra*, n° 7.

rentes, l'un sur la base de l'article 205, l'autre sur la base de l'article 206 du même Code (art. 1408, *in fine*) (Bruxelles, 1^{er} décembre 2009, *T. Fam.*, 2010, p. 100, note R. BARBAIX).

2. — *Passif commun*

40. — Dette contractée dans l'intérêt du patrimoine commun. Dette professionnelle. — Les dettes en lien avec une profession (non interdite) sont communes car contractées dans l'intérêt du patrimoine commun (art. 1408, 3^e tiret). Elles ne peuvent être recouvrées que sur le patrimoine commun et le patrimoine propre de l'époux contractant (art. 1414, al. 2, 3^o). Cette qualification de commune dite « imparfaite » s'applique notamment à la dette professionnelle résultant du non-respect d'une clause de non-concurrence (Civ. Liège (sais.), 24 octobre 2005, *Rev. not. b.*, 2006, p. 470, obs. G. DE LEVAL). Le caractère indispensable ou non de la dette pour l'exercice de la profession n'impacte pas cette qualification, pour autant que les règles de gestion aient été respectées (Gand, 8 avril 2004, *T. Not.*, 2006, p. 200; *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 319 (somm.)).

La cour d'appel de Liège s'écarte de ces principes en présence d'un emprunt professionnel contracté par une épouse en imitant la signature de son mari. Cet emprunt est, selon la cour, entaché de fraude et, pour ce motif, la dette est mise à charge de l'épouse seule (Liège, 8 février 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 1078; également commenté *infra*, n^{os} 62 et 72). Cette décision est équitable, mais critiquable au regard de la gestion professionnelle qui n'impose pas la double signature pour la conclusion d'un emprunt (80). Elle est par ailleurs insuffisamment motivée au regard de l'article 1422 du Code civil qui aurait permis l'annulation de l'acte pour fraude, ou au regard de l'article 1433 qui aurait justifié l'octroi d'une récompense à charge de l'épouse si le patrimoine commun avait dû supporter la dette d'emprunt. Économiquement, cette décision produit les effets prescrits par l'article 1433. Il est heureux qu'il n'y ait pas eu de situation de concours avec des créanciers personnels de l'épouse, car, dans ce cas, la qualification de la dette de l'épouse aurait été cruciale (dette commune ou récompense).

(80) La cour cite à tort un arrêt de la cour d'appel de Liège du 25 septembre 2001 (*J.L.M.B.*, 2002, p. 1069 (somm.)) où était en cause un emprunt soumis à la gestion *conjointe*. Elle nous cite également à tort dans ce contexte.

La qualification des *sûretés* octroyées par un époux pour garantir les engagements de sa société (actions propres) pose encore question. Suivant l'article 1407, 2° tiret, du Code civil, les sûretés données par un époux « dans un intérêt autre que celui du patrimoine commun » sont propres. Le conflit entre cette disposition et l'article 1408, 3° tiret, du même Code (dettes professionnelles) doit, selon nous, se résoudre en fonction de ce que l'intérêt pour le patrimoine commun est ou non prépondérant (81). En présence de plusieurs cautionnements consentis par le mari au profit de sa société, dont il est administrateur délégué et tire l'intégralité de ses revenus professionnels, c'est à juste titre que la cour d'appel de Liège estime que la dette est commune en raison de son caractère professionnel (art. 1408, 3° tiret) (82). La cour se méprend néanmoins lorsqu'elle ouvre le recours du créancier sur les trois patrimoines, faisant fi de l'article 1414, alinéa 2, 3°. En l'espèce, les époux avaient modifié leur régime matrimonial en un régime de séparation de biens et attribué à l'épouse l'ensemble des actifs communs, à l'exception des parts de la société. La cour maintient la qualification de commune pour les cautionnements antérieurs à la modification du régime, quand bien même la dette n'est devenue exigible que postérieurement à celle-ci, et fait application de l'article 1440, alinéa 1^{er}, du Code civil qui maintient le gage des créanciers sur l'ensemble des biens des époux. Elle commet ainsi une nouvelle erreur puisque c'est l'alinéa 2 de cet article qui est applicable aux anciennes dettes communes « imparfaites », et qui protège l'épouse en ne la rendant obligée qu'à concurrence de ce qu'elle a reçu lors du partage (83) (Liège, 2 décembre 2014, *R.G.D.C.*, 2016, p. 353, note A. TOUSSAINT).

41. — Intérêts, frais de justice et frais d'exécution d'une dette propre. — La charge des intérêts qui sont l'accessoire de dettes propres à l'un des époux est commune (art. 1408,

(81) Comp., retenant la qualification commune dès que la sûreté est contractée partiellement dans l'intérêt du patrimoine commun : A. TOUSSAINT, « La modification du régime matrimonial pour échapper aux engagements de la caution : une bonne idée ? », note sous Liège, 2 décembre 2014, *R.G.D.C.*, 2016, pp. 357-358, n° 4 ; R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2016, p. 101, n° 183 et p. 107, n° 198.

(82) Dans le même sens « si la sûreté personnelle est nécessaire à la survie de société » : Cass., 22 novembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 305 ; *J.T.*, 1991, p. 366, note I. MOREAU-MAGREVE ; *J.L.M.B.*, 1991, p. 481 ; *N.F.M.*, 1991, p. 215, note G. VANDENBERGHE ; *Rec. gén. enr. not.*, 1994, p. 32 ; *Rev. not. b.*, 1991, p. 214, note J. LEDOUX ; *Rev. prat. soc.*, 1991, p. 124 ; *T. Not.*, 1991, p. 345 ; *R.W.*, 1990-1991, p. 1370.

(83) Pour une application : Civ. Gand (sais.), 25 février 1997, *T.G.R.*, 1997, p. 127 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 181 (somm.), commentée in « Examen de jurisprudence (1997 à 2005). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2007, p. 122, n° 80.

5° tiret). Tel est le cas des intérêts moratoires depuis la mise en demeure jusqu'à la citation et des intérêts judiciaires depuis la citation jusqu'au complet paiement lorsqu'ils se rapportent à une dette antérieure au mariage dont le paiement est poursuivi en justice. L'indemnité de procédure et les frais de justice auxquels l'époux est en outre condamné envers le créancier sont également communs en vertu de la qualification commune résiduaire (art. 1408, 7° tiret). Le créancier impayé est donc fondé à saisir les biens communs du couple pour ces frais et intérêts, même si la saisie-exécution n'a été signifiée qu'au seul époux débiteur au principal (Anvers, 2 septembre 2015, *R.W.*, 2015-2016, p. 1347).

42. — Qualification résiduaire de communs. Frais de soins de santé. — La qualification de commune d'une dette de soins de santé contractée par un époux séparé de fait ne fait plus de doute depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 20 mars 1997 (84). Elle a été confirmée par deux décisions des juges de paix de Fontaine-l'Évêque et du 1^{er} canton de Charleroi (J.P. Fontaine-l'Évêque, 10 juin 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 380 (somm.) et J.P. Charleroi (1^{er} canton), 8 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2011, p. 379 (somm.)). Elles se fondent sur la qualification résiduaire de l'article 1408, 7° tiret, considérant que la séparation de fait ne suffit pas à renverser la présomption de communauté (outre qu'aucune disposition de l'article 1407 ne permettrait de déclarer la dette propre) (85).

43. — Qualification résiduaire de communs. Frais de notaire. — En présence d'un inventaire réalisé avant la date à laquelle rétroagissent les effets du divorce (art. 1278, al. 2, C. jud.), la cour d'appel de Bruxelles se fonde sur la qualification commune résiduaire pour considérer que les frais de notaires y relatifs sont une dette commune (Bruxelles, 11 janvier 2011, *T. Not.*, 2011, p. 215).

44. — Qualification résiduaire de commun. Dette fiscale. — Dans ce même arrêt du 11 janvier 2011, la cour rappelle à juste titre que les dettes fiscales nées avant la dissolu-

(84) Cass., 20 mars 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 392; *Div. Act.*, 1997, p. 120, note E. DE WILDE D'ESTMAEL; *E.J.*, 1997, p. 130, note F. BUYSSENS; *R.W.*, 1997-1998, p. 913, note F. APS. Pour un commentaire de cette décision, voy. Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1982-1996). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 1998, p. 153, n° 71.

(85) Voy. sur cette question: Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1996-2005). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2006, pp. 856-857, n° 49.

tion du régime sont à charge du patrimoine commun et doivent être supportées par les époux chacun à concurrence de moitié, et non proportionnellement aux revenus taxables engendrés par chacun d'eux (86).

La cour d'appel de Gand précise que le fait que la dette soit commune et puisse être recouvrée sur les trois patrimoines ne suffit pas pour déduire l'existence d'une solidarité entre des époux séparés de fait depuis plus d'un an. Dans cette affaire, l'administration fiscale n'avait pu recouvrer contre le mari la dette d'impôt relative à des revenus qu'il avait perçus en 1983, alors que les époux étaient déjà séparés de fait depuis plus d'un an. Elle a alors tenté de récupérer les sommes auprès de l'épouse. Cette dernière soulevait la prescription de la dette d'impôt. L'administration fiscale soutenait de son côté que l'interruption, non contestée, de la prescription à l'égard du mari produisait également ses effets à l'égard de l'épouse, dans la mesure où ceux-ci devaient être considérés comme débiteurs solidaires (art. 1206 et 2249 C. civ.) (87). La cour ne suit pas le raisonnement de l'administration estimant, à raison, que le caractère commun de la dette d'impôt, et le gage de l'administration fiscale sur les trois patrimoines, ne suffisent pas à entraîner une solidarité dans le chef des époux (Gand, 19 janvier 2010, *T.G.R.*, 2010, p. 205). La portée de cet arrêt doit être relativisée sur le plan fiscal depuis l'introduction, en 2001, de l'article 394, § 2, du C.I.R./92. Cette disposition empêche l'administration fiscale, en cas de séparation de fait des conjoints, de recouvrer l'impôt afférent aux revenus que l'un d'eux aura perçus à partir de la deuxième année civile suivant celle de la séparation de fait sur les revenus de l'autre conjoint ou sur les biens qu'il aurait acquis grâce à ces revenus (88).

3. — *Droits des créanciers*

45. — Paiement d'une dette propre. Preuve de la propriété des biens saisis. — Le paiement d'une dette propre antérieure au mariage, ou grevant des successions et libéralités,

(86) En ce sens déjà : Gand, 17 mars 2005, *Div. Act.*, 2005, p. 101, obs. J.-E. BEERNAERT.

(87) Sur la question de l'interruption de la prescription en présence de débiteurs solidaires : P. WERY, « L'interruption de la prescription libératoire en présence d'une obligation à pluralité de sujets », note sous Cass., 9 juin 2006, *R.G.D.C.*, 2008, p. 99.

(88) Pour plus de détails : M.-C. VALSCHAERTS, *Mariage et fiscalité*, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 212 ; D. PIGNOLET, « De belastingschuld en het huwelijk. Contributio en obligatio », in W. PINTENS et J. DU MONGH (dir.), *Patrimonium 2007*, Anvers, Intersentia, 2007, pp. 212-214, n^{os} 10-12.

peut être poursuivi tant sur le patrimoine propre de l'époux débiteur que sur ses revenus, et en outre sur le patrimoine commun dans la mesure où il s'est enrichi par l'absorption de biens propres au débiteur (art. 1409 et 1410).

Au vu de la qualification résiduaire de communs (art. 1405, 4°), il appartient au créancier agissant sur la base de l'article 1409 du Code civil d'apporter la preuve du caractère propre des meubles saisis au domicile conjugal. Cette charge de la preuve par toutes voies de droit pèse de la même manière sur le créancier lorsque celui-ci se prévaut de l'article 1410. Le juge des saisies de Gand facilite néanmoins sa tâche en considérant qu'il appartient aux époux de collaborer à l'administration de la preuve, ceux-ci ne pouvant se retrancher derrière la présomption de l'article 1405, 4°, du Code civil. Il ne précise cependant pas, alors que la charge de la preuve pourrait être renversée, comment cette collaboration doit s'effectuer (Civ. Gand (sais.), 13 octobre 2009, *R.W.*, 2010-2011, p. 1267).

46. — Enrichissement du patrimoine commun par absorption de biens propres. — L'article 1410 étend le gage des créanciers propres au patrimoine commun dans la mesure où il s'est « enrichi par l'absorption de biens propres au débiteur ». Selon nous, la preuve de l'enrichissement est rapportée si le créancier démontre que des biens propres sont « entrés » en communauté, sans devoir démontrer et identifier le profit retiré par celle-ci (89). Les modalités de l'absorption de biens propres sont sans incidence, pour autant que celle-ci intervienne pendant le mariage (90). Le juge des saisies de Gand va plus loin et estime que l'enrichissement peut résulter de la confusion des patrimoines durant les années de vie commune *précédant* le mariage (Civ. Gand, 13 octobre 2009, *R.W.*, 2010-2011, p. 1267).

L'apport en communauté d'un bien qui appartenait au débiteur avant le mariage ne devrait pas être visé par l'article 1410, puisque l'article 1452, alinéa 2, qualifie déjà de communes (à titre définitif) une partie des dettes antérieures au mariage en

(89) Cette position est liée à la jurisprudence récente en matière de récompense qui dispense l'époux demandeur de récompense (art. 1434) de la preuve d'un profit pour la communauté (*infra*, n° 92). En ce sens : E. BEGUIN, « Le passif », in Y.-H. LELEU et L. RAUCENT (dir.), *Les régimes matrimoniaux*. 3. *Le régime légal*, Rép. Not., t. V, II.3, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 188, n° 821. *Contra* : Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 124-125, n° 106 ; W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2010, pp. 200-201, n° 348.

(90) Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 172, n° 155.

cas d'apport (91). Le tribunal de commerce de Charleroi en décide autrement dans un jugement du 9 janvier 2008, estimant que l'article 1410 s'applique à l'apport par l'époux de tout son patrimoine propre à la communauté (Comm. Charleroi, 9 janvier 2008, *J.T.*, 2008, p. 192 — commenté *supra*, n° 35). La cour d'appel de Bruxelles estime elle aussi que l'apport d'un immeuble en communauté autorise le créancier, en l'espèce le curateur à la faillite d'une ASBL pour laquelle l'époux s'était porté caution avant le mariage (dette propre — art. 1406), à exercer un recours sur le patrimoine commun à hauteur de cet enrichissement sur la base de l'article 1410 (Bruxelles, 25 février 2016, *J.T.*, 2016, p. 245).

47. — Dette résultant d'un délit, quasi-délit ou d'une condamnation pénale. — Lorsqu'une dette résulte d'une condamnation pénale, d'un délit ou d'un quasi-délit (art. 1407, 3° tiret), le gage des créanciers va au-delà de celui offert par les articles 1409 et 1410, et s'étend au profit que le patrimoine commun a retiré de l'acte illégitime (art. 1412, al. 1^{er}, *jo.* art. 1411). En outre, si les propres ne suffisent pas — il faut les évincer d'abord —, la moitié de l'actif net du patrimoine commun devient saisissable (art. 1412, al. 2) (92). Ces deux extensions sont indépendantes; le créancier peut choisir la plus avantageuse (93).

La charge de la preuve du profit commun et de son ampleur, comme celle de l'insuffisance du patrimoine propre, repose sur le créancier, par toutes voies de droit (94). Selon la cour d'appel de Gand, il n'est pas nécessaire d'apporter la preuve d'un enrichissement direct ou d'une absorption de biens par le patrimoine

(91) Dans le même sens: Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 124-125, n° 106. *Contra*: W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCHELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 200, n° 347; B. CARTUYVELS, «Les régimes de communauté conventionnelle», in Y.-H. LELEU et L. RAUCENT (dir.), *Les régimes matrimoniaux. 4. Les régimes conventionnels. Le droit transitoire*, Rép. Not., t. V, II.4, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 155, n° 1229. Comp.: R. DEKKERS et H. CASMAN, *Handboek Burgerlijk Recht*, deel IV, *Huwelijkstelsels – Erfrecht – Giften*, Anvers, Intersentia, 2010, pp. 99-100, n° 151, pp. 189-190, n° 294. Selon ces derniers auteurs, l'article 1452, alinéa 2, ne s'applique que dans les rapports entre époux, les droits des créanciers en cas d'apport étant quant à eux réglés par l'article 1410.

(92) Voy. not.: A. VERBEKE, «Beslag op gemeenschapsgoederen wegens delictuele of quasi-delictuele eigen schuld. Het uitgebreide verhaalsrecht van artikel 1412, al. 2 B.W.», *R. Cass.*, 1998, p. 1.

(93) Pour une telle configuration: Cass., 6 novembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 97; *R. Arr. Cass.*, 1998, p. 7, note A. VERBEKE, commenté in Y.-H. LELEU, «Les régimes matrimoniaux – Examen de jurisprudence (1982-1996)», *R.C.J.B.*, 1998, p. 148, n° 65; Civ. Turnhout, 28 novembre 1996, *R.G.D.C.*, 1998, p. 248. *Contra*: Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, *op. cit.*, p. 126, n° 108.

(94) Liège, 26 septembre 2001, *R.G.D.C.*, 2002, p. 384; *J.L.M.B.*, 2002, p. 1332 (somm.).

commun, il suffit que ce patrimoine ait tiré un avantage de l'activité illicite. Si l'absorption du produit de cette activité par la communauté est prouvée, elle constitue en elle-même un enrichissement, de sorte qu'aucun profit concret ne doit être démontré, par analogie avec l'article 1410, alinéa 2 (Gand, 1^{er} juin 2015, *N.j.W.*, 2017, p. 33, note J. WAELKENS).

Pour bénéficier de l'extension de l'article 1412, alinéa 2, un inventaire du patrimoine commun sera sans doute nécessaire afin de déterminer la moitié de son actif net. C'est en ce sens que se prononce la cour d'appel d'Anvers dans une affaire où le mari avait détourné des sommes importantes et affecté celles-ci notamment au paiement de dettes communes. Tant l'enrichissement de la communauté (art. 1412, al. 1^{er}) que l'insuffisance du patrimoine propre (art. 1412, al. 2) du mari étaient démontrés, ce qui justifiait la saisie conservatoire pratiquée par la victime sur des parts de société de l'épouse, dont la valeur était commune nonobstant ses droits d'associée propres (art. 1401, 5^o). La cour ne se prononce toutefois pas sur le montant pouvant être recouvré à charge du patrimoine commun à défaut de disposer d'un inventaire permettant de déterminer son actif net. Cet arrêt offre une rare application du possible cumul des deux extensions de gage de l'article 1412 du Code civil (Anvers, 10 janvier 2007, *N.j.W.*, 2007, p. 899, obs. G.V.).

48. — Compte courant débiteur. — Le solde débiteur du compte courant d'un époux auprès de sa société, utilisé pour le paiement des dettes du ménage, est une dette commune qui peut être recouvrée sur les trois patrimoines (art. 1414), même si l'épouse n'a jamais eu aucun pouvoir de décision dans la société. La Cour de cassation sanctionne la cour d'appel qui rejette la demande de la société créancière à l'encontre de l'épouse au motif que le caractère commun de la dette ne l'autoriserait pas à agir contre le conjoint non contractant. L'époux pouvait en effet activer seul un compte courant en vertu du principe de gestion concurrente de l'article 1416 du Code civil, à charge pour l'épouse de devoir respecter cet acte de gestion du patrimoine commun. Le caractère commun de la dette ouvre un recours sur les trois patrimoines en application de l'article 1414, alinéa 1^{er} (Cass., 2 novembre 2012, *R.A.B.G.*, 2013, p. 283, note B. VERLOOY ; *R.W.*, 2013-2014, p. 735 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 967 (somm.)).

49. — Dette fiscale. Impôt des personnes physiques. —

Quel que soit le régime matrimonial des époux, l'impôt ou la quotité d'impôt afférent au revenu imposable de chacun d'eux peut être recouvré sur l'ensemble de leurs biens (art. 394, § 1^{er}, al. 1^{er}, C.I.R./92). Dans certaines hypothèses, limitativement énumérées par la loi, un conjoint pourra toutefois s'opposer à la saisie de ses biens propres pour le recouvrement de l'impôt afférent aux revenus de son époux. Il devra prouver (1°) que la quotité d'impôt que l'administration fiscale entend recouvrer se rapporte à des revenus nés dans le chef de son époux, (2°) que les biens objets du recouvrement lui sont propres en vertu de son régime matrimonial et (3°) que ces biens propres ont été acquis dans l'une des hypothèses visées à l'article 394, § 1^{er}, alinéa 2, du C.I.R./92 (95). Ces exceptions au principe du recouvrement sur les trois patrimoines sont de stricte interprétation (Liège, 29 juin 2011, *J.D.F.*, 2011, p. 301, note J.-P. NEMERY DE BELLEVAUX).

En régime de communauté, le gage des créanciers sur les trois patrimoines ressort en outre de la combinaison des articles 1408 et 1414, alinéa 1^{er}, du Code civil. La cour d'appel de Gand rappelle à cet égard que la dette d'impôt sur le revenu n'est pas une dette professionnelle au sens de l'article 1414, alinéa 2, 3°, pour laquelle le patrimoine propre de l'époux non « contractant » serait à l'abri des poursuites. Ainsi, pour des époux dont le divorce a été transcrit en novembre 2003, la quotité de l'impôt afférent aux revenus professionnels du mari pour l'année de revenus 2003 peut être recouvrée à concurrence de 10/12^e dans le chef de l'épouse. Toute autre répartition de la dette d'impôt quant à l'obligation ou à la contribution qui aurait été stipulée dans les conventions préalables à divorce par consentement mutuel n'est pas opposable à l'administration fiscale. Selon la cour, le caractère commun de la dette fait en outre obstacle à ce que l'épouse bénéficie de la remise partielle de dette accordée à son époux en application de l'article 1675/10, § 3bis, du Code judiciaire (Gand, 27 novembre 2012, *T.F.R.*, 2013, p. 348, note S. DE RAEDT).

50. — Faillite d'un époux. — En vertu de l'article 82, alinéa 2, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le conjoint ou l'ex-conjoint (96) qui est personnellement obligé à la dette de son

(95) Pour plus de détails : M.-C. VALSCHAERTS, *Mariage et fiscalité*, Waterloo, Kluwer, 2013, pp. 172-179.

(96) L'extension des effets de l'excusabilité à l'ex-conjoint est le résultat d'une loi du 18 juillet 2008, alors que la jurisprudence constitutionnelle estimait justifiée la différence de

époux failli, contractée au temps du mariage, est libéré de son obligation par l'effet de l'excusabilité. La mesure est destinée à permettre au failli de repartir sur une base assainie en protégeant les revenus (communs) de sa nouvelle activité. La période commentée offre une jurisprudence abondante en la matière, qui dépasse le cadre de la présente contribution. Nous nous limiterons aux arrêts des juridictions supérieures présentant un intérêt pour l'étude de l'obligation à la dette en régime légal et renvoyons à nos contributions sur le sujet pour le surplus (97).

L'extension des effets de l'excusabilité au conjoint s'applique également lorsque celui-ci est *codébiteur* d'une dette contractée avec son époux avant la faillite (Cass., 24 février 2011, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1673, note P. CAVENAILLE; *R.D.C.*, 2011, p. 879, note D. PASTEGER; Liège, 24 février 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1345; Liège, 2 octobre 2008, *J.L.M.B.*, 2010, p. 348; Gand, 28 octobre 2008, *R.W.*, 2008-2009, p. 1776; Mons, 21 février 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1241; Gand, 2 janvier 2008, *N.j.W.*, 2008, p. 264).

La Cour de cassation considère que l'excusabilité peut aller jusqu'à libérer le conjoint du failli d'une dette contractée solidairement par les deux époux pour l'acquisition d'un immeuble *propre* de ce conjoint (art. 1400, 4°, C. civ. — acquisition par l'épouse de la part indivise de sa sœur dans un immeuble recueilli par succession) (Cass., 8 juin 2012, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1367 et Cass., 18 octobre 2013, *Pas.*, 2013, p. 1976; *J.L.M.B.*, 2014, p. 27; *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 809 (somm.), note). La Cour constitutionnelle valide ce raisonnement, estimant que la circonstance que la dette conjointe du failli et de son épouse ait été contractée pour l'acquisition, par l'épouse, d'un bien propre, était sans incidence sur l'application de l'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites. L'objectif de cette disposition est en effet de permettre au failli déclaré excusable de recommencer une activité, sans que les revenus communs de celle-ci ne puissent être employés à l'apurement du solde des dettes de la faillite. Dès lors que la dette conjointe contractée pour l'acquisition d'un bien propre est commune et peut être recouvrée

traitement entre le conjoint et l'ex-conjoint: C. const., 17 janvier 2008, *A.C.C.*, 2008, liv. 1, p. 27; *D.A.O.R.*, 2008, liv. 87, p. 232; *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1053, note et C. const., 7 mars 2007, *A.C.C.*, 2007, liv. 2, p. 561.

(97) J. LARUELLE, «La libération du partenaire du failli déclaré excusable: nouvelles déceptions pour les créanciers», note sous C. const., 21 mars 2013 et 13 juin 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, pp. 953 et s., et «Le droit patrimonial des couples», in Y.-H. LELEU (dir.), *Chroniques Notariales*, Bruxelles, Larcier, vol. 48, p. 182, n° 38, vol. 54, pp. 246-247, n° 36-37 et vol. 60, pp. 285-288, n° 17-20.

sur les trois patrimoines des époux, l'extension des effets de l'excusabilité au conjoint a bien pour résultat de protéger les revenus communs générés par une nouvelle activité professionnelle du failli (C. const., 21 mars 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 953, note J. LARUELLE; *J.L.M.B.*, 2013, p. 968, obs. F.G.; *R.D.C.*, 2013, p. 468, *R.W.*; 2013-2014, p. 387, note X.) (98).

Il existe une exception notable à l'extension des effets de l'excusabilité au conjoint en *matière fiscale*. La Cour de cassation considère en effet que la quotité de l'impôt afférente aux revenus imposables du conjoint du failli ne constitue pas une dette propre du failli dont répond le conjoint, mais une dette dont répond personnellement ce conjoint, même si elle peut être recouvrée tant sur les biens communs que sur les biens propres des deux conjoints (art. 394, § 1^{er}, C.I.R./92). Il s'ensuit que la déclaration d'excusabilité du failli n'empêche pas l'administration fiscale de recouvrer cette dette sur les biens propres du conjoint (Cass., 14 janvier 2010, *Pas.*, 2010, p. 157; *R.G.C.F.*, 2010, p. 279; *R.D.C.*, 2010, p. 640; *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2010, p. 292; *T.F.R.*, 2010, p. 1025, note G. GOOSSENS; Cass., 20 mai 2010, *Pas.*, 2010, p. 1590; *F.J.F.*, 2011, p. 101; *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 1154 (somm.). Dans le même sens: Mons, 12 septembre 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1128; Civ. Gand, 30 mars 2010, *T.G.R.*, 2010, p. 286; *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 245 (somm.).

C. — LA GESTION DES PATRIMOINES

1. — *Gestion du patrimoine commun*

a. — *Gestion concurrente*

51. — Absence de personnalité juridique du patrimoine commun. — La Cour de cassation rappelle que le patrimoine commun n'a pas de « personnalité juridique autonome » distincte de celle des époux. Lorsqu'un époux demande, en tant que partie civile à une action publique, l'indemnisation du dommage subi par le patrimoine commun, il agit en son nom propre. Il s'ensuit que cet époux, même s'il ne s'est constitué partie civile que pour le patrimoine commun, peut, lors de l'examen des suites de l'action civile après la décision rendue sur l'action publique, étendre sa

(98) Dans le même sens en matière de cohabitation légale, mais sur la base d'une motivation différente: C. const., 13 juin 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 1013, note J. LARUELLE; *Rev. not. b.*, 2013, p. 698, note; *A.C.C.*, 2013, p. 1301.

demande de dommages et intérêts au préjudice subi par son patrimoine propre (Cass., 5 septembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 1636; *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 1225; *R.W.*, 2009-2010, p. 670; *CRA*, 2007, p. 261).

L'absence de personnalité juridique du patrimoine commun empêche également un époux de revendiquer au nom du patrimoine commun une possession sur un bien au sens de l'article 2279 du Code civil. La thèse d'un époux qui soutenait que le contenu d'un coffre bancaire pris en location par son épouse « appartenait » à la communauté en application de cette disposition doit donc être rejetée (Liège, 21 juin 2007, *J.T.*, 2008, p. 141).

52. — Représentation en justice. — En vertu du principe de gestion concurrente, chacun des époux peut représenter seul la communauté dans le cadre d'une procédure judiciaire, comme défendeur ou demandeur (art. 1416), sauf si celle-ci concerne un acte soumis à la gestion conjointe ou privative. Il s'ensuit que la signification faite à l'un des époux rend définitive la décision judiciaire à l'égard de la communauté(99).

C'est ce que rappelle le tribunal de commerce de Charleroi à l'occasion de la tierce opposition formée par une épouse à l'encontre d'un jugement signifié à son mari plusieurs mois auparavant. L'époux était resté redevable d'une dette importante envers une société dont il avait été le gérant, et les curateurs à la faillite de cette société avaient obtenu, devant le tribunal de commerce, sa condamnation au remboursement de la somme. L'époux, qui ne contestait ni la dette ni son montant, n'avait formé aucun recours contre le jugement signifié. Suite à la saisie-exécution mobilière pratiquée par les curateurs, l'épouse avait quant à elle formé tierce opposition, non seulement à la saisie, mais également au jugement du tribunal de commerce en invoquant une atteinte au patrimoine commun. Dès lors que l'épouse agissait en tierce opposition pour préserver les intérêts du patrimoine commun, le tribunal a estimé que son action était irrecevable à défaut d'établir un droit propre (par exemple en invoquant le caractère propre à Monsieur de la dette) ou une fraude de son mari lors de l'instance judiciaire ayant

(99) V. DAPSENS, « La gestion du patrimoine commun », in Y.-H. LELEU et L. RAUCENT (dir.), *Les régimes matrimoniaux. 3. Le régime légal*, Rép. Not., t. V/II, Bruxelles, Larcier, 2001, n° 836; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 138, n° 120; H. CASMAN et R. DEKKERS, *Handboek burgerlijk recht*, deel IV, *Huwelijksstelsels. Erfrecht. Giften*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 109, n° 162.

abouti à sa condamnation (art. 1122, al. 2, 4°, et al. 3, C. jud.)(100). Selon nous, la tierce opposition était irrecevable également pour tardiveté puisque l'épouse agissait en tant qu'administrateur du patrimoine commun et que la signification faite à son mari avait rendu la décision définitive à son égard via la communauté(101) (Comm. Charleroi, 7 décembre 2011, *Ius & Actores*, 2012, p. 281).

Dans une décision du 21 janvier 2014, le juge de paix de Termonde a été confronté à l'hypothèse inverse: la représentation en qualité de demandeur en justice. Dans cette affaire, deux copropriétaires d'un immeuble à appartements avaient assigné le troisième copropriétaire en justice pour trancher une difficulté quant à la prise en charge de travaux de réfection du toit de l'immeuble. Le défendeur soulevait *in limine litis* un moyen d'irrecevabilité au motif que les actes de propriété faisaient apparaître que les deux demandeurs étaient mariés sous le régime légal et propriétaires, chacun avec leur épouse, du bien indivis. Il estimait par conséquent la demande irrecevable à défaut d'intervention de leurs épouses respectives. Le juge de paix conclut, à juste titre, à la recevabilité de la demande car elle relève de la gestion concurrente (art. 1416) et il n'est pas exigé que l'acte introductif d'instance mentionne que chaque époux demandeur agit pour le compte de la communauté. Chaque époux est en effet présumé agir au nom du patrimoine commun (J.P. Termonde, 21 janvier 2014, *R.C.D.I.*, 2014, liv. 3, p. 30).

53. — Signification d'une saisie d'un immeuble commun. — Suivant l'article 1562 du Code judiciaire, «l'expropriation des immeubles en vue d'obtenir le paiement d'une dette commune ou d'une dette propre engageant le patrimoine commun se poursuit contre le mari et la femme». Cette disposition suppose qu'à chaque étape de la procédure d'exécution les actes soient signifiés *aux deux époux* (102). Elle fait donc exception au principe de gestion concurrente du patrimoine commun en vertu duquel la signification est valablement adressée à un seul époux. À défaut d'avoir été signifié aux deux époux, le commandement préalable

(100) En ce sens: E. VIEUJEAN, «Simple réflexions sur les pouvoirs des époux communs en biens», in *Liber amicorum G. Baeteman*, Anvers, Kluwer, 1997, p. 360, n° 7.

(101) En ce sens: Civ. Liège (réf.), 31 janvier 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1046; *R.D.J.P.*, 1997, p. 230, note G. DE LEVAL; V. DAPSENS, «La gestion du patrimoine commun», in Y.-H. LELEU et L. RAUCENT (dir.), *Les régimes matrimoniaux. 3. Le régime légal*, Rép. Not., t. V/II, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 205, n° 836, e.

(102) Pour plus de détails: G. DE LEVAL, «Saisie immobilière», *Rép. Not.*, t. XIII, liv. 2, Bruxelles, Larcier, 2011, n° 57.

à saisie immobilière est nul et doit être recommencé en respectant le prescrit légal (Liège, 27 avril 2006, *Rev. not. b.*, 2006, p. 664, note). Lorsque la mise en vente de l'immeuble est effectuée par le curateur à la faillite d'un époux, le juge des saisies de Liège décide en revanche que l'absence de signification du cahier des charges à l'épouse n'est pas de nature à empêcher l'adjudicataire d'expulser les deux époux (Civ. Liège (sais.), 8 août 2007, *Rev. not. b.*, 2008, p. 277).

54. — Demande de réparation d'un préjudice causé au patrimoine commun. — La gestion concurrente (art. 1416) autorise chaque conjoint à demander seul en justice la réparation d'un préjudice causé au patrimoine commun. Lorsqu'un époux cause un dommage à un bien commun en commettant un délit ou quasi-délit (le mari avait embouti le véhicule commun avec son véhicule de société), il est tenu à réparation. Le conjoint non fautif peut solliciter directement pour le compte de la communauté l'intervention de l'assureur du conjoint fautif «à concurrence d'une partie de la perte subie par la communauté conjugale» (Cass., 24 juin 2010, *N.j.W.*, 2011, p. 54, note G. JOCQUE; *Pas.*, 2010, p. 2025; *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 1076 (somm.); *R.W.*, 2011-2012, p. 180 (somm.); *R.D.C.*, 2011, p. 139, note C. VAN SCHOU-BROECK; *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2011, p. 174; *Bull. Ass.*, 2011, p. 294).

Suivant la formulation de la Cour de cassation, la réparation à charge de l'assureur de l'époux fautif ne vise qu'«une partie» du préjudice subi par le patrimoine commun, vraisemblablement la moitié, correspondant à la part du préjudice subi par le seul conjoint non fautif(103). Elle ajoute que l'article 1382 ne détermine pas le moment auquel l'époux fautif est tenu d'indemniser le patrimoine commun. Elle répond ainsi par la négative à la question de savoir s'il est nécessaire d'attendre la dissolution du régime pour que le patrimoine commun puisse obtenir cette indemnisation.

55. — Conclusion d'une convention relative à un immeuble commun. — Les actes de disposition de droits réels sur un immeuble commun sont soumis à la gestion conjointe des époux (art. 1418, 1^o, a). Par contre, le *mandat conféré à un agent immobilier* de rechercher un acquéreur pour le bien reste soumis à

(103) Une certaine jurisprudence de fond admettait toutefois que le conjoint non fautif puisse réclamer la réparation de l'intégralité du préjudice commun. En ce sens: Pol. Gand, 14 novembre 2002, *T.A.V.W.*, 2003, p. 221.

la gestion concurrente à condition qu'il n'emporte pas le pouvoir pour l'agent de signer le compromis de vente (104). La cour d'appel de Gand considère donc, à juste titre, que lorsque la mission du courtier est limitée à la recherche d'un acquéreur pour un bien déterminé et pour un prix déterminé, et ne consiste pas à vendre l'immeuble ou à le grever de droits réels, le courtier n'est qu'un intermédiaire sans pouvoir de représentation, de sorte que le fait de lui confier une telle mission relève de la gestion concurrente (Gand, 12 mars 2008, *N.j.W.*, 2008, liv. 190, p. 786, note R. STEENNOT; *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 953 (somm.)).

Lorsqu'un mandat exclusif de vente a été consenti par les deux époux à l'agent immobilier, il peut être valablement *résilié* par l'un d'eux seul. Ainsi, selon la cour d'appel de Liège, ni l'autre époux ni l'agent immobilier ne peuvent vendre ou maintenir le pouvoir de vendre un immeuble commun contre la résiliation notifiée par le premier époux, sauf décision de justice. L'arrêt ne précise cependant pas si le mandat donné à l'agent en l'espèce emportait ou non le pouvoir de conclure la vente (Liège, 20 février 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1349; *Rec. gén. enr. not.*, 2007, p. 379).

Toujours en application du principe de gestion concurrente, une *convention d'architecture* relative à un immeuble commun signée par le mari seul a été déclarée opposable à son épouse (Mons, 21 juin 2004, *R.G.D.C.*, 2007, p. 225, note M. DUPONT). Ce type d'acte ne relève pas de la gestion conjointe à défaut de disposition spécifique, malgré les implications financières qu'il peut engendrer. Il pourra toutefois être annulé s'il est prouvé qu'il n'a pas été accompli dans l'intérêt de la famille ou en fraude des droits du conjoint non contractant (art. 1415, al. 2, *jo.* 1422, 3°) (105).

56. — Cautionnement. — Le cautionnement n'apparaît pas dans l'énumération de l'article 1418, pas plus qu'il ne peut en général être qualifié d'acte de disposition à titre gratuit entre vifs de biens dépendant du patrimoine commun, au sens de l'article 1419. Il ne nécessite donc pas l'accord des deux époux, bien qu'il puisse avoir un impact économique considérable sur leur patrimoine. La cour d'appel d'Anvers, après avoir rejeté la demande d'annulation d'un

(104) Y.-H. LELEU, «Examen de jurisprudence (1982-1996). Régimes matrimoniaux», *R.C.J.B.*, 1998, p. 171, n° 90. Comp. V. DAPSENS, «La gestion du patrimoine commun», in Y.-H. LELEU et L. RAUCENT (dir.), *Les régimes matrimoniaux. 3. Le régime légal*, *Rép. Not.*, t. V/II, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 204, n° 835, d.

(105) Pour plus de détails: Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 209-211, n° 208.

cautionnement introduite par l'épouse sur pied de l'article 224 du Code civil (*supra*, n° 14), refuse par conséquent également de faire droit à la demande de nullité fondée sur le non-respect de double consentement exigé par l'article 1419 (art. 1422, 1°). Elle rappelle que les exceptions à la gestion concurrente doivent être interprétées strictement, même si les cautionnements consentis par le mari peuvent apparaître plus dangereux que certains actes soumis à la gestion conjointe. Le cautionnement ne constitue pas une donation et ne saurait être considéré comme tel « en l'espèce » puisqu'il n'implique pas de renonciation effective et irrévocable à un droit. Il n'est en effet pas démontré qu'au moment où il a consenti la caution l'époux savait que son droit de recours contre le débiteur principal serait illusoire. L'arrêt semble donc laisser la porte ouverte à une possible assimilation du cautionnement à une donation indirecte, comme le défend une certaine doctrine (106) (Anvers, 15 mai 2007, *R.G.D.C.*, 2008, liv. 8, p. 439, note M. MASSCHELEIN).

57. — Époux bailleurs. — Suivant l'article 1418, 1, c, du Code civil, le consentement des deux époux est requis pour « conclure, renouveler ou résilier des baux de plus de neuf ans, consentir des baux commerciaux et des baux à ferme ». Cette disposition est de stricte interprétation. Est donc valable le congé donné par un époux seul lorsque le couple donne en location un immeuble commun pour une durée *égale* à neuf ans (J.P. Grimbergen, 22 février 2006, *Huur*, 2008, p. 202). De même, en matière de bail à ferme, le *congé* notifié par un seul époux est valable puisque l'article 1418 n'exige le double consentement que pour « consentir » un tel bail (Cass., 19 mai 2014, *Pas.*, 2014, p. 1230 ; *J.L.M.B.*, 2015, p. 1843 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 823 (somm.) ; *supra*, n° 28). L'action en validation d'un congé donné pour usage familial est donc recevable, même si la tentative de conciliation n'a pas été

(106) En ce sens : Civ. Bruxelles, 27 mars 1981, *J.T.*, 1981, p. 708, obs. J.-M. GUSTIN ; *Rev. not. b.*, 1982, p. 573, obs. D. STERCKX ; *Rec. gén. enr. not.*, 1982, p. 353, obs. A. C. ; A. DE WILDE, « Octroi de crédit aux personnes mariées », in H. CASMAN et M. VAN LOOK (dir.), *Régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Kluwer, feuil. mob., TVIII. 3-10 ; L. RAUCENT, « Un époux peut-il se porter caution sans le consentement de son conjoint ? », in *Actuele problemen uit het notariële recht. Opstellen aangeboden aan Prof. A. De Bounogne*, Anvers, Kluwer, 1985, pp. 162 et s. ; S. STIJNS et A. CUYPERS, « Persoonlijke zekerheden en echtgenoten of onzekerheden omtrent zekerheden: artikel 224, § 1, 4° van het Burgerlijk Wetboek », in *Borgtocht & garantie. Persoonlijke zekerheden*, K.U. Leuven. Permanente vorming, Anvers, Kluwer, 1997, p. 5. *Contra* : J.-M. GUSTIN, note sous Civ. Bruxelles, 27 mars 1981, *J.T.*, 1981, p. 712, qui considère qu'un cautionnement ne peut constituer un acte à titre gratuit, faute de dessaisissement immédiat et définitif du patrimoine ; D. STERCKX, obs. sous Civ. Bruxelles, 27 mars 1981, *Rev. not. b.*, 1982, p. 581.

poursuivie par les deux époux (Civ. Tournai, 13 septembre 2005, *J.L.M.B.*, 2009, p. 161).

En revanche, pour le juge de paix de Binche, la conclusion d'un contrat de culture saisonnier sur un bien commun nécessite le consentement des deux conjoints, car il est assimilable à un bail à ferme, quand bien même le contrat exclurait l'application de cette législation (J.P. Binche, 26 juin 2014, *J.L.M.B.*, 2015, p. 1879 (somm.)).

58. — Retrait de fonds communs préalable à l'introduction de la demande en divorce. — L'article 1415, alinéa 2, oblige les époux à exercer leurs pouvoirs de gestion dans l'intérêt de la famille. Cet intérêt guide les tribunaux chargés de sanctionner un acte qui, bien qu'accompli dans les limites des pouvoirs de son auteur, l'a été dans un but étranger à l'intérêt familial (détournement de pouvoir)(107). Ainsi peut enfin être résolu l'irritant problème des retraits / dépenses de fonds communs avant l'instance en divorce.

Régulièrement les juridictions doivent apprécier la validité de tels retraits par un époux peu avant l'introduction d'une procédure en divorce. Une solution rencontrée en jurisprudence consistait à considérer, faute pour l'époux incriminé de justifier l'utilisation (non exclusivement personnelle) qu'il a faite de l'argent commun, que les fonds sont encore détenus par lui pour le compte de l'indivision post-communautaire et seront imputés sur sa part dans la liquidation(108). Ce procédé a toutefois été désapprouvé par la Cour de cassation dans un arrêt du 29 mai 2008, un arrêt interprété comme obligeant le conjoint lésé par le retrait à supporter la charge de la preuve de l'affectation des fonds retirés par son époux à des fins non communes, voire exclusivement personnelles à ce dernier. Cela semblait exagérément sévère à l'égard de la victime (Cass., 29 mai 2008, *Pas.*, 2008, liv. 5, p. 1348; *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1270, note J.-L. RENCHON; *R.W.*, 2009-2010, p. 1052

(107) R. DEKKERS et H. CASMAN, *Handboek burgerlijk recht*, deel IV, *Huwelijkstelsels – Erfrecht – Giften*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 104, n° 157; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 137, n° 119.

(108) Anvers, 29 octobre 2003, *R.W.*, 2004-2005, p. 511; Anvers, 29 février 2000, *N.F.M.*, 2001, p. 88; Gand, 31 mai 1999, *T. Not.*, 2000, p. 316; comp.: J.P. Charleroi, 25 janvier 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1021; *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1062; Liège, 29 juin 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1114.

(somm.); *R.G.D.C.*, 2009, liv. 8, p. 424, note M. MASSCHELEIN; *T. Fam.*, 2008, liv. 8, p. 139, note F. BUYSENS)(109).

Cette interprétation a été tempérée par un arrêt ultérieur de la Cour de cassation qui précise que « lorsqu'il y a des indices qu'un acte de gestion n'a pas été accompli dans l'intérêt de la famille, chaque époux peut être obligé, à la demande de son conjoint, de fournir des renseignements sur l'acte accompli ». En l'espèce, une épouse avait retiré des sommes importantes de comptes communs peu avant la séparation de fait, cinq mois avant l'introduction de la demande en divorce. Tant le notaire liquidateur que le tribunal et la cour d'appel avaient considéré qu'il était impossible qu'une telle somme ait été dépensée par l'épouse pour le ménage ou le patrimoine commun sur une si courte période, sous réserve de circonstances spéciales qu'elle ne démontrait pas. Ils avaient donc enjoint à celle-ci de produire les justificatifs de l'affectation des fonds. L'épouse s'y opposait, estimant qu'une telle demande lui imposait de rendre des comptes de sa gestion du patrimoine commun durant le régime, contre le principe de gestion concurrente jusqu'au dépôt de la demande en divorce. La Cour de cassation considère que les juges d'appel ont légalement justifié leur décision et « qu'une présomption de détournement de pouvoir peut se déduire de l'étendue des sommes retirées et du montant des retraits » (Cass., 14 novembre 2013, *N.F.M.*, 2014, p. 47, note H. CASMAN; *T. Fam.*, 2014, p. 208, note Ch. DECLERCK).

Cet arrêt s'inscrit dans la tendance majoritaire en doctrine, qui considère que les pouvoirs de gestion sont fonctionnels et limités par l'obligation de gérer les avoirs communs dans l'intérêt de la famille (art. 1415, al. 2). Sans revenir sur sa jurisprudence du 29 mai 2008, la Cour de cassation précise la charge de la preuve : l'époux sur qui pèsent des indices de détournement de fonds communs doit, à la demande de son (ex-)conjoint, rendre compte de sa gestion(110). Elle consacre ainsi une solution équitable en encourageant la collaboration des parties, à l'instar de son homologue française(111). Cette obligation d'information par l'époux

(109) En ce sens déjà : Cass., 8 novembre 1990, *J.T.*, 1991, p. 310; *Pas.*, 1991, I, p. 251; *R.W.*, 1990-1991, p. 1301; *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 33, note Ph. DE PAGE; *T. Not.*, 1992, p. 213.

(110) En ce sens : H. CASMAN, note sous Cass., 14 novembre 2013, *N.F.M.*, 2014, p. 52, n° 4; J.-L. RENCHON, note sous Cass., 29 mai 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1282, n° 13.

(111) Cass. Fr. (1^{re} civ.), 14 février 2006, *J.C.P.*, 2006, IV 1532, p. 514; *D.*, 2006, p. 601; Cass. Fr., 23 avril 2003, *D.*, 2003, p. 2597, note V. BREMOND; Cass. Fr., 16 mars 1999, *Deffrénois*, 1999, p. 370/7; *Deffrénois*, 1999, p. 811, obs. G. CHAMPENOIS; *Dr. Fam.*, 1999, comm.,

ayant effectué les retraits litigieux, à la demande de son conjoint, trouve en outre un fondement dans l'article 1215, § 1^{er}, alinéa 2, du Code judiciaire qui consacre un principe de collaboration des parties à la charge de la preuve dans le cadre de la procédure de liquidation-partage (112). La cour d'appel d'Anvers fait une application imparfaite de ces principes dans un arrêt du 22 décembre 2015. En l'absence d'explication du mari sur l'affectation des fonds retirés, elle conclut que la somme doit être considérée comme une avance sur sa part de communauté, solution désapprouvée par la Cour de cassation mais apparaissant comme une juste sanction de l'absence de collaboration (Anvers, 22 décembre 2015, *T. Not.*, 2016, p. 162; *D.A.O.R.*, 2016, p. 86 (somm.)).

La jurisprudence avait également puisé dans l'article 1448 du Code civil une solution aux retraits de fonds communs: la cour d'appel de Bruxelles applique ainsi la sanction du recel de communauté à une épouse ayant effectué d'importants retraits de fonds sur des comptes communs quelques mois avant l'introduction d'une procédure en divorce. Elle n'avait fait mention de ces retraits, ni dans le procès-verbal d'ouverture des opérations, ni dans les opérations d'inventaire. La cour retient l'intention frauduleuse et prive l'épouse de sa part dans les avoirs communs détournés (Bruxelles, 31 janvier 2008, *N.F.M.*, 2009, liv. 4, p. 149, note J. DU MONGH et Ch. DECLERCK). Le fait pour un époux de dissimuler des retraits effectués peu de temps avant la procédure en divorce avec l'intention frauduleuse de faire échapper les fonds retirés au partage est effectivement une dissimulation au sens de l'article 1448 du Code civil. Mais cette sanction est vaine si, comme souvent, l'époux reconnaît et déclare les retraits effectués ou si l'intention frauduleuse n'est pas établie.

L'octroi d'une récompense sur la base de l'article 1433 du Code civil constitue également un mode de réparation de retraits/dépenses contraires aux intérêts de la famille (voy. not. Gand, 16 avril 2015, *T. Not.*, 2016, p. 714; *R.D.J.P.*, 2016, p. 159, commenté *infra*, n° 90).

n° 82, obs. B. BEIGNIER; *R.T.D. civ.*, 2001, p. 189, obs. B. VAREILLE. Pour un commentaire de cette jurisprudence, voy.: S. LOUIS, «Retraits de fonds communs avant une demande en divorce: des solutions existent», *Rev. not. b.*, 2010, pp. 332-337, n° 15-17.

(112) En ce sens: S. LOUIS, «Retraits de fonds communs avant une demande en divorce: des solutions existent», *Rev. not. b.*, 2010, pp. 337-342, n° 18-21.

b. — Gestion conjointe

59. — Acquisition d'un immeuble commun. Vente publique. — L'acquisition d'un immeuble commun (en dehors de l'exercice d'une profession) requiert le consentement des deux époux (art. 1418, 1, a). Lorsque l'immeuble est exposé en vente publique, il appartient au notaire instrumentant de veiller au respect de la gestion conjointe lorsque l'enchérisseur est marié en communauté. L'usage du porte-fort ne suffit pas à pallier l'absence de consentement d'un conjoint (Anvers, 13 juin 2005, *R.W.*, 2007-2008, p. 740; *R.G.D.C.*, 2007, p. 261; *T. Not.*, 2005, p. 584, note F. BOUCKAERT).

60. — Contracter un emprunt. — Selon le tribunal de première instance de Flandre orientale, l'article 1418, 2°, d, vise également les emprunts contractés à la suite d'une convention de novation d'un contrat de prêt par changement de débiteur. En l'espèce, l'époux avait signé avec un prêteur une convention par laquelle il reprenait la dette issue d'un prêt initialement contracté par sa société. Dans le litige opposant le créancier impayé aux époux, le tribunal exclut l'application de la gestion professionnelle privative (art. 1417) et annule par conséquent l'emprunt contracté sans le consentement de l'épouse, en se bornant à constater que celui-ci porte atteinte au patrimoine commun. Le tiers prêteur n'apporte pas la preuve de sa bonne foi car il ne démontre pas avoir entrepris des recherches pour connaître le statut marital de son cocontractant (Civ. Flandre orientale (div. Termonde), 20 janvier 2017, *R.G.D.C.*, 2017, p. 477).

61. — Libéralités de biens communs. — Les libéralités entre vifs de biens communs sont des actes de gestion conjointe annulables de plein droit (art. 1419, al. 1^{er}, et 1422, 1°). Sont exceptés les présents d'usage et les libéralités en faveur du conjoint survivant (art. 1419, al. 2) (113). Le double consentement est par conséquent requis pour disposer à titre gratuit de fonds communs en faveur des enfants du couple ou d'autres membres de la famille (Civ. Nivelles, 11 octobre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1281, note J.-L. RENCHON). À défaut, la donation pourra être annulée à la demande de l'époux «non consentant» faisant valoir un intérêt

(113) Ce second alinéa est supprimé par la proposition de loi du 13 décembre 2017 modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 2848/001, p. 63.

légitime et/ou justifier l'octroi d'une récompense en faveur du patrimoine commun (art. 1433).

Il suffit que le conjoint consente à l'acte, sans nécessairement donner. Dans un arrêt du 20 novembre 2014, la cour d'appel de Gand estime que ce consentement peut être *tacite*, ce qui est le cas quand des époux sont séparés de fait depuis une vingtaine d'années et que chacun gère « ses » avoirs, fussent-ils communs, de manière indépendante en tolérant les actes accomplis par l'autre. Le mari cohabitait avec une compagne avec qui il formait un ménage commun depuis 20 ans également. Selon la cour, il n'est pas possible dans ce contexte de revenir sur la manière dont chaque époux a géré, durant toutes ces années, les avoirs communs en sa possession (répartis entre eux de commun accord). L'épouse n'est donc pas fondée à postuler l'annulation des donations accomplies par son mari au profit de sa cohabitante de fait, quand bien même le régime matrimonial des époux n'a pas cessé durant ces années (Gand, 20 novembre 2014, *R.W.*, 2015-2016, p. 379; *T. Not.*, 2015, p. 719; *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 218 (somm.)).

La cour d'appel de Bruxelles reproche quant à elle à l'épouse qui invoquait avoir fait donation, avec son mari, de fonds communs issus d'une assurance groupe aux enfants du couple de ne pas prouver que l'époux avait effectivement un *animus donandi* envers ces derniers. La cour estime par ailleurs que la réalité de la donation n'est pas démontrée par l'épouse à défaut de commencement de preuve par écrit, de sorte que les fonds doivent revenir à la communauté (Bruxelles, 24 mai 2016, *T. Not.*, 2016, p. 522).

c. — *Gestion privative*

62. — Gestion professionnelle privative. — La gestion professionnelle privative (art. 1417, al. 1^{er}) s'applique à un fonds de commerce constitué pendant le régime et exploité par un seul époux. Par conséquent, cet époux peut, durant le régime, contracter seul un crédit dans le cadre de son activité. La dette sera commune car contractée dans l'intérêt du patrimoine commun (art. 1408), sans toutefois pouvoir être recouvrée sur le patrimoine propre de l'époux non contractant (art. 1414, al. 2, 3^o).

Dans une affaire soumise à la cour d'appel de Liège, l'épouse, qui exploitait seule le fonds de commerce commun, avait toutefois imité la signature de son mari, en plus de la sienne, pour contracter un prêt professionnel. La cour a confirmé le jugement d'instance

qui estimait que la dette devait être assumée par l'épouse seule, car contractée en fraude des droits du mari. Cette solution est critiquable faute de base légale. En vertu du principe de gestion professionnelle privative, l'épouse n'avait pas besoin du concours de son conjoint pour contracter ce crédit, si bien que la qualification propre de l'article 1407, 3^e tiret (dette propre en raison d'une faute de gestion), ne pouvait s'appliquer. Seule une annulation sur la base de l'article 1422, 3^o, aurait pu être envisagée à la demande du mari, invoquant une fraude de ses droits, ou encore l'inscription d'une récompense pour le préjudice subi par le patrimoine commun en raison de l'emprunt (art. 1433) (Liège, 8 février 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 1078, également commentée *infra*, n^o 40).

2. — *Sanctions*

63. — Annulation. — Les articles 1422 et 1423 du Code civil contiennent les sanctions des règles de gestion du patrimoine commun. L'époux non contractant, s'il justifie d'un intérêt légitime, peut, dans l'année du jour où il a eu connaissance de l'acte irrégulier ou frauduleux accompli par son conjoint, demander au tribunal de la famille de l'annuler.

Pour certains actes, la nullité ne sera octroyée que si l'époux demandeur prouve l'existence d'une *lésion* (art. 1422, 1^o, *in fine*). Tel est le cas des *emprunts* contractés par un seul époux en violation de l'article 1418, 2, d, du Code civil. Selon la cour d'appel de Bruxelles, la qualification propre d'une dette d'emprunt contractée par un seul époux en violation de la gestion conjointe (art. 1407, 3^e tiret) ferait obstacle à l'établissement d'une lésion dans le chef du patrimoine commun (Bruxelles, 9 juin 2009, *T. Not.*, 2010, liv. 10, p. 556, note F. BOUCKAERT). Nous ne partageons pas cet avis, d'une part, parce que la charge des intérêts d'une dette propre est commune (art. 1408, 5^e tiret), d'autre part, parce que le paiement d'une dette propre peut, durant le régime, être poursuivi sur les revenus de l'époux contractant (art. 1409), de sorte qu'avant qu'une récompense ne soit due (art. 1432), des revenus communs pourront être engagés (114). La cour d'appel

(114) Voy. not.: C. CUISINIER, « Quelques précisions au sujet de la conclusion d'un emprunt en régime de communauté », note sous Anvers, 13 septembre 2004, *R.G.D.C.*, 2006, p. 467; C. GIMENNE, « La sanction de la gestion irrégulière ou frauduleuse d'un époux », in Y.-H. LELEU et L. RAUCENT (dir.), *Les régimes matrimoniaux. 3. Le régime légal, Rép. Not.*, t. V, liv. II, Bruxelles, Larcier, 2001, n^o 959; Y.-H. LELEU, « Les régimes matrimoniaux —

d'Anvers statue en ce sens, estimant la lésion établie lorsque le prêt a été contracté pour un usage strictement personnel et ne profite ni au patrimoine commun ni au patrimoine propre de l'époux non contractant. Elle annule par conséquent le prêt litigieux et précise, à juste titre, que la dette de remboursement de la somme prêtée est propre à l'époux emprunteur en vertu de l'article 1407, 3^e tiret (Anvers, 13 septembre 2004, *R.G.D.C.*, 2006, p. 381 et p. 467, note C. CUISINIER; *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 318 (somm.)).

La preuve de la *connaissance de l'acte irrégulier*, et donc de la prise de cours du délai de forclusion d'un an (art. 1423), est au cœur du contentieux de l'annulation. Suivant la Cour de cassation, cette connaissance ne requiert pas que l'époux qui agit en nullité dispose des pièces constatant l'acte accompli par son conjoint. Les juges d'appel ont donc pu légitimement considérer que la demanderesse avait eu connaissance du prêt litigieux dès lors que celui-ci avait été évoqué au cours d'une réunion chez le notaire liquidateur (ce qui était établi par les notes manuscrites prises par celui-ci), même si les pièces relatives à ce prêt n'avaient pas été produites lors de cette réunion. L'épouse ayant agi en nullité plus d'un an après cette réunion, sa demande était irrecevable (Cass., 4 mai 2017, R.G. n^{os} C.16.0020.F et C.16.0036.F, inédit).

La charge de la preuve du dépassement du délai repose sur l'époux ou le tiers qui s'oppose à la nullité(115). La cour d'appel d'Anvers met en œuvre ces principes et estime que la connaissance par une épouse placée sous administration provisoire des donations réalisées par son défunt mari n'est pas établie à suffisance par la plainte déposée au pénal par son administrateur. La plainte visait uniquement la détention irrégulière par une tierce personne de fonds appartenant au patrimoine commun, sans viser les donations en question. L'exception de prescription que les donataires opposaient aux héritiers de l'épouse est donc rejetée à défaut d'établir que celle-ci aurait eu connaissance des donations plus d'un an avant son décès (Anvers, 10 décembre 2012, *R.G.D.C.*, 2014, p. 167, note A. MASSCHELEIN). Dans un arrêt du 28 février 2012, la cour d'appel de Bruxelles renverse, au contraire, la charge de la preuve de la prise de connaissance de l'acte litigieux. Après avoir rappelé que la date à laquelle l'acte litigieux a été accompli

Examen de jurisprudence (1997-2005)», *R.C.J.B.*, 2006, p. 872, n^o 63; S. LOUIS, «Le régime matrimonial légal», in Y.-H. LELEU (dir.), *Chroniques notariales*, Bruxelles, Larcier, 2008, vol. 48, p. 193, n^o 46.

(115) Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 206, n^o 203.

importe peu (tant que l'époux demandeur agit dans l'année de sa découverte), la cour déclare la demande prescrite pour des actes remontant à plus d'un an avant la demande en annulation et pour lesquels le demandeur ne démontrait pas concrètement à quel moment il en avait eu connaissance (Bruxelles, 28 février 2012, *R.W.*, 2013-2014, p. 1580; *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 722 (somm.)).

Enfin, la cour d'appel de Bruxelles rappelle dans l'arrêt précité que les règles relatives à la gestion des patrimoines continuent de s'appliquer *durant la procédure de divorce*. Ainsi, un époux peut demander l'annulation, sur la base de l'article 1422, 2°, d'aliénations de valeurs mobilières accomplies par son conjoint en violation de l'interdiction d'une ordonnance de référé (ancien art. 1280 C. jud.), pour autant que la demande soit formulée dans le délai d'un an de l'article 1423 et avant la clôture de la liquidation du régime matrimonial. Les retraits de fonds communs effectués avant l'ordonnance de référé seront également annulables s'ils l'ont été « en fraude des droits du demandeur » (art. 1422, 3°). Selon la cour, l'intention frauduleuse est établie à suffisance lorsque les retraits ont eu lieu peu de temps avant et encore pendant la procédure de divorce, dans une période de tensions conjugales, et que l'épouse refuse de fournir la moindre explication sur la destination des fonds. Les actes accomplis après que le divorce soit devenu définitif sont quant à eux régis par le droit commun de l'indivision (art. 577-2, §§ 5-7), chaque époux étant comptable de sa gestion des avoirs indivis durant la période d'indivision post-communautaire (Bruxelles, 28 février 2012, précité).

3. — *Gestion des patrimoines propres*

64. — Paiement d'arriérés de loyers et résiliation du bail. — Dans une affaire soumise au juge de paix de Landen, un époux avait introduit seul une action en justice visant au paiement d'arriérés de fermages et à la résiliation du bail à ferme consenti sur un immeuble propre de son épouse. Le juge de paix a estimé que cette demande ne pouvait être introduite par le mari sous le couvert de la gestion concurrente, mais était un acte de gestion du patrimoine propre de l'épouse. Son raisonnement peut être approuvé sur le plan des principes de gestion(116), mais repose sur une qualification (propre) erronée de la créance de loyers

(116) *Contra*: Ch. DECLERCK, «Secundair huwelijksvermogensstelsel», in W. PINTENS et Ch. DECLERCK (dir.), *Patrimonium 2012*, Anvers, Intersentia, 2012, p. 12, n° 15, qui estime

(J.P. Landen, 8 octobre 2009, *J.J.P.*, 2011, p. 351; *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 276 (somm.); *supra*, n° 29). La résiliation d'un bail consenti sur un immeuble propre est un acte de gestion du patrimoine propre qui peut être accompli par le seul propriétaire du bien. Par ailleurs, l'article 217, alinéa 1^{er}, du Code civil, qui dispose que chaque époux perçoit seul ses revenus, fait obstacle à ce qu'un époux introduise une action visant au paiement des arriérés de loyers d'un immeuble propre de son épouse. Cette disposition vise l'ensemble des revenus, non uniquement professionnels (117). Cela n'ôte cependant pas à la créance sa qualification commune dès lors que la gestion et la propriété des biens peuvent être dissociées en droit des régimes matrimoniaux (118).

PARTIE IV. — LIQUIDATION ET PARTAGE DU PATRIMOINE COMMUN

A. — DISSOLUTION DU RÉGIME MATRIMONIAL

1. — *Date de la dissolution (art. 1278, al. 2, C. jud.)*

65. — Date de dissolution du régime matrimonial. Principes. — Parmi les causes de dissolution du régime matrimonial limitativement énumérées à l'article 1427 du Code civil figure le divorce, dont les effets quant aux biens des époux rétroagissent, dans leurs rapports internes, au jour de la demande (art. 1278, al. 2, C. jud.).

Ce n'est qu'à partir de ce moment que les époux peuvent conclure des conventions de partage de tout ou partie du patrimoine commun. Une telle convention, si elle est conclue durant la séparation de fait, est frappée de nullité absolue. Elle peut toutefois constituer une preuve de la composition de la communauté (Bruxelles, 25 mai 2010, *T. Not.*, 2011, p. 28, note C. DE BUSSCHERE; *R.W.*, 2011-2012, p. 1559; *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 879 (somm.); commenté *supra*, n° 18).

que chaque époux est compétent pour obtenir le paiement des arriérés de loyers et la résiliation du bail en justice, dès lors que la créance de loyer est commune.

(117) Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 25, n° 23; L. RAUCENT, « La perception des revenus », in Y.-H. LELEU et L. RAUCENT (dir.), *Les régimes matrimoniaux. 1. Les droits et devoirs des époux*, *Rép. Not.*, t. V/II, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 114, n° 129.

(118) Y.-H. LELEU, « L'actif du patrimoine commun », in Y.-H. LELEU et L. RAUCENT (dir.), *Les régimes matrimoniaux. 3. Le régime légal*, *Rép. Not.*, t. V/II, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 101, n° 708.

L'effet rétroactif de la dissolution du régime au jour de la demande en divorce n'exclut pas que des comptes bancaires ouverts *après* cette date doivent être déclarés lors des opérations d'inventaire de la communauté dissoute (art. 1175 C. jud.), lorsqu'il existe des contestations sur le caractère propre ou commun des fonds versés sur ces comptes. Tel est notamment le cas quand un époux a opéré de nombreux retraits sur les différents comptes du couple avant la dissolution du régime, pour ensuite verser les sommes d'argent sur des comptes ouverts à son nom et à celui de sa nouvelle compagne après l'introduction de la demande en divorce (Cass., 2 décembre 2014, *Pas.*, 2014, p. 2719; *T. Not.*, 2016, p. 148; *N.C.*, 2015, p. 55; *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 1101 (somm.)).

Enfin, selon le juge des saisies de Gand, l'effet rétroactif rend possible la saisie-arrêt exécution pratiquée par un conjoint à charge de l'autre sur un compte bancaire post-communautaire indivis (Civ. Gand (sais.), 7 juillet 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, pp. 958 et 962 (somm.); *T. Not.*, 2010, p. 72).

66. — Pluralités de demandes et/ou de procédures en divorce. — En cas de pluralité de demandes et/ou de procédures en divorce, les effets de la dissolution du régime remontent à la première demande, qu'elle ait abouti ou non (art. 1278, al. 2, C. jud.).

1. Cette règle a suscité pas mal de décisions en présence d'époux ayant repris la vie commune et leur collaboration patrimoniale (« *affectio societatis*») après la première demande en divorce (119). Dans un arrêt du 24 février 2005, la Cour de cassation a précisé qu'une reprise de la vie commune entre les différentes demandes en divorce n'était pas de nature à faire exception à la règle (Cass, 24 février 2005, *Pas.*, 2005, p. 463; *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 H. VANBOCKRIJCK; *T. Not.*, 2007, p. 30, note F. BOUCKAERT; dans le même sens: Mons, 23 mai 2006, *J.T.*, 2006, p. 508; comp. Civ. Mons, 24 février 2005, *Div. Act.*, 2006, p. 92, confondant les notions d' *affectio societatis* et *affectio maritalis*).

La Cour constitutionnelle a validé cette position dans un arrêt du 25 mars 2009, estimant que le législateur avait pu considérer qu'une « *période suspecte*» d'un point de vue patrimonial commençait à courir dès l'introduction de la demande origi-

(119) Voy. pour la précédente période commentée: Y.-H. LELEU, « *Examen de jurisprudence (1997 à 2005). Régimes matrimoniaux*», *R.C.J.B.*, 2007, pp. 95-99, n° 69.

naire en divorce, *même en cas de reprise de la vie commune par les époux* entre cette demande et le prononcé du divorce (C. const., 25 mars 2009, n° 61/2009, *A.C.C.*, 2009, p. 1083; *Act. dr. fam.*, 2009, p. 108, note A.-C. 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). Si cette solution a le mérite de clore la controverse en respectant la lettre de la loi, elle peut toutefois aboutir à des conséquences dommageables dans la pratique. L'on songe, par exemple, à l'épouse au foyer qui se verrait privée du bénéfice de la qualification de communs des revenus professionnels et économiques engrangées par son mari durant les années de réconciliation.

2. La question de l'exigence de coexistence procédurale⁽¹²⁰⁾ des demandes reste débattue, notamment en cas de *désistement de la première instance* (art. 826 C. jud.). Dans l'arrêt précité du 24 février 2005, la Cour de cassation a décidé qu'il n'y a pluralité de demandes que lorsque deux demandes en divorce coexistent «dans le temps». L'article 1278, alinéa 2, du Code judiciaire ne trouverait donc pas à s'appliquer lorsqu'un désistement d'instance intervient *avant* l'introduction d'une deuxième demande en divorce et les effets patrimoniaux du divorce devraient remonter, dans ce cas, au jour de la *seconde* demande.

Lorsqu'en revanche le désistement d'instance intervient *après* l'introduction de la seconde demande, les deux demandes ont été pendantes simultanément de sorte que, suivant la jurisprudence de la Cour de cassation, les effets patrimoniaux du divorce devraient rétroagir à la *première* demande⁽¹²¹⁾. Sur la base de l'article 826 du Code judiciaire, l'on pourrait toutefois soutenir, comme le tribunal de première instance de Malines, que la première demande ayant fait l'objet d'un désistement d'instance est censée n'avoir jamais existé et constater ainsi l'absence de coexistence procédurale (ou temporelle) des deux demandes. C'est alors la seconde demande qui devrait être prise en considération (Civ. Malines, 11 février 2009, *R.W.*, 2009, p. 748, note K. CREYF; *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 964 (somm.)).

(120) Notion que nous préférons à celle de coexistence temporelle (Y.-H. LELEU, «Examen de jurisprudence (1997 à 2005). Régimes matrimoniaux», *R.C.J.B.*, 2007, p. 97).

(121) Voy. également Cass., 5 mai 2004, *Pas.*, 2004, p. 210; *E.J.*, 2006, p. 80, note H. VANBOCKRIJCK; *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 245: «lorsqu'il est prononcé à la suite de plusieurs demandes en divorce, le divorce rétroagit en principe à l'égard des époux et de leurs biens au jour de l'introduction de la première demande, quelle que soit la demande sur la base de laquelle le divorce a finalement été prononcé».

La cour d'appel d'Anvers se prononce également en faveur d'une exigence de coexistence procédurale, estimant que si la première demande en divorce *est rejetée avant* que la seconde demande ne soit introduite, les effets patrimoniaux du divorce rétroagissent à la date de la seconde demande. Si en revanche les deux demandes coïncident pendant une certaine période, il faut retenir la date de la première demande (Anvers, 31 mai 2006, *T. Not.*, 2007, p. 318, note F. BOUCKAERT).

La cour d'appel de Liège retient quant à elle la première demande en divorce dans une affaire où le divorce avait pourtant été prononcé sur la seconde demande introduite après qu'un jugement avait rejeté la première (Liège, 5 mai 2004, *R.G.D.C.*, 2007, p. 176, note). Nous pouvons souscrire à cette solution dans la mesure où les faits de l'espèce révèlent une unité d'intention entre les deux procédures : le mari, après avoir été débouté de sa première demande, avait attendu la fin du délai de séparation de deux ans pour pouvoir introduire une nouvelle demande. C'est alors cette *unité d'intention* qui impose de retenir la première demande.

2. — *Exclusion de certains avoirs ou de certaines dettes (art. 1278, al. 4-5, C. jud.)*

67. — Champ d'application. — L'article 1278, alinéas 4 et 5, du Code judiciaire permet au tribunal de la famille, à la demande d'un époux et pour des raisons d'équité, d'exclure de la liquidation de la communauté, en raison de circonstances exceptionnelles, certains actifs constitués ou certaines dettes contractées depuis la séparation de fait.

La Cour de cassation rappelle que cette faculté ne concerne que les avoirs constitués ou les dettes contractées *après la séparation de fait*, qui seraient communs suivant le fonctionnement normal du régime communautaire. C'est donc à tort qu'un époux sollicitait l'application de l'article 1278, alinéa 4, pour exclure de la liquidation un fonds de commerce et un immeuble qui lui étaient propres. De même, cette disposition ne permet pas d'exclure des éléments d'actif ou de passif constitués avant la séparation de fait (Cass., 6 février 2009, *Pas.*, 2009, p. 342 ; *R.W.*, 2009-2010, p. 743 (somm.) ; *Rev. not. b.*, 2010, p. 617, note E. BEGUIN ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 365 (somm.) ; *T. Not.*, 2010, p. 265).

La cour d'appel de Bruxelles ajoute, à juste titre, que cet article n'est d'aucune utilité pour les avoirs constitués *après l'introduction de la procédure en divorce* : ceux-ci ne sauraient être exclus de la liquidation de la communauté puisqu'ils sont constitués postérieurement à sa dissolution (art. 1278, al. 2, C. jud.). Ces avoirs sont uniquement régis par le droit commun de l'indivision (Bruxelles, 11 février 2014, *T. Not.*, 2014, p. 660).

De même, la cour d'appel de Gand rappelle que ce mécanisme correcteur ne s'applique pas aux époux mariés en séparation de biens pure et simple. La date de dissolution du régime y joue en effet un rôle limité puisque les biens acquis ou les dettes contractées en indivision, qu'ils/elles le soient avant ou après la dissolution, sont régis par le droit commun de l'indivision jusqu'au partage (Gand, 30 mars 2017, *T. Not.*, 2017, p. 969).

68. — Existence de circonstances exceptionnelles. — Il appartient à l'époux demandant l'exclusion des avoirs ou dettes de démontrer l'existence de circonstances exceptionnelles. Il a été jugé à plusieurs reprises que la séparation de fait n'est pas, à elle seule, constitutive de «circonstance exceptionnelle» (Gand, 5 mars 2015, *T. Not.*, 2016, p. 784; *T.E.P.*, 2016, p. 195; *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 622 (somm.); Liège, 28 mars 2007, *J.T.*, 2007, p. 549; *R.R.D.*, 2006, p. 463; Mons, 22 mai 2006, *J.T.*, 2006, p. 510; Anvers, 8 novembre 2005, *Div. Act.*, 2006, p. 84)(122). Ces circonstances ne peuvent davantage être fonction de l'enjeu du litige. Il n'y a donc pas lieu d'exclure du patrimoine commun l'augmentation de la valeur de rachat de l'assurance groupe de l'ex-époux survenue entre la séparation de fait et la demande en divorce en raison d'importantes primes de régularisation versées par l'employeur (Trib. fam. Namur (div. Namur), 1^{er} octobre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 256; *Rev. not. b.*, 2016, p. 44). De même, l'indemnité de rupture versée par l'employeur à un époux, dont le montant tient compte du nombre d'années de collaboration exercées durant le mariage, ne doit pas être exclue du patrimoine commun au motif qu'elle a été versée durant les neuf mois de séparation ayant précédé l'introduction de la procédure en divorce. L'époux ne démontrait par ailleurs pas que l'indemnité comprenait un montant destiné à compenser une perte de revenus

(122) Dans le même sens : Liège, 18 décembre 2001, *J.T.*, 2002, p. 468; Bruxelles, 28 mars 2000, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 77; Civ. Liège, 18 novembre 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 466.

postérieure à la demande en divorce (Gand, 5 mars 2015, précité). Enfin, l'imputabilité de la séparation du couple ne constitue pas davantage un critère d'application de l'article 1278, alinéa 4, du Code judiciaire (Gand, 5 novembre 2015, *R.W.*, 2017-2018, p. 580; *T. Not.*, 2015, p. 859 (somm.)).

Ont été admises au titre de circonstances exceptionnelles la très courte durée du mariage, cumulée à la longue durée de la séparation de fait. Le tribunal de première instance de Liège a ainsi exclu de la communauté les revenus professionnels du mari perçus durant les quatorze années de séparation avant l'introduction de la procédure en divorce, alors que la vie commune maritale avait duré moins de deux ans. Il estime à juste titre qu'il ne serait pas équitable d'octroyer, à la demande de l'épouse, une récompense au patrimoine commun pour les remboursements d'emprunt relatifs à l'immeuble propre du mari que celui-ci effectuait au moyen de ses revenus (Civ. Liège, 18 novembre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 930).

Le tribunal de première instance d'Arlon retient également l'existence de circonstances exceptionnelles pour exclure une dette d'arriérés de loyers et d'indemnités de résiliation d'un logement pris en location par le mari durant la séparation de fait, qu'il occupera avec une autre femme que son épouse durant plusieurs mois. À défaut, la dette devait être qualifiée de commune dès lors qu'elle n'avait pas été contractée dans l'intérêt exclusif du *patrimoine* propre de l'époux (*supra*, n° 36) (Civ. Arlon, 25 août 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 1102, note J.-L. RENCHON).

Enfin, le tribunal de la famille de Flandre orientale admet que la valeur des parts de société communes doit être arrêtée au jour de la demande en divorce en application de l'article 1278, alinéa 4, du Code judiciaire, au motif que le mari a fait signer à ce moment à l'épouse le registre des parts pour devenir le seul à exercer les droits d'associés. Le tribunal estime par conséquent que les craintes de l'épouse de voir la valeur des parts diminuer pendant l'indivision post-communautaire sont fondées (Trib. fam. Flandre orientale (div. Termonde), 22 février 2017, *R.A.B.G.*, 2017, p. 1213). L'article 1278, alinéa 4, du Code judiciaire ne constituait pas, selon nous, la base légale adéquate pour arrêter la valeur des parts au jour de la dissolution du régime, dès lors qu'il ne s'agit pas ici d'exclure certains avoirs ou dettes constitués après la séparation de fait. C'est à notre avis la règle de l'évaluation des biens communs au jour du partage, mais dans leur état à la dissolution

du régime (*infra*, n° 114) qui permet de pallier ces difficultés, en permettant d'établir que «l'état» des actions a été amoindri en raison de la (mauvaise) gestion par l'époux indivisaire titulaire des droits d'associé (comp. : Anvers, 27 mai 2015, *infra*, n° 74). Le jugement a d'ailleurs été frappé d'appel sur ce point. La réforme des régimes matrimoniaux devrait mettre un terme à ces discussions en arrêtant la valeur commune des parts de sociétés visées à l'article 1401, 5°, et des autres biens professionnels au jour de la dissolution du régime.

B. — INDIVISION POST-COMMUNAUTAIRE

1. — *Composition*

69. — Statut des biens et des dettes. — La consistance de la masse indivise est arrêtée à la date de dissolution du régime (art. 1278, al. 2, C. jud.). Les *revenus professionnels* et les *revenus des biens propres* appartiennent dès ce jour à leur seul bénéficiaire. Les dettes communes *antérieures* à la dissolution (ex. emprunt hypothécaire) qui sont payées pendant l'instance en divorce par un seul époux donneront lieu, le cas échéant, à *indemnité* et non à récompense. La Cour de cassation juge en conséquence que si un époux rembourse pendant l'indivision un crédit-logement au moyen de fonds propres, il ne peut réclamer une récompense, mais peut former «une demande fondée sur l'article 577-2, § 3, du Code civil, à charge de l'indivisaire». Cet arrêt est doublement évasif sur le moment du paiement («après la séparation de fait, éventuellement après l'introduction de la demande en divorce») et sur la nature des fonds («propres»). Mais que l'époux paie la dette commune avec des fonds propres au sens strict (art. 1399) ou avec des revenus devenus personnels depuis le début de l'indivision post-communautaire, ne change rien à la solution justement retenue (Cass., 2 février 2012, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 63; *Pas.*, 2012, p. 243; *R.A.B.G.*, 2012, p. 817, note A. RENIERS; *T. Fam.*, 2012, p. 207, note L. VOET; *T. Not.*, 2012, p. 537, note S. VAN OOSTHUYSE).

L'article 1278, alinéa 2, du Code judiciaire n'empêche pas que chacun des époux ait droit, après la demande en divorce, à sa part des fruits des biens indivis en application du droit commun (art. 577-2, § 3). Ne justifie donc pas légalement sa décision le juge d'appel qui refuse de prendre en considération les intérêts d'un compte bancaire indivis échus après cette date (Cass., 26 juin 2015, *Pas.*, 2015, p. 1759; *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 955 (somm.)).

2. — *Gestion*

70. — Parts et actions de société. — Durant l'indivision post-communautaire, les parts et actions communes sont soumises, en ce qui concerne leur gestion, au droit commun de l'indivision (art. 577-2). Chacun des ex-époux ne peut donc accomplir seul que les actes purement conservatoires et les actes d'administration provisoire relatifs à ces titres. Les autres actes de gestion, en particulier ceux de disposition, requièrent que les deux ex-époux agissent ensemble (art. 577-2, § 6). Les tiers peuvent se prévaloir des pouvoirs plus larges de gestion du patrimoine commun (art. 1416) jusqu'à la transcription du divorce (art. 1278, al. 1^{er}, C. jud.). Il faudra donc le plus souvent distinguer validité (art. 1416) et opposabilité de l'acte ou de la dette à l'époux non contractant (art. 577-2, § 6), et réparer un préjudice éventuel par des dommages-intérêts (123).

Tant que le partage n'est pas intervenu, les ex-conjoints n'ont de pouvoir de disposition que sur leur part indivise (art. 577-2, § 4). Le propriétaire d'une part indivise supérieure à 30% des parts et actions de la société dispose de la participation minoritaire suffisante pour intenter une action en éviction au sens de l'article 334 du Code des sociétés. Cette procédure ne peut toutefois être introduite que dans l'intérêt social et ne peut être détournée pour dissoudre l'indivision née suite au divorce (Prés. Comm. Tongres, 22 novembre 2005, *R.A.B.G.*, 2009, p. 119, note E. JANSSENS; *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 954 (somm.)). Le droit au solde de liquidation des parts et actions communes appartient en indivision aux deux ex-époux, à parts égales s'il n'existe ni convention ni disposition particulière (Gand, 5 novembre 2007, *N.j.W.*, 2008, p. 597 note G. VERSCHELDEN; *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2008, p. 6).

Lorsque les parts ou actions communes entrent dans le champ d'application de l'article 1401, 5^o, du Code civil, la Cour de cassation estime que la qualification de propres des *droits d'associés* est une règle de *propriété* et non de *gestion*. Il en résulte que ces droits propres sont soumis, durant l'indivision post-communautaire, à la gestion privative de l'époux associé (124). Celui-ci peut donc

(123) Y.-H. LELEU, «Les régimes matrimoniaux – Examen de jurisprudence (1982-1996)», *R.C.J.B.*, 1998, p. 258, n^o 111.

(124) Elle suit en cela une doctrine majoritaire: Y.-H. LELEU, «L'actif des patrimoines propres», in J.-L. RENÇON et N. BAUGNIET (dir.), *Trente ans après la réforme des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 111; G. LESIRE, «Gehuwde vennoten wat gebeurt er met aandelen bij echtscheiding?», *L.R.L.*, 2004, n^o 4, p. 224; A. VERBEKE,

intenter seul une action en retrait après la dissolution du mariage. La valeur patrimoniale des parts demeure indivise (Cass., 20 février 2015, *Pas.*, 2015, p. 489; *J.L.M.B.*, 2016, p. 580, note R. AYDOGDU; *T. Fam.*, 2015, p. 234, note J. DU MONGH; *T. Not.*, 2016, p. 7, note L. WEYTS; *T.R.V.*, 2015, p. 222, note R. TAS; *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2015, p. 247; *R.W.*, 2015-2016, p. 1223, note B. VAN DEN BERGH; *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 325, note P. DE PAGE (p. 239), commenté *supra*, n° 26. Dans le même sens: Gand, 2 avril 2007, *D.A.O.R.*, 2008/85, p. 15, note T. HOOGSTOEL).

Comme précisé *supra* (n° 26), la réforme des régimes matrimoniaux consacre la distinction entre propriété des droits d'associé (propres) et valeur des parts (commune), en arrêtant cette dernière au jour de la dissolution du régime (125).

71. — Location d'immeubles. — Un époux indivisaire ne peut pas gérer seul le parc immobilier du couple, et notamment la *location des immeubles*. Déjà le recouvrement d'une créance contre un tiers excède la simple administration et nécessite une action conjointe. À cela s'ajoute, selon la cour d'appel de Gand, que demander le paiement de la moitié d'une créance indivise au débiteur s'apparente à un partage en l'absence du copartageant (Gand, 26 octobre 2011, *T.G.R.*, 2012, p. 100; *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 332 (somm.) (126)).

Un ex-mari séparé de biens ne peut pas réclamer une prétendue plus-value apportée à un immeuble indivis dans lequel il a décidé seul de transformer trois kots en un appartement, ce d'autant que les époux avaient convenu d'arrêter les valeurs des immeubles à une date antérieure aux modifications. La cour d'appel de Liège estime que l'ex-époux qui a pris seul les décisions relatives aux biens indivis doit supporter seul les conséquences défavorables de cette gestion. Il n'est pas possible pour cet ex-époux d'invoquer la gestion d'affaire car cette théorie ne s'applique que lorsqu'un tiers gère un bien qui ne lui appartient pas. Étant coindivisaire,

Goederenverdeling bij echtscheiding, Anvers, Maklu, 1991, p. 137; B. WAÛTERS, *Aandelen en echtscheiding*, Anvers, Maklu, 2000, p. 438; L. WEYTS, «Aandelen in een vennootschap bij echtscheiding», *E.J.*, 1996, p. 50. Pour plus de détails et de références: Ph. DE PAGE, «Le statut des parts et actions nominatives dans les régimes en communauté – état des questions», *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, pp. 239 et s.; Y.-H. LELEU et S. LOUIS, *Sociétés et régime matrimonial de communauté*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 122.

(125) Proposition de loi du 13 décembre 2017 modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 2848/001, pp. 16-18, 51-52 et 64-65.

(126) Le sommaire précise à tort «partage complémentaire».

l'époux a géré son propre bien, mais sans respecter les règles de l'indivision. La cour retire à l'ex-époux ses pouvoirs de gestion au profit du notaire commis, conformément à l'article 1210 (ancien) du Code judiciaire (Liège, 11 février 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 943).

La même cour a confié la gestion de kots indivis à l'ex-mari sur référé de droit commun (art. 548 C. jud.) (127), vu l'urgence, dans une situation bloquée par une demande de remplacement du notaire et une extrême méfiance de l'ex-épouse (soupçons de détournement de fonds indivis). Il ne se justifiait pas, pour des raisons de coût et de compétence de l'ex-mari, de confier cette gestion à un tiers administrateur comme le demandait l'ex-épouse (Liège, 28 septembre 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, 1095, note J.-L. RENCHON).

72. — Gestion professionnelle. — La gestion professionnelle, qui donne de très larges prérogatives au conjoint exerçant seul la profession (art. 1417), subit aussi des aménagements si le commerce commun devient indivis. L'emprunt souscrit par l'épouse gestionnaire privative d'un commerce indivis après la demande en divorce, mais avant la transcription du jugement, ne relève plus entre époux de la gestion professionnelle, mais bien à l'égard des tiers. Ceci explique la décision de la cour d'appel de Liège, correcte mais mal motivée, de faire supporter cet emprunt par l'épouse seule. En droit, l'emprunt est valable à l'égard du tiers prêteur, pour qui le régime matrimonial subsiste, mais est inopposable au conjoint. Nonobstant la charge de la dette sur l'épouse seule, le gage du créancier s'étend aux biens communs, mais pas aux biens propres du conjoint non contractant, s'agissant d'un emprunt professionnel (art. 1414, al. 2, 3). Si une fraude est établie, l'acte peut être annulé sur la base de l'article 1283 du Code judiciaire, mais à nouveau les droits des tiers de bonne foi sont réservés, ce qui aboutit au même résultat : une inopposabilité à l'ex-conjoint dans la liquidation, sans préjudice du gage du créancier (Liège, 8 février 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 1078 ; commenté *supra*, n^{os} 40 et 62).

L'époux qui continue seul l'exploitation d'un commerce indivis est comptable de sa gestion durant l'indivision post-

(127) Cette mesure aurait pu être décidée par le juge liquidateur sur la base de l'article 19, alinéa 3, du Code judiciaire. *Adde* : J.-L. RENCHON, « Les mesures relatives aux biens des époux », in Y.-H. LELEU (dir.), *Divorce et aliments*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 147 et s.

communautaire. L'épouse exploitante d'un institut de beauté soutenait que le commerce ne présentait plus aucune valeur dès lors qu'elle avait stoppé son activité plus d'un an avant l'état liquidatif. La cour d'appel de Gand ne partage pas son avis: l'épouse est responsable de sa gestion et il ne ressort pas des éléments du dossier que la décision unilatérale de cesser l'activité aurait été nécessaire ou justifiée par une diminution des bénéfices indépendante de la gestion de l'épouse. Le commerce est par conséquent évalué à la valeur fixée par l'expert. La jouissance que l'épouse en a retirée est quant à elle compensée avec l'indemnité à laquelle elle pouvait prétendre pour sa gestion. Elle doit en revanche être indemnisée pour les investissements réalisés dans le commerce durant l'indivision post-communautaire (Gand, 19 janvier 2017, *T.E.P.*, 2017, p. 147; *T. Not.*, 2017, p. 278 (somm.); *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 625 (somm.)).

De la même manière que pour les parts et actions de l'article 1401, 5°, la proposition de loi réformant les régimes matrimoniaux déroge au principe de l'évaluation au jour du partage en ce qui concerne les biens professionnels visés au nouvel article 1401, 6° et 7°, pour lui préférer une évaluation au jour de la dissolution (nouvel article 1430, § 2)(128), ce qui limite l'impact de la gestion professionnelle d'un époux durant l'indivision post-communautaire.

73. — Mauvaise gestion. Mesures conservatoires. — L'inertie d'un conjoint peut être dommageable au patrimoine commun/indivis lorsqu'il s'abstient d'accomplir des actes de gestion utiles aux biens dont il a la maîtrise, par exemple les meubles du logement ou les avoirs financiers déposés sur des comptes qu'il gère seul.

Dans une affaire déferée à la cour d'appel de Liège (saisie en appel de référé — ancien art. 1280 C. jud.), un mari refusait de signer les documents nécessaires à une déclaration libératoire unique (D.L.U.), concernant des dépôts *off-shore*, que l'on suppose communs ou indivis, selon le régime matrimonial, non précisé. Alors que le président du tribunal de première instance refusa de faire droit à la demande de contrainte de l'époux à signer ces documents sous astreinte et, pire, communiqua le dossier au Parquet,

(128) Proposition de loi du 13 décembre 2017 modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 2848/001, pp. 64-65.

la cour s'estime compétente pour ordonner cette signature sous astreinte de 10.000 EUR par jour de retard. Le mari opposa vainement, comme en première instance, que cette mesure serait irréversible et hors de la compétence des juges du provisoire. La cour situe sa décision dans un contexte conservatoire des biens du couple, et reconnaît, à juste titre, sa compétence (Liège, 7 janvier 2013, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 106).

74. — Mauvaise gestion. Sanction. — La cour d'appel d'Anvers a été confrontée à la mauvaise gestion manifeste par un époux, durant l'indivision post-communautaire, d'une société P (société de transport) dont il était gérant et dont la valeur des parts dépendait du patrimoine commun. Trois mois après l'introduction de la procédure en divorce, l'époux avait constitué une seconde société PB L. avec un objet social identique, qui avait racheté tout le matériel de la première (à un prix nettement inférieur au prix du marché) et le lui louait ensuite à un prix excessif (sorte de «*sale and leaseback*»). Quelques mois plus tard, la société P., devenue une «coquille vide», était tombée en faillite, tandis que l'activité de la seconde société PB L. n'avait cessé de croître. L'époux argumentait que puisqu'aucune faute de gestion n'avait été retenue à son encontre par le tribunal de commerce dans le cadre de la procédure de faillite, une telle faute ne pouvait plus lui être reprochée lors des opérations de liquidation du régime. La cour d'appel ne le suit pas et soulève d'office le principe général de droit «*fraus omnia corrumpit*». Elle évoque la possibilité d'arrêter l'évaluation des parts de la société P au jour de la demande en divorce comme réparation de la faute de gestion de l'époux et ordonne la réouverture des débats sur ces questions (Anvers, 27 mai 2015, *R.G.D.C.*, 2017, p. 57; comp. Trib. fam. Flandre orientale (div. Termonde), 22 février 2017, *R.A.B.G.*, 2017, p. 1213, commenté *supra*, n° 68, qui utilise l'article 1278, alinéa 4, du Code judiciaire pour arrêter la valeur des parts au jour de la demande en divorce).

3. — *Indemnité d'occupation*

75. — Principes. — En vertu du droit commun de l'indivision, chaque indivisaire a le droit d'occuper ou d'utiliser un bien indivis (art. 577-2, § 5). En cas de litige à ce propos, par exemple si des ex-conjoints se disputent l'occupation d'un immeuble, leurs

rapports sont régis par les décisions judiciaires ayant ordonné une occupation exclusive au profit de l'un d'eux (129).

Avant la création du tribunal de la famille, les litiges relatifs à l'occupation du bien indivis entre le divorce et le partage étaient déferés au juge de paix (art. 591, 2°, C. jud.). Le tribunal de Gand, statuant en appel, a ainsi arbitré les intérêts en présence pour maintenir dans les lieux, après le divorce, l'épouse qui occupait l'immeuble indivis, à titre provisoire par application de l'article 19, alinéa 2, du Code judiciaire. L'ex-épouse y avait en effet entre-temps établi son cabinet d'avocats après avoir quitté son ancienne association, l'ex-mari avait hérité d'un immeuble familial dans lequel il pouvait se loger, et l'ex-épouse ne mettait pas en péril l'affectation unifamiliale de l'immeuble indivis. Le juge tempère sa décision en condamnant l'ex-épouse à payer une indemnité provisionnelle pour son occupation (Civ. Gand, 9 janvier 2009, *J.J.P.*, 2010, p. 207; *infra*, n° 82). Le tribunal de la famille est aujourd'hui compétent dès lors que le litige concerne une demande entre époux relative à leurs biens (art. 572*bis*, 2°, C. jud.).

Pendant toute l'indivision post-communautaire, ou celle qui suit la dissolution d'un régime de séparation de biens (Liège, 22 avril 2009, *J.L.M.B.*, 2011, p. 361; *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 955), l'occupation d'un bien indivis par un des époux indivisaires le rend débiteur d'une indemnité d'occupation, fondée sur l'article 577-2, § 3, du Code civil (Cass., 6 mai 2010, *Pas.*, 2010, p. 1416; *T.B.O.*, 2012, p. 100, note; *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 1052 (somm.) (ex-concubins); Cass., 18 mai 2009, commenté *infra*, n° 79). Chaque copropriétaire participe aux droits et aux charges de la propriété en proportion de sa part (130). L'indemnité est due à la masse car, toujours en vertu du droit commun de l'indivision, les revenus des biens indivis accroissent l'indivision (*fructus augent hereditatem*). Elle est due à l'époux propriétaire si

(129) L'occupation décidée dans le cadre de la procédure de divorce (article 1253*ter*/5 C. jud.) conserve effet après que le divorce ait acquis force de chose jugée: Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 401, n° 363; A.-C. VAN GYSEL, «Les urgences et le provisoire dans le tribunal de la famille», in A.-C. VAN GYSEL (dir.), *Le tribunal de la famille et de la jeunesse*, Limal-Bruxelles, Larcier-Anthemis, 2014, p. 103 (pour les mesures qualifiées de «conservatoires»); J.-L. RENÇON, «Les mesures relatives aux biens des époux», in Y.-H. LELEU (dir.), *Divorce et aliments*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 169 et s., n°s 39 et s.

(130) En ce sens: C. const., 16 juin 2016, n° 97/2016, *R.W.*, 2016-2017, p. 582 (somm.), note (l'indemnité est due par l'occupant même si l'autre indivisaire n'exerce délibérément pas en nature son droit de jouissance de l'habitation); Cass., 4 mai 2001, *J.T.*, 2003, 683; *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, 714; *E.J.*, 2001, 122; *T. Not.*, 2001, 466, note); Sent. arb., 31 janvier 1994, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, 250, n° 20.

un de ses biens propres a été occupé exclusivement (en séparation de biens : Cass., 18 décembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 3027 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 354 ; *J.L.M.B.*, 2011, p. 348).

Elle prend cours à la dissolution du mariage, et non dès la séparation (comp. en séparation de biens, *infra*, n° 151). Elle est exigible au jour du partage, surtout si la décision judiciaire qui octroie l'occupation a précisé qu'elle a lieu sans charge (ce qui n'implique pas que l'occupation sera gratuite, comme on le verra, *infra*, n° 79 ; comp. en séparation de biens, où le paiement de l'indemnité pour occupation d'un bien propre de l'autre conjoint peut être dissocié des opérations de partage : Cass., 18 décembre 2008, précité). Elle produit intérêts, moyennant mise en demeure, à partir de ce jour aussi (*infra*, n° 85).

Le tribunal de Bruxelles estime que l'indemnité n'est plus due à partir du moment où « la maison est vide » dans l'attente d'un acheteur. La charge du vide locatif pendant cette période est ainsi reportée sur les deux indivisaires (Civ. Bruxelles, 27 janvier 2012, *Rev. not. b.*, 2012, p. 638, décision frappée d'appel ; dans le même sens en séparation de biens : Bruxelles, 8 septembre 2016, *Rev. not. b.*, 2017, p. 502, *infra*, n° 151). La cour d'appel de Bruxelles considère également que l'indemnité d'occupation prend fin en même temps que cesse l'occupation exclusive (131) ou au jour de l'acte de partage. Il ne suffit cependant pas, pour justifier de la fin de l'occupation, que l'époux ait modifié son domicile, encore faut-il que ce changement soit corroboré par d'autres éléments (contrat de bail, paiement d'un loyer, ...) établissant qu'il a effectivement libéré l'immeuble (Bruxelles, 24 mai 2016, *T. Not.*, 2016, p. 522).

76. — Effet déclaratif du partage. — L'indemnité d'occupation n'est pas « effacée » par l'effet déclaratif du partage (art. 883), notamment si l'occupant obtient l'immeuble par attribution préférentielle, non parce que cette attribution ne serait pas déclarative, mais parce que les actes d'administration que sont la perception de « loyers » ne sont pas affectés par l'effet déclaratif du partage (Bruxelles, 6 septembre 2011, *R.W.*, 2013-2014, p. 740 ; *T. Not.*, 2011, p. 531 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 887 (somm.) ; Bruxelles, 25 novembre 2010, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 8, note T. VAN HALTEREN ; Gand, 28 juin 2007, *T. Not.*, 2009, p. 550).

(131) *Contra* : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 234, note n° 18.

Aussi la cour d'appel d'Anvers refuse de dispenser d'indemnité d'occupation un mari qui a occupé un bien commun qu'il avait lui-même apporté en communauté, mais qu'il pouvait « reprendre au jour du divorce » sans indemnité aux termes d'une stipulation du contrat de mariage, dérogoire au droit de reprise d'apport à titre onéreux (art. 1455)(132) (Anvers, 29 avril 2009, *N.F.M.*, 2010, 152, note J. VERSTRAETE). M. Verstraete critique cette solution en équité car l'époux s'est réservé par contrat le droit de redevenir propriétaire de son bien apporté en cas de divorce et devrait payer une indemnité d'occupation en fonction de la durée d'une liquidation qu'il ne maîtrise pas seul. Selon lui, la clause aurait permis l'attribution immédiate de la propriété du bien au mari, dès le prononcé du divorce, donc avant la fin de la liquidation-partage. Nous ne partageons pas cet avis, car la clause de reprise dérogoire à l'article 1455 du Code civil est un préciput, qui ne peut opérer qu'au jour du partage.

77. — Évaluation de l'indemnité d'occupation. — L'indemnité d'occupation est, en règle, égale à la (moitié de la) valeur locative du bien pour toute la durée de la jouissance exclusive(133). Selon la Cour de cassation, tel n'est pas nécessairement le cas et manque en droit le moyen qui soutient que « lorsqu'un époux occupe l'immeuble commun après la dissolution du régime matrimonial de la communauté de biens, il [doit] payer à l'autre, quelles que soient les circonstances de la cause, une indemnité d'occupation égale à la moitié de la valeur locative de l'immeuble » (Cass., 24 novembre 2016, *J.T.*, 2017, p. 351 ; *T. Not.*, 2017, p. 498 (somm.)). En l'espèce, l'indemnité avait été réduite à un quart de la valeur locative compte tenu des circonstances particulières liées à l'hébergement des enfants (*infra*, n° 81).

La cour d'appel de Liège ordonne une expertise pour calculer l'indemnité, et formule déjà des critiques — de bon sens — sur la surévaluation par l'ex-épouse de la valeur locative de l'immeuble, celle-ci soutenant qu'il faut additionner la valeur locative de la partie professionnelle et de la partie privée (Liège, 17 novembre 2010 et 24 janvier 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 1083, réformant Civ. Arlon, 4 décembre 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 1082).

(132) Cette dérogoire est licite : J. VERSTRAETE, « Inbreng in gemeenschap », in *Notariële Actualiteit 2008-2009*, Bruxelles, Larcier, p. 56, n° 25.

(133) Voy. not. : Cass., 4 mai 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 11 ; *T. Not.*, 2001, p. 466, note ; *E.J.*, 2001, p. 122, note S. MOSSELMANS ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 714, note Ph. DE PAGE ; *R.G.D.C.*, 2002, p. 137 ; *R.W.*, 2002-2003, p. 1421 ; *J.T.*, 2003, p. 683.

Une méthode d'évaluation parfois pratiquée est la rentabilité forfaitaire en pourcentage de la valeur de l'immeuble. Dans un arrêt de la cour d'appel de Liège, celle-ci est fixée à 4 %, compte tenu des frais locatifs, ce d'autant qu'en l'espèce ce taux aboutissait à une valeur locative de 1.000 EUR égale à celle d'un autre immeuble que l'occupant louait dans la même province (Liège, 11 février 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 943 : comp. Liège, 30 juin 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 960 : 5 % de la valeur de l'immeuble).

Le notaire a le pouvoir de *réactualiser* la valeur locative si la procédure se prolonge. Suivant une tendance récente, la cour d'appel de Liège ordonne au notaire de calculer cette valeur de manière dégressive (entre 2012 — date du rapport d'expertise — et 1996), pour que la valeur locative soit, en quelque sorte, indexée comme un véritable loyer et aussi pour éviter de reporter le poids de l'inertie de l'occupant sur le conjoint créancier d'indemnité d'occupation (Liège, 17 novembre 2010 et 24 janvier 2012, précités). Dans une autre affaire, la même cour propose d'indexer la valeur locative par référence à l'indice santé (Liège, 22 octobre 2008, *Act. dr. fam.*, 2010, p. 89, note Ch. DECLERCK et D. PIGNOLET ; *R.G.D.C.*, 2009, p. 414, note Y.-H. LELEU et F. DEGUEL ; *N.F.M.*, 2010, p. 231, note Ch. DECLERCK ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 366, note N. BAUGNIET ; *T. Not.*, 2011, p. 234 ; dans le même sens (indexation) : Bruxelles, 15 mai 2012, *T. Not.*, 2012, 351 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 331 (somm.) ; Bruxelles, 6 septembre 2011, *R.W.*, 2013-2014, p. 740 ; *T. Not.*, 2011, p. 531 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 887 (somm.) ; sans précision de l'indice : Gand, 28 juin 2007, *T. Not.*, 2009, p. 550. Rapp. Mons, 22 mars 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 367, ordonnant aux notaires de réévaluer la valeur locative entre 1991 et 2011 au besoin avec l'aide d'un expert, sans donner de directives).

78. — Meubles (meublants). — À tort la cour d'appel de Liège estime qu'aucune indemnité n'est due pour l'usage exclusif des meubles meublants garnissant le logement indivis entre époux séparés de biens, au motif qu'ils n'auraient pas de valeur locative, et qu'il appartient à celui qui ne veut pas exposer les frais de rachat d'un nouveau mobilier de réclamer ses meubles propres et sa part des meubles indivis lors de la séparation (Liège, 22 avril 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 363).

Ce raisonnement ne saurait être généralisé à tous les meubles, notamment les véhicules (pour une application: Anvers, 22 décembre 2015, *T. Not.*, 2016, p. 162; *D.A.O.R.*, 2016, p. 86 (somm.))(134). En outre, un partage partiel des meubles ne peut s'effectuer que de commun accord et n'est pas toujours possible. Enfin, s'il fallait admettre que le mobilier meublant n'a pas de valeur locative, on ne peut nier qu'il augmente celle de l'immeuble dans un cadre familial. C'est peut-être par ce biais qu'il convient d'intégrer le prix de l'usage exclusif des meubles dans le calcul des indemnités d'occupation.

79. — Compensation avec le devoir de secours. — La Cour de cassation a clarifié les règles d'établissement du compte d'indivision post-communautaire par le notaire ou le juge liquidateur, mettant un terme à la controverse sur l'imputation des sommes dues au titre du devoir de secours sur les revenus de l'indivision post-communautaire, et donc sur l'indemnité d'occupation revenant à la masse indivise.

Un premier arrêt du 18 mai 2009 confirme la *compétence* et l'*obligation* du notaire-liquidateur de qualifier les allocations accordées à un époux pendant l'instance en divorce soit en provisions alimentaires au sens strict, soit en simples avances sur revenus indivis(135). Il enseigne comment le notaire et le juge liquidateur doivent l'exercer: en *imputant* ces allocations sur les revenus indivis de l'allocataire, et en procédant à une *comparaison* chiffrée de celles-ci avec la part de revenus indivis de l'allocataire, suivant la méthode conseillée depuis 1977 par le Professeur Vieujean (136).

(134) Y.-H. LELEU, «Six questions en quête de réponse à propos de l'indivision post-communautaire», *Rev. not. b.*, 2001, p. 678, n° 30.

(135) Cet arrêt complète un arrêt du 27 avril 2001 qui, selon notre interprétation, consacrait déjà cette compétence: Y.-H. LELEU, note sous Cass., 27 avril 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 613. En sens contraire: J.-L. RENCHON, note sous Cass., 27 avril 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 619 et «La jouissance du logement familial après la séparation du couple», in P. DELNOY, Y.-H. LELEU et E. VIEUJEAN (dir.), *Le logement familial*, Bruxelles, Story-Scientia, 1999, p. 188, n° 54 et s.

(136) E. VIEUJEAN, «Observations sur certaines particularités des effets du divorce pour cause déterminée», *Ann. Dr. Liège*, 1977, 540, texte et note 12; *adde*: E. VIEUJEAN, «Divorce et séparation de corps pour cause déterminée en droit civil», in *Le contentieux conjugal*, Liège, Éd. du Jeune Barreau, 1984, pp. 102-104. Dans le même sens, notamment: N. GALLUS, «Mesures provisoires pendant l'instance en divorce et liquidation du régime matrimonial: autonomie ou interférence?», *Div. Act.*, 2006, p. 49; Y.-H. LELEU, «Six questions en quête de réponse à propos de l'indivision post-communautaire», *Rev. not. b.*, 2001, p. 666; S. MOSSELMANS, *Onderhoudsbijdrage tussen echtgenoten in echtscheiding: begroting, aanrekening en woonstvergoeding*, Gand, Larcier, 2007, pp. 82 et s.; G. VAN OOSTERWIJCK, «Civielrechtelijke aspecten van de vereffening-verdeling», in W. PINTENS et F. BUYSSENS (dir.), *Vereffening-verdeling van het huwelijksvermogen*, Anvers, Maklu, 1993, p. 19; J. GERLO, *Huwelijksver-*

Face à une épouse ayant bénéficié seulement d'une allocation provisoirement alimentaire en nature (l'occupation du logement commun), sans complément financier, la Cour de cassation reproche à la cour d'appel de Bruxelles d'avoir décrété l'obligation de paiement d'une indemnité d'occupation sans avoir imputé les allocations provisoirement alimentaires sur les revenus indivis de l'allocataire suivant la méthode arithmétique. Elle motive son arrêt par les considérants suivants : si l'occupation du logement est accordée à titre d'exécution en nature du devoir de secours entre époux, cette occupation « peut donner lieu, suivant les éléments pris en compte par le juge de paix, à l'imputation de la jouissance dont l'époux a bénéficié sur sa part dans les revenus des biens indivis et *au cas où la part de l'époux créancier des aliments dans les revenus indivis excède la jouissance précitée* (137), celle-ci est censée constituer une avance sur sa part ». En conséquence, la cour d'appel ne pouvait pas allouer une indemnité d'occupation au mari en compensation de la jouissance du logement familial dont l'épouse a bénéficié postérieurement à la demande en divorce, mais pouvait tout au plus procéder à l'imputation visée ci-avant (Cass., 18 mai 2009, *Pas.*, 2009, p. 1214; *R.W.*, 2009-2010, p. 1132, avec concl. av. gén. R. MORTIER; *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 1072 (somm.) et 2011, p. 481, note Y.-H. LELEU; *T. Not.*, 2010, p. 279).

La Cour de cassation a confirmé cette jurisprudence dans un second arrêt du 2 février 2012 où elle recommande à nouveau et clairement au notaire ou au juge liquidateur de qualifier définitivement les allocations provisoires octroyées pendant la période d'indivision à l'occupant du logement indivis soit en provisions alimentaires, soit en avances sur revenus indivis, *sans être lié* par les termes des ordonnances provisoires qui peuvent qualifier l'occupation « d'exécution en nature du devoir de secours » (voy. not. Bruxelles, 28 octobre 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 990) ou « de simple mesure d'ordre » (en ce sens : Anvers, 29 avril 2009, *N.F.M.*, 2010, liv. 5-6, p. 152, note J. VERSTRAETE). La Cour précise que la seule circonstance que le juge du provisoire a statué sur les contributions au profit des enfants et sur la contribution à la charge du crédit logement « tenant compte de tous les éléments parmi

mogensrecht, Bruges, die Keure, 2004, pp. 210 et s., n^{os} 391 et s. Comp. : A. SIBIET, note sous Bruxelles, 5 janvier 2006, *N.F.M.*, 2006, p. 309; J. GERLO, « Echtscheiding, onderhoudsgeld en woonstvergoeding — poging tot vereenvoudiging », in *Liber amicorum Christian De Wulf*, Bruges, die Keure, 2003, p. 135.

(137) Nous soulignons.

lesquels le logement des parties, et qu'il a attribué la jouissance exclusive de l'habitation familiale au défendeur», ne prive pas le juge liquidateur du droit de décider que cet époux était redevable d'une récompense (*sic*) pour cette jouissance (Cass., 2 février 2012, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 63; *Pas.*, 2012, p. 243; *R.A.B.G.*, 2012, p. 817, note A. RENIERS; *T. Fam.*, 2012, p. 207, note L. VOET; *T. Not.*, 2012, p. 537, note S. VAN OOSTHUYSE).

Dans un troisième arrêt du 16 novembre 2015, la Cour de cassation réaffirme sa position dans l'hypothèse, moins fréquente, où le logement indivis a été occupé par le conjoint *débiteur* de secours alimentaire. Si les allocations provisoirement alimentaires versées par ce conjoint «excèdent la moitié des revenus indivis à partager entre parties, le *conjoint débiteur* d'aliments qui a joui seul du logement *ne sera redevable d'aucune indemnité d'occupation*, les allocations provisoirement alimentaires constituant une *avance* sur la part du créancier d'aliments dans les revenus indivis». Ici aussi, la Cour de cassation sanctionne le juge d'appel qui n'a pas procédé à l'imputation des allocations provisoirement alimentaires sur la part du créancier dans les revenus indivis. La condamnation du mari débiteur d'aliments au paiement d'une indemnité d'occupation n'est pas justifiée dans la mesure où le secours alimentaire versé à l'épouse durant la procédure en divorce viendrait à excéder la moitié des revenus de l'indivision, d'autant que la capacité contributive du mari avait été appréciée au regard de l'absence de charge de logement dans son chef (Cass., 16 novembre 2015, *R.P.P.*, 2016, p. 163; *T. Not.*, 2017, p. 450; comp. Bruxelles, 15 mai 2012, *T. Not.*, 2012, p. 351; *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 331 (somm.))(138).

Les décisions de fond publiées dans la période commentée, moins nombreuses que par le passé, n'appliquent pas toujours à la lettre ces principes (voy. not. dans un sens pas ou peu compatible avec la jurisprudence précitée: Bruxelles, 9 novembre 2010, *R.G.D.C.*, 2013, p. 508 (se sentant liée par les termes de l'ordonnance de référé); Liège, 5 mai 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1057 (formulation ambiguë selon laquelle le secours alimentaire «ne sera pas revu» lors de la liquidation); Mons, 6 février 2006, *Act. dr. fam.*, 2008, p. 209 (refusant de considérer que l'épouse

(138) Voy. également, sur l'articulation entre indemnité d'occupation et détermination du montant de la pension alimentaire après divorce (art. 301): Cass., 17 septembre 2015, *Pas.*, 2015, p. 2053; *R.A.B.G.*, 2016, p. 307; *R.W.*, 2016-2017, p. 1136, note I.B.; *T. Fam.*, 2017, p. 69.

a reçu des avances sur part de revenus indivis, mais sans avoir procédé au préalable à l'imputation); comp. Liège, 22 avril 2009, *J.L.M.B.*, 2011, p. 361, note Y.-H. L.; *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 955 (qui revoit la qualification des sommes allouées à défaut de précision par le juge du provisoire); dans un sens plus compatible avec la jurisprudence de cassation: Gand, 8 décembre 2016, *T. Not.*, 2017, p. 279; *T.E.P.*, 2017, p. 75; *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 624 (somm.) (qui constate qu'il n'y a pas d'autres fruits de l'indivision post-communautaire que la jouissance du logement); Gand, 30 juin 2016, *R.A.B.G.*, 2017, p. 304, note A. RENIERS; *T. Not.*, 2016, p. 803, note L. WEYTS; *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 623 (somm.) (qui constate que le secours alimentaire reçu par l'épouse et l'occupation gratuite du logement excèdent sa part dans les revenus indivis, de sorte qu'elle n'est pas fondée à réclamer en plus la moitié des loyers versés par la société de l'époux durant la procédure de divorce); Liège, 28 septembre 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 1095, note J.-L. RENCHON (qui précise que l'occupation est accordée à titre précaire, sans préjudice d'une éventuelle indemnité d'occupation); Mons, 22 mars 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 367 (qui considère que le juge de la liquidation doit procéder à la qualification définitive du secours alimentaire, mais ne procède pas à l'imputation préconisée par la Cour de cassation); Civ. Arlon, 3 mars 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1276 (absence d'autorité de la décision de référé sur l'octroi d'une indemnité d'occupation, mais refus de considérer les provisions alimentaires comme des avances sur revenus indivis)).

L'accélération des procédures en divorce (réforme de 2007) et des procédures de liquidation-partage (réforme de 2011) semblait déjà tarir le contentieux. La consolidation de la jurisprudence de la Cour de cassation devrait à présent mettre un terme aux hésitations qui pouvaient subsister.

80. — Imputation des remboursements de l'emprunt hypothécaire commun. — Nous avons soutenu qu'il n'était pas correct, en droit, d'intégrer le remboursement de l'emprunt hypothécaire commun par un seul des époux dans le compte d'indivision par analogie avec les frais de logement. Le remboursement de l'emprunt relatif à l'immeuble indivis dégrève le capital; il concerne la masse à partager et non les revenus de l'indivision. Dans la pureté des principes, une injonction provisoire de paiement de l'emprunt

par un époux après la dissolution du régime n'exclut donc pas le recours de cet époux à concurrence de moitié (139).

La thèse inverse, de la prise en compte alimentaire des charges d'emprunt hypothécaire, est pourtant très répandue au provisoire et présente de sérieux avantages pratiques parce que la charge de l'emprunt est généralement le seul passif important du couple et impacte leur niveau de vie à maintenir autant que possible. Il faudra s'y rallier car la Cour de cassation, dans l'arrêt du 2 février 2012 commenté ci-dessus, a implicitement tranché cette controverse et traité de la même manière le remboursement d'un emprunt pendant l'indivision par un époux et l'occupation du logement sans charges par l'autre époux. Elle considère qu'il s'agit de mesures de répartition de la contribution au devoir de secours entre époux pendant cette période, mesures qui ne lient pas le juge liquidateur quant à leur qualification alimentaire ou d'avance sur revenus indivis (Cass., 2 février 2012, précité, *supra*, n° 79).

La cour d'appel de Gand retient cette qualification alimentaire dans un arrêt du 8 décembre 2016, estimant qu'aucune récupération n'est possible pour l'époux condamné au provisoire (art. 1280 anc. C. jud.) à assumer les 3/5^e de l'emprunt afférent au logement familial indivis occupé par son épouse. En l'espèce, la répartition de la charge de l'emprunt ainsi que l'occupation de l'immeuble avaient été ordonnées par le juge des référés à titre de secours alimentaire, rejetant la demande d'allocation alimentaire de l'épouse pour le surplus. Après que le divorce est passé en force de chose jugée, la charge de l'emprunt incombe en revanche à chaque époux à concurrence de moitié (Gand, 8 décembre 2016, *T. Not.*, 2017, p. 279; *T.E.P.*, 2017, p. 75; *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 624 (somm.); voy. également en séparation de biens: Gand, 21 mai 2015, *T. Fam.*, 2015, p. 162, note P. SENAËVE; *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 126 (somm.)).

Le remboursement de l'emprunt hypothécaire commun durant l'instance en divorce n'aura pas toujours une dimension alimentaire. Ainsi, la cour d'appel de Bruxelles rejette la demande d'un mari visant à ce que les remboursements de l'emprunt hypothécaire assumés par l'épouse seule soient considérés comme effectués «à titre de secours alimentaire», car il ne démontrait pas être dans les conditions pour obtenir un tel secours. L'on regrette

(139) Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 242, n° 230.

qu'elle ait ajouté que la qualification « alimentaire » empêcherait le recours de l'épouse lors de la liquidation, car cette qualification ne lie jamais le notaire ou le juge liquidateur (Bruxelles, 15 avril 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 853).

Comme l'occupation gratuite du logement, la prise en charge des remboursements de l'emprunt hypothécaire peut donc faire partie du « package alimentaire » décidé par le juge du provisoire. Il appartiendra au notaire ou au juge liquidateur de déterminer, au regard des revenus de l'indivision, si cette qualification « alimentaire » doit être maintenue ou s'il s'agissait d'une avance sur revenus indivis. À nouveau, la portée pratique de ces discussions peut être relativisée suite à la réforme du divorce, car la qualification « alimentaire » éventuelle ne vaut que pour la période où subsiste un devoir de secours entre époux.

81. — Présence d'enfants dans le logement indivis. —

Certains auteurs recommandent d'intégrer la charge de l'entretien des enfants par l'occupant de l'immeuble indivis dans le compte d'indivision, pour réduire à due concurrence ses charges d'occupation, au motif qu'il aurait exposé des frais supplémentaires ou n'aurait pu occuper un logement plus modeste (140). Ce raisonnement combine des éléments hétérogènes (141) : le compte d'indivision liquide des relations patrimoniales entre conjoints, tandis que l'entretien des enfants génère des créances entre parents (art. 203) ; ce devoir est durable, affecté ni par le divorce ni par le partage (art. 302), alors que l'occupation du logement commun est provisoire. Cela dit, il est difficile de condamner cette tendance fondée sur l'équité. La Cour de cassation l'a d'ailleurs implicitement validée, considérant, dans un premier arrêt, que le pouvoir d'appréciation du juge du fond l'autorise à décider que l'indemnité due par l'époux occupant ne sera pas affectée par l'occupation concomitante de l'immeuble par le fils des parties (Cass., 30 septembre 2005, *Pas.*, 2005, p. 1776 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1283) et, dans un second arrêt, qu'en fonction des circonstances de la cause, en l'espèce l'hébergement des enfants dans le logement indivis, l'indemnité d'occupation ne sera pas nécessairement égale à la moitié de la valeur locative (Cass., 24 novembre 2016, *J.T.*, 2017, p. 351 ; *T. Not.*, 2017, p. 498 (somm.)). Ce pouvoir modérateur

(140) En ce sens, not. : Ph. DE PAGE, « Problème de liquidation et partage entre ex-époux », *R.G.D.C.*, 1995, p. 359, n° 14 et *Le régime matrimonial*, op. cit., p. 221, n° 184.

(141) Dans le même sens : S. MOSSELMANS, *Onderhoudsbijdrage tussen echtgenoten in echtscheiding: begroting, aanrekening en woonstvergoeding*, Gand, Larcier, 2007, pp. 95 et s.

ne peut être reconnu qu'au notaire ou au juge de la liquidation (*supra*, n° 79).

La cour d'appel de Liège s'inscrit dans cette tendance et réduit « pour être équitable » à concurrence de 1/8^e l'indemnité d'occupation due par l'ex-mari qui a résidé 7 ans dans le logement indivis (séparation de biens), au motif que celui-ci avait la charge de trois des quatre enfants du couple. En droit, la cour se rallie à la position de M. De Page, selon lequel il convient de calculer la part due par chaque époux aux frais qu'entraîne l'obligation parentale de fournir un logement aux enfants; ce huitième d'indemnité d'occupation serait ainsi la contribution de l'épouse dans cette charge (Liège, 16 décembre 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 968; dans le même sens, mais moins aboutis quant à la détermination de la valeur de l'occupation par les enfants: Bruxelles, 25 novembre 2010, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 8, note T. VAN HALTEREN; Liège, 22 avril 2009, *J.L.M.B.*, 2011, p. 361, note Y.-H. L.; *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 955; Liège, 22 octobre 2008, *Act. dr. fam.*, 2010, p. 89, note Ch. DECLERCK et D. PIGNOLET; *R.G.D.C.*, 2009, p. 414, note Y.-H. LELEU et F. DEGUEL; *N.F.M.*, 2010, p. 231, note Ch. DECLERCK; *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 366, note N. BAUGNIET; *T. Not.*, 2011, p. 234. Comp.: Liège, 30 juin 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 960, qui procède de manière critiquable à un nouveau calcul alimentaire qui excède manifestement sa compétence au stade de la liquidation).

La cour d'appel de Gand adhère quant à elle à la ligne stricte et refuse d'adapter l'indemnité d'occupation pour la période de 3 ans et demi pendant laquelle le plus jeune enfant du couple a habité avec sa mère dans l'immeuble indivis. À juste titre en théorie, la cour considère que les contributions alimentaires pour les enfants, qui normalement doivent permettre de supporter les frais de logement (supplémentaires) liés à leur hébergement, doivent être décidées séparément du compte d'indivision (Gand, 28 juin 2007, *T. Not.*, 2009, p. 550; dans le même sens: Gand, 19 janvier 2017, *T.E.P.*, 2017, p. 147; *T. Not.*, 2017, p. 278 (somm.); *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 625 (somm.)).

82. — Avance ordonnée à titre provisionnel avant le partage définitif. — La préoccupation des juges de ne pas faire souffrir un ex-conjoint de l'inertie de l'occupant du logement est une évolution appréciable de la période commentée. L'autre conjoint cumule souvent les faiblesses économiques, notamment

en raison de ses propres frais de logement. Suivant une tendance jurisprudentielle récente, l'ex-conjoint de l'occupant peut demander au juge, à titre provisionnel, sur la base de l'article 19, alinéa 3, du Code judiciaire, la condamnation de l'occupant à lui payer une «indemnité d'occupation»(142). Cette décision est de nature provisionnelle, surtout lorsqu'elle est prise par le juge du divorce. Elle peut l'être aussi par le juge liquidateur, qui peut être exceptionnellement saisi directement par les parties comme pour l'octroi d'une avance sur part de communauté (*infra*, n° 108), car il ne s'agit pas d'une décision de partage définitive(143). Le notaire ne peut procéder à un partage partiel ou octroyer une avance sur part de communauté que de l'accord des parties.

Ainsi en décide la cour d'appel de Bruxelles, pour des raisons d'équité, au profit de l'ex-mari, dont l'épouse occupe la maison commune depuis 2006, alors que la cause en liquidation-partage ne pourra être plaidée qu'au plus tôt fin 2011 (sans préjudice de la durée de la suite des opérations devant le notaire liquidateur). Elle condamne l'épouse au paiement d'une somme mensuelle de 500 euros, sans préciser si ce montant est une minoration de la valeur locative du bien ou de la moitié de celle-ci. La Cour refuse par contre la condamnation compensatoire du mari au paiement d'intérêts provisionnels sur un portefeuille de titres indivis qu'il détient, à défaut d'informations suffisantes (Bruxelles, 25 novembre 2010, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 8, note T. VAN HALTEREN. Dans le même sens: Bruxelles, 17 novembre 2011, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 159; *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 1014 (en union libre); Civ. Gand, 9 janvier 2009, *J.J.P.*, 2010, p. 207; Civ. Nivelles, 23 juin 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 888).

Ces décisions motiveront les occupants «provisoirement sans charges» à accepter un règlement diligent de la liquidation. Rien ne justifie toutefois de condamner l'occupant à verser la totalité de la valeur locative à titre provisionnel à l'autre conjoint. Un paiement décidé par le juge du fond (du divorce ou de la liquidation) est un partage provisionnel qui ne doit remplir l'autre indivisaire que de ses droits, soit au plus la moitié de la valeur locative.

(142) Plus exactement un «loyer provisoire», car en droit l'occupant ne doit l'indemnité d'occupation qu'à la masse indivise.

(143) J. DU MONGH, note sous Bruxelles, 6 décembre 2011, *T. Fam.*, 2012, p. 165, n° 6; *contra*: L. ROUSSEAU, «Apport au patrimoine commun et avance sur part de communauté: deux modalités originales», *J.L.M.B.*, 2011, p. 377.

83. — Partage provisionnel des loyers indivis. — À bien distinguer de la déduction d'une indemnité d'occupation provisionnelle, et aussi d'une avance sur part de communauté (*infra*, n° 108), on rencontre des cas où le juge octroie à un époux une part des revenus locatifs d'un *autre immeuble* que le logement familial. La cour d'appel de Liège, statuant en appel de référé sur la base de l'ancien article 1280 du Code judiciaire, ajoute ainsi une « avance » sur revenus « communs » (plus exactement « indivis ») à la provision alimentaire due par le mari pendant l'instance en divorce. Le mari percevait en l'espèce les revenus locatifs d'immeubles du couple (1.400 euros) et occupait exclusivement le logement familial (valeur locative non précisée). Il doit ajouter au secours alimentaire de 200 euros, une somme de 400 euros à titre d'avance sur revenus communs (Liège, 5 mai 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 105 ; dans le même sens : Liège, 11 février 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 943). Cette décision procède à une allocation provisoire entre époux des revenus de l'indivision post-communautaire, conseillée par la doctrine pour approcher une répartition idéale, par moitié, de nature à réduire les besoins alimentaires provisoires (144). Il faut l'approuver, mais ne pas en déduire que ces répartitions sont définitives (*supra*, n° 79).

84. — Prescription. — L'indemnité d'occupation n'est pas un « loyer » prescriptible par 5 ans en vertu de l'article 2277 du Code civil (145). Elle ne présente pas le caractère de périodicité exigé par cette disposition, même si elle est calculée sur une base mensuelle, « car l'objet de la demande consiste dans le paiement d'une indemnité relative à une occupation sans titre ni droit qui est évaluée par le juge » (C. const., 10 mars 2016, *R.W.*, 2015-2016, p. 1359 et p. 1664 ; *R.P.P.*, 2016, p. 171, note M. VAN MOLLE ; *R.D.J.P.*, 2016, p. 176 ; dans le même sens : Mons, 6 février 2006, *Act. dr. fam.*, 2008, p. 209). La prescription est donc de 10 ans à dater de l'exigibilité de la dette, c'est-à-dire au jour du partage. La prescription quinquennale s'applique en revanche aux intérêts dus sur l'indemnité d'occupation, qui ne sont pas régis par l'article 1436 (Liège, 21 décembre 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1150).

(144) J.-L. RENCHON, « La jouissance du logement familial après la séparation du couple », in P. DELNOY, Y.-H. LELEU et E. VIEUJEAN (dir.), *Le logement familial*, Bruxelles, Story-Scientia, 1999, pp. 168 et s.

(145) Cass., 16 novembre 2001, *Rev. not. b.*, 2002, p. 307, concl. M.P. ; Y.-H. LELEU, « Six questions en quête de réponse à propos de l'indivision post-communautaire », *Rev. not. b.*, 2001, p. 666.

85. — Intérêts. — L'indemnité d'occupation prend cours à la dissolution du mariage et est exigible au jour du partage. Elle produit des intérêts, moyennant mise en demeure, à partir de ce jour et non à partir de la demande en divorce. Leur régime est différent des intérêts sur récompense (art. 1436), comme le rappelle la cour d'appel de Bruxelles (Bruxelles, 15 mai 2012, *T. Not.*, 2012, 351; *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 331 (somm.); Bruxelles, 9 novembre 2010, *R.G.D.C.*, 2013, p. 508; dans le même sens: Anvers, 29 avril 2009, *N.F.M.*, 2010, p. 152, note J. VERS-TRAETE).

Exceptionnellement une mise en demeure est adressée à l'occupant avant la demande en divorce. La cour d'appel de Liège précise dans ce cas, vu la longue période de débiton d'une indemnité d'occupation (7 ans), que les intérêts se calculeront «selon une date moyenne» fixée par elle (Liège, 16 décembre 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 968).

La cour d'appel de Liège juge la débiton d'intérêts conditionnée par une mise en demeure trop complaisante pour l'époux qui fait preuve d'inertie, surtout s'il occupe l'immeuble indivis: l'indemnité d'occupation est trop proche d'un loyer «dû au mois le mois» pour que le cours des intérêts soit suspendu à l'issue de toutes les opérations s'il n'y a pas eu de mise en demeure préalable. Cependant, à l'ex-épouse qui réclame immédiatement le paiement de ces intérêts, la cour oppose que l'ex-mari supporte de son côté les intérêts sur le remboursement des mensualités d'emprunt hypothécaire qu'il paie seul. Elle préconise par conséquent l'intégration de ces deux postes dans le compte d'indivision, leur compensation, et le calcul d'intérêts sur le solde subsistant (Liège, 17 novembre 2010 et 24 janvier 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 1083; dans le même sens: Liège, 16 décembre 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 968).

C. — COMPTES DE RÉCOMPENSES

1. — Article 1432 — Récompense due par le patrimoine propre

86. — Principes. Charge de la preuve. — Il est dû récompense par le patrimoine propre d'un époux au patrimoine commun lorsque des «sommes ont été prélevées» dans celui-ci pour payer une dette propre ou lorsque cet époux «a tiré un profit personnel» du patrimoine commun (art. 1432).

L'époux qui demande une récompense au profit de la communauté n'a pas à prouver que l'accroissement du patrimoine propre de son conjoint a été financé au moyen de fonds communs. En vertu de la qualification commune résiduaire des fonds (art. 1405, 4°), il appartient à l'époux qui conteste la récompense de démontrer que l'accroissement de son patrimoine propre a été réalisé avec ses fonds propres, qu'il identifie (146). Il ne suffit donc pas que l'époux débiteur démontre que la communauté ne disposait pas des moyens financiers nécessaires, sans prouver de quelle manière il a financé l'accroissement de son patrimoine propre (Cass., 18 mars 2011, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 65, note D. PIGNOLET; *J.T.*, 2011, p. 725, note I. SCHUERMAN et A.-L. VERBEKE; *Pas.*, 2011, p. 844; *Rev. not. b.*, 2011, p. 887, note Y.-H. LELEU et J. LARUELLE; *T. Fam.*, 2011, liv. 8, p. 193, note K. BOONE. Pour une application : Anvers, 22 décembre 2015, *T. Not.*, 2016, p. 162; *D.A.O.R.*, 2016, p. 86 (somm.); Bruxelles, 8 octobre 2013, *T. Fam.*, 2014, p. 159, note J. DU MONGH; Civ. Namur, 23 octobre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 825, note J.-L. RENCHON).

87. — Principes. Transfert patrimonial survenu durant le régime entre les patrimoines propres et communs. —

Les récompenses rééquilibrent les transferts survenus entre patrimoines propre et commun pendant le régime matrimonial. Lorsque des époux ont stipulé un droit de superficie, au profit du patrimoine commun, sur un terrain propre de l'époux et convenu que ce droit prendrait fin en cas de divorce, à charge pour ce dernier d'indemniser son épouse à concurrence de la moitié de la valeur des constructions érigées, l'indemnité ne suit pas le régime des articles 1432, 1435 et 1436 du Code civil. Elle ne peut en effet s'analyser comme une récompense dès lors que le transfert de richesses de la communauté vers le patrimoine propre de l'époux n'a lieu qu'au moment du divorce, quand le droit de superficie prend fin (Bruxelles, 9 novembre 2010, *R.G.D.C.*, 2013, p. 508) (147).

De même, il ne saurait être question de récompense si ce transfert est intervenu entre le patrimoine commun et le patrimoine d'un

(146) Dans le même sens : Gand, 27 juin 2002, *T. Not.*, 2003, p. 231; *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 790 (somm.); Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 195, n° 165; Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1996-2005). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2007, p. 119, n° 77.

(147) Sur la question de la constitution d'un droit de superficie à titre gratuit et sa révocation : *infra*, n° 120.

tiers. Ainsi, le financement par le patrimoine commun de la réfection de la toiture d'un immeuble appartenant au père de l'épouse ne donne pas lieu à récompense, mais tout au plus à créance (sur la base de l'enrichissement sans cause à défaut de convention), et ce même si l'épouse hérite ultérieurement de l'immeuble par testament. La nature des patrimoines appauvri et enrichi s'apprécie au jour du transfert de richesses (Civ. Namur, 23 octobre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 825, note J.-L. RENCHON).

88. — Cause de récompense. Remboursement d'emprunt contracté pour l'acquisition ou l'amélioration d'un bien propre. — Une cause fréquente de récompense est le remboursement d'un emprunt contracté par les deux époux pour l'acquisition ou la rénovation, durant le mariage, d'un bien propre à l'un d'eux (art. 1432). La récompense est due même si l'emprunt a permis de financer des travaux dans un immeuble propre qui sert au logement (principal) de la famille, car la jouissance et les revenus d'un bien propre sont une valeur commune (art. 1405, 2°) (Gand, 1^{er} juin 2017, *T. Not.*, 2017, p. 891)(148). C'est donc à tort que la cour d'appel de Bruxelles a conclu à l'absence de récompense, dans un arrêt du 2 décembre 2008, au motif que l'appauvrissement de la communauté en raison du remboursement de l'emprunt conjoint contracté pour la réalisation de travaux d'aménagement d'un immeuble propre (en nue-propriété) à l'épouse était inférieur à l'économie réalisée par elle en termes de loyers (Bruxelles, 2 décembre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 558, note (critique) N. BAUGNIET).

Une importante controverse a surgi sur la question de savoir si la cause d'une telle récompense est *l'affectation du capital* commun emprunté au profit du patrimoine propre(149) ou *le remboursement* (en capital) par la communauté des mensualités de l'emprunt durant le mariage en raison du caractère contributoirement propre de la dette(150). L'intérêt pratique de la discussion

(148) Dans le même sens : Gand, 27 juin 2002, précité.

(149) Pour plus de détails : J. LARUELLE, « Précisions sur le montant de la récompense en cas de remboursement d'emprunt », note sous Cass., 28 novembre 2013, *Rev. not. b.*, 2015, pp. 67 et s. ; Y.-H. LELEU, « Liquidation des créances et récompenses au titre d'investissements immobiliers », in H. CASMAN, Y.-H. LELEU et A. VERBEKE (dir.), *Le droit patrimonial de la famille sans préjugés. I. Le droit des régimes matrimoniaux en pratique*, Malines, Kluwer, 2002, p. 69, n^{os} 43-44.

(150) En ce sens : E. BEGUIN, « Le passif », in Y.-H. LELEU et L. RAUCENT (dir.), *Les régimes matrimoniaux. 3. Le régime légal*, *Rép. Not.*, t. V/II, Bruxelles, Larcier, 2001, n^o 796, pp. 803 et 812 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 135, n^o 118.

est non négligeable, car en cas de plus-value importante réalisée par le bien propre, la revalorisation (art. 1435 — *infra*, n° 94) au profit du patrimoine commun sera nettement plus avantageuse si la récompense est octroyée pour l'intégralité du capital emprunté que pour les seuls remboursements effectués pendant le régime.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 28 novembre 2013, estime que lorsque deux époux contractent ensemble un emprunt pour l'acquisition, la conservation ou l'amélioration d'un bien propre, seuls les *remboursements effectifs* de cet emprunt par le patrimoine commun durant le régime donnent lieu à récompense en application des articles 1432 et 1435. Ainsi, lorsque le patrimoine commun ne rembourse pas la totalité de l'emprunt contracté pour le financement d'un bien propre, son appauvrissement n'est pas l'intégralité du capital emprunté, mais le capital remboursé (Cass., 28 novembre 2013, *Rev. not. b.*, 2015, p. 65, note J. LARUELLE; *T. Not.*, 2014, p. 464; *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 810, note J.-L. RENCHON). Cette jurisprudence est dans la ligne de ses arrêts concernant la revalorisation de la récompense dans un même contexte de remboursement d'un emprunt (art. 1435 — *infra*, n° 95). Dans l'affaire qui lui était soumise, l'épouse propriétaire de l'immeuble avait repris les prêts conjoints à son nom après la séparation et poursuivi seule les remboursements. L'appauvrissement du patrimoine commun, d'un point de vue économique, se limitait donc aux remboursements en capital effectués durant le régime (151) (dans le même sens : Liège, 10 janvier 2007 et 13 juin 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 569, note J.-L. RENCHON. Comp. : Civ. Namur, 23 octobre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 825, note J.-L. RENCHON).

89. — Cause de récompense. Industrie personnelle (époux bricoleur). — L'octroi d'une récompense a pu être contesté lorsque ce ne sont pas des fonds communs qui ont permis l'amélioration d'un bien propre, mais un travail matériel accompli par un époux. Il est traditionnellement enseigné que la force de travail des époux est une valeur commune, susceptible de générer une récompense lorsqu'elle est mobilisée au profit d'un patrimoine propre. La Cour de cassation a posé les premières bases de l'octroi d'une récompense dans un tel contexte dans deux arrêts

(151) Sur les questions suscitées par cet arrêt, notamment sur le plan de la qualification du solde éventuel de la dette d'emprunt : J. LARUELLE, « Précisions sur le montant de la récompense en cas de remboursement d'emprunt », note sous Cass., 28 novembre 2013, *Rev. not. b.*, 2015, pp. 67 et s.

des 5 septembre 2013 et 30 janvier 2014: il n'y a pas matière à récompense si le travail entre dans le cadre de la contribution aux charges du mariage (art. 221 C. civ.); s'il excède ce cadre, une récompense est due, mais à condition que le patrimoine commun ait été «privé de revenus» (Cass., 5 septembre 2013, *N.F.M.*, 2014, p. 136; *R.G.D.C.*, 2014, p. 202, note N. TORFS; *Rev. not. b.*, 2014, p. 748, obs. Y.-H. LELEU; *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 368, note L. SAUVEUR; *T. Fam.*, 2016, p. 56, note J. DU MONGH et Cass., 30 janvier 2014, *N.F.M.*, 2014, p. 138; *R.A.B.G.*, 2014, p. 1037; *T. Not.*, 2014, p. 468; *T. Fam.*, 2016, p. 57, note J. DU MONGH).

La Cour retient à juste titre une première condition d'*excès contributif aux charges du mariage* comme élément déclencheur d'une indemnisation. Est excessive toute contribution aux charges du mariage qui dépasse les «facultés» contributives des époux, lesquelles comprennent leurs revenus professionnels et du capital, mais aussi leur temps et leur énergie collaborative. En règle (152), des travaux de conservation et d'entretien ne dépassent pas le cadre des charges du mariage, surtout s'il s'agit d'un bien indivis, au contraire de ceux d'amélioration, surtout d'un bien propre. Cette condition matérialise l'enrichissement *du patrimoine propre*, qui a bénéficié d'un surcroît d'attention non légalement obligée.

La seconde condition — une *privation de revenus* («*inkomsten heeft moeten derven*») — laisse perplexe car s'il est nécessaire, en droit, que le patrimoine commun se soit appauvri (153), il importe peu, à notre avis, qu'il l'ait été autrement que par une privation de revenus. Il n'existe donc pas de raison théorique de limiter à cette seule hypothèse la condition d'appauvrissement déduite de l'article 1432 du Code civil (154). Cette condition exigée par la Cour de cassation aura sans doute pour conséquence de réduire les cas de récompenses aux seules hypothèses où un *professionnel* du travail en cause a perdu des revenus professionnels en désorientant une

(152) Y.-H. LELEU et Ph. DE PAGE, «Les collaborations non rémunérées entre époux : solutions contractuelles et judiciaires», in *Travail et relation, Congrès des Notaires 2013*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 69-73, n° 44.

(153) En ce sens : Y.-H. LELEU, «Les régimes matrimoniaux – Examen de jurisprudence (1997-2005)», *R.C.J.B.*, 2007, p. 115, n° 76; J.-P. MIGNON, «Les comptes de récompenses dans la pratique», dans *La liquidation-partage*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 128; N. TORFS, «Gratis werken toch niet gratis», note sous Liège, 16 janvier 2002, *R.G.D.C.*, 2004, p. 333.

(154) Dans le même sens : L. SAUVEUR, note sous Cass., 5 septembre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 380, n° 6; *contra* : J.-L. RENCHON, «Quelques problématiques des liquidations et partages», in *États généraux du droit de la famille*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 188, n° 48.

part de son énergie au profit de propres (ex. : une prise de jours de congé sans solde pour réaliser les travaux).

Dans un troisième arrêt du 29 juin 2017, la Cour de cassation pousse encore plus loin sa motivation et estime que «sont propres à chacun des époux mariés sous le régime légal sa force de travail personnelle et la valeur qui la représente», et que l'article 221 n'implique pas qu'un conjoint, pour autant qu'il satisfasse à l'obligation de contribution aux charges du mariage, «n'aurait pas la libre disposition de sa force de travail, qu'il devrait consacrer toute entière à la production de revenus ayant un caractère commun». Elle ajoute que «l'enrichissement que procure à son patrimoine propre l'industrie que lui consacre un conjoint en dehors d'une relation professionnelle, auquel ne correspond, partant, aucun appauvrissement du patrimoine commun, ne saurait donner lieu à une récompense» (Cass., 29 juin 2017, R.G. n° C.13.0376.F, inédit). Dans cette affaire, la cour d'appel de Liège avait octroyé une récompense au patrimoine commun pour la force de travail déployée par l'époux dans la réalisation de travaux à deux immeubles propres (construction d'un garage et pose de klinkers pour le premier immeuble; construction de la quasi-totalité du second immeuble) et désigné un expert pour évaluer le prix de la main-d'œuvre. Anticipant la jurisprudence de la Cour de cassation, l'arrêt identifiait une perte de revenus, à tout le moins potentielle, — et donc un appauvrissement — dans le chef du patrimoine commun, l'époux exerçant en l'espèce une activité complémentaire dans le secteur de la construction (Liège, 28 novembre 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 372, note L. SAUVEUR). Ce raisonnement est sanctionné par la Cour de cassation : puisque la cour d'appel a constaté, d'une part, que les travaux de l'époux dans ses immeubles propres ont été réalisés durant ses temps de loisirs et, d'autre part, qu'il avait satisfait à son obligation de contribution aux charges, elle ne pouvait octroyer une récompense au patrimoine commun pour l'appauvrissement en raison du temps passé à exécuter des travaux à ses biens propres plutôt qu'au profit de tiers.

Ce troisième arrêt précise un peu plus la condition de perte de revenus communs. Celle-ci n'est pas rencontrée lorsque l'époux «bricoleur» a déployé son industrie personnelle durant son temps de loisir, «en dehors d'une relation professionnelle», et lorsqu'il a par ailleurs contribué aux charges du mariage en proportion de ses facultés. Le critère du temps de loisir retenu par la Cour, par opposition au temps consacré à l'activité professionnelle, semble

difficile à manier dans le cas d'époux exerçant leur activité sous le statut d'indépendant (complémentaire). Cette jurisprudence met fin, à notre avis, aux récompenses pour « bricolage » dans un bien propre, car cette industrie ne se déploiera vraisemblablement jamais dans le cadre d'une relation professionnelle.

Pour le surplus, l'on regrettera que la Cour ait entamé son raisonnement en affirmant, à l'appui des articles 1401 et 1405 du Code civil, que la « force de travail personnelle », ainsi que la « valeur qui la représente », sont propres à chaque époux. Nous ne trouvons pas dans l'article 1401 de base légale à la qualification de propre de la force de travail, encore moins de la valeur qui la représente. L'on pourrait en revanche rapprocher le raisonnement de la Cour de sa jurisprudence en matière d'indemnité en réparation d'un préjudice corporel et moral (art. 1401, 3°), qui qualifie de propres ces indemnités dans leur intégralité en raison de l'atteinte à « l'aptitude à produire des revenus » (*supra*, n° 25). Faut-il en déduire que toute « production » (ex : réalisation d'une œuvre, confection d'un meuble, ...) d'un époux sur son temps libre et en dehors d'un cadre professionnel doit recevoir la qualification de propre ? Nous en doutons compte tenu de la qualification résiduaire de communs et des directives d'interprétations des dispositions de qualification de propres. Poussé à l'extrême, le raisonnement de la Cour de cassation pourrait conduire à octroyer une récompense au patrimoine propre d'un époux ayant déployé sa force de travail personnelle au profit du patrimoine commun en dehors ou en sus de sa contribution aux charges du mariage. Nous ne pensons pas que telle était l'intention de la Cour.

2. — *Article 1433 — Récompense due en réparation
d'un préjudice commun*

90. — Cause de récompense. Retrait d'argent (pendant la séparation de fait). — Rares en jurisprudence sont les cas d'application de l'article 1433 du Code civil, qui octroie une récompense au patrimoine commun en raison « du préjudice qu'il a subi en conséquence d'un des actes énumérés à l'article 1422 ». Cette disposition sanctionne un acte fautif de gestion commis par un époux sans avoir à démontrer l'enrichissement de son patrimoine. Elle constitue, à notre avis, une réponse adéquate à la problématique des retraits de fonds communs par un époux peu de temps avant l'introduction de la procédure en divorce. Ainsi, l'époux qui

n'aurait pas sollicité l'annulation de l'acte pour contrariété aux intérêts de la famille (*supra*, n° 63) pourrait, lors des opérations de liquidation de la communauté, postuler l'octroi d'une récompense à concurrence du préjudice subi par le patrimoine commun (155). La cour d'appel de Mons applique cette solution, après avoir rappelé que de tels retraits ne peuvent être sanctionnés par une présomption que ces fonds sont toujours présents dans le patrimoine commun (156). Le recel matrimonial (art. 1448) ne pourrait davantage être invoqué lorsque l'époux ayant effectué le retrait reconnaît la disparition de la somme revendiquée. La cour renvoie les parties devant les notaires liquidateurs afin qu'il soit déterminé si la somme retirée a été utilisée sans fraude des droits de l'épouse comme le prétend le mari (Mons, 26 novembre 2013, inédit, 2012/RG/13).

Un arrêt du 16 avril 2015 de la cour d'appel de Gand offre une autre application de l'article 1433 du Code civil à la problématique des retraits de fonds contraires aux intérêts de la famille, cette fois en dehors d'un contexte de séparation. Dans cette affaire, l'épouse s'était rendue coupable de plusieurs retraits et détournements d'argent commun au profit de tiers (et avait été condamnée pénalement pour des infractions de faux en écriture et tentative d'empoisonnement sur son mari). La cour estime que l'époux est fondé à réclamer une récompense au profit du patrimoine commun pour ces détournements, même s'il n'a pas sollicité la nullité de ces actes et même si le patrimoine commun dispose de possibilités d'action contre les tiers bénéficiaires. Le fait que l'époux ait eu connaissance de certains de ces retraits ne signifie pas qu'il connaissait leur destination frauduleuse. L'épouse se voit en outre appliquer la sanction du recel de communauté (*infra*, n° 110) et est privée de sa part dans la récompense au profit du patrimoine commun (Gand, 16 avril 2015, *T. Not.*, 2016, p. 714; *R.D.J.P.*, 2016, p. 159).

Dans une autre affaire soumise au tribunal de première instance d'Arlon, c'est l'article 1433 du Code civil qui aurait dû être préféré à l'article 1432 comme base légale de réparation du préjudice commun résultant des divers retraits effectués par le mari durant

(155) Voy. aussi : F. BUYSSENS, « Wegmaking door een echtgenoot van gemeenschappelijke tegoeden *in tempore non suspecto* », in W. PINTENS, J. DU MONGH et Ch. DECLERCK (dir.), *Patrimonium 2009*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 201, n° 13-14 ; S. LOUIS, « Retraits de fonds communs avant une demande en divorce : des solutions existent », *Rev. not. b.*, 2010, pp. 327-328, n° 9.

(156) Elle respecte en cela la jurisprudence précitée de la Cour de cassation (*supra*, n° 58).

la séparation de fait (Civ. Arlon, 3 mars 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1276). La demanderesse n'avait vraisemblablement pas soulevé ce moyen, ce qui a conduit le tribunal à accorder une récompense à la communauté sur la base de l'article 1432 du Code civil. Bien que cette solution (peu motivée) semble dictée par un souci d'équité, elle est contraire au droit des récompenses car l'appauvrissement de la communauté au profit du patrimoine propre de l'époux n'était pas établi en l'espèce, l'affectation des fonds retirés n'étant pas précisée.

91. — Cause de récompense. Cession à titre gratuit de parts de société communes. — Un jugement du 23 avril 2014 du tribunal de première instance de Namur offre une autre application de l'article 1433 à un acte de gestion contraire aux intérêts de la famille (art. 1415). En l'espèce, le mari avait cédé à titre gratuit à son frère l'ensemble des parts d'une société constituée pendant le mariage, qui constituait donc une valeur commune, en conservant par devers lui le bénéfice retiré. À juste titre, le tribunal rejette la thèse des parties consistant à inscrire la valeur des parts cédées à l'actif commun et estime que l'acte contraire aux intérêts de la famille et aux droits de l'autre époux engendre, à défaut d'annulation, une récompense au profit du patrimoine commun. La récompense doit être égale à la valeur des parts sociales aliénées, avec intérêts depuis la citation en divorce. La réouverture des débats est ordonnée quant à la date à laquelle les parts doivent être évaluées (Civ. Namur., 23 avril 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 983 ; *Rev. not. b.*, 2016, p. 70).

3. — Article 1434 — Récompense due par la communauté

92. — Cause de récompense. Entrée des fonds en communauté. — En vertu de l'article 1434 du Code civil, il est dû récompense à un patrimoine propre à concurrence des fonds propres ou provenant de l'aliénation d'un bien propre qui sont « entrés » dans le patrimoine commun et généralement toutes les fois que le patrimoine commun a « tiré profit » des biens propres d'un époux. La doctrine et la jurisprudence récentes⁽¹⁵⁷⁾

(157) Voy. not. la jurisprudence citée in Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997 à 2005). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2007, pp. 117-118, n° 77. Dans le même sens : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 251, n° 236 ; K. BOONE, « Art. 1432-1434 B.W. », in J. GERLO, A. HEYVAERT et P. SENAËVE (dir.), *Personen- en familie-*

dispensent généralement l'époux demandeur de récompense de la preuve d'un profit pour le patrimoine commun lorsqu'il est prouvé que des fonds propres y sont « entrés ». Cette jurisprudence pallie l'iniquité qui consiste à refuser d'inscrire la récompense lorsque des fonds propres sont manifestement dépensés, sans profit identifiable, dans l'intérêt des deux époux. Cette thèse a été consacrée par la Cour de cassation qui estime que « le patrimoine commun est redevable d'une récompense chaque fois que des fonds propres y sont entrés », ce qui est selon elle le cas, sauf preuve contraire, lorsque des fonds propres ont été versés sur un compte commun. En refusant la récompense au motif que l'épouse ne prouvait pas que la communauté avait tiré profit des sommes en question, les juges d'appel n'ont pas légalement justifié leur décision (Cass., 21 janvier 2011, *Pas.*, 2011, p. 246; *R.A.B.G.*, 2011, p. 946, note A. RENIERS; *Act. dr. fam.*, 2012, p. 62; *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2011, p. 328; *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 962 (somm.); pour une application: Anvers, 19 avril 2016, *T. Not.*, 2017, p. 940; Civ. Namur., 23 avril 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 983).

Cette jurisprudence ne dispense pas l'époux demandeur de prouver que les fonds propres sont entrés dans la communauté. C'est donc à juste titre que la cour d'appel de Liège a refusé d'accorder une récompense au patrimoine propre de l'époux qui restait en défaut de prouver tant le montant précis que le compte sur lequel avaient été versées des indemnités réparant son préjudice moral et physique (propres — art. 1401, 3° — à l'exclusion de la part indemnisant les débours et la perte de revenus; *supra*, n° 25) perçues à la suite d'un accident de la circulation prétendument entrées dans le patrimoine commun (Liège, 24 janvier 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 1092 (158)). De même, cette preuve d'entrée en communauté n'est pas rapportée par la simple démonstration que l'on disposait de fonds propres avant le mariage, qui ne sont plus présents à la dissolution de celui-ci (Bruxelles, 31 janvier 2008, *N.F.M.*, 2009, p. 149, note J. DU MONGH et Ch. DECLERCK).

recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Malines, Kluwer, n° 33. *Contra*: Bruxelles, 2 octobre 2002, *Rev. not. b.*, 2003, p. 527. Voy. également: Ph. DE PAGE, « Les comptes bancaires ouverts au nom des deux époux », in J.-L. RENCHON et F. TAINMONT (dir.), *Le statut patrimonial du conjoint survivant*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 224, note 53.

(158) Cet arrêt a été rendu sur réouverture des débats. Voy. également l'arrêt précédent et le jugement d'instance: Civ. Arlon, 4 décembre 2009 et Liège, 17 novembre 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 1082, commentés *supra*, n° 25.

Dans une affaire où une épouse avait hérité de bons de caisse et où les époux avaient acquis, un an et demi plus tard, une maison d'habitation, dont le prix était financé en partie au moyen d'une somme provenant précisément de la vente de bons de caisse, le tribunal de première instance de Nivelles estime quant à lui que la concomitance des événements et la corrélation des pièces constituent un ensemble de présomptions précises et concordantes qui établissent à suffisance que l'héritage de l'épouse est entré dans la communauté pour l'acquisition de l'immeuble (Civ. Nivelles, 25 octobre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1286). Pour éviter toutes difficultés, il faut inviter les époux à identifier au maximum leurs fonds propres, notamment en procédant par des virements bancaires plutôt que par des retraits.

Dans un arrêt du 7 décembre 2006, la cour d'appel de Bruxelles semble s'écarter des principes énoncés ci-dessus. Après avoir constaté que le compte bancaire propre du mari présentait un solde positif au jour du mariage pour se retrouver en débit trois mois plus tard, elle conclut néanmoins à l'absence de récompense dans la mesure où ce dernier n'établit pas avoir utilisé l'actif de son compte pour financer des travaux au profit de la communauté. La cour ne précise toutefois pas si elle reproche à l'époux de ne pas avoir fourni la preuve de l'affectation de son argent propre « au profit » de la communauté, ou si elle considère que les fonds propres n'y sont jamais « entrés » (Bruxelles, 7 décembre 2006, *Rec. gén. enr. not.*, 2010, p. 67 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 914 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 14). Plus claire, mais critiquable, est la motivation du tribunal de première instance de Termonde qui estime qu'il ne suffit pas de prouver le caractère propre des fonds pour obtenir une récompense à charge de la communauté, mais qu'il faut encore démontrer que ceux-ci ont réellement été utilisés « au profit » de la communauté. La preuve du profit commun ne suscitait toutefois pas de difficulté en l'espèce, les fonds propres ayant financé l'acquisition d'un immeuble commun (Civ. Termonde, 18 juin 2009, *R.A.B.G.*, 2010, p. 782 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 244 (somm.)).

93. — Suite. Cas particulier : confusion de fonds propres et communs. — Un cas particulier d'« entrée » de fonds propres en communauté, générant une récompense à charge de ce patrimoine, est le « mélange » ou la confusion des fonds propres avec des fonds communs. Selon nous, la confusion doit être irréversible pour empêcher la reprise des fonds à titre de biens propres. Tel est le cas lorsque des fonds propres sont versés sur un compte bancaire

commun et que ce compte est ensuite utilisé pour payer des dettes ou des charges indéterminées mais présumées communes. Les fonds propres ne pourront en effet raisonnablement plus être considérés dans ce cas comme toujours présents sur le compte. Il en irait autrement si l'historique du compte permettait d'identifier les fonds propres comme étant toujours présents et individualisés (159).

Dans son arrêt déjà commenté du 21 janvier 2011 (*supra*, n° 92), la Cour de cassation estime que « les fonds propres versés sur un compte commun entrent, sauf preuve contraire, dans le patrimoine commun », celui-ci étant dès lors redevable d'une récompense (Cass., 21 janvier 2011, *Pas.*, 2011, p. 246; *R.A.B.G.*, 2011, p. 946, note A. RENIERS; *Act. dr. fam.*, 2012, p. 62; *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2011, p. 328; *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 962 (somm.)). Selon nous, cet arrêt ne signifie pas que l'entrée en communauté est prouvée dès que les fonds propres sont versés sur un compte commun. En l'absence de confusion irréversible, une preuve de « non-entrée » en communauté peut toujours être rapportée par l'époux qui conteste la récompense, soit que les fonds ont été dépensés à des fins exclusivement personnelles et n'ont dès lors fait que transiter par la communauté (pour une application: Civ. Liège, 28 avril 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 867, note J.-L. RENCHON; Civ. Namur, 2 avril 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 859, note J.-L. RENCHON), soit qu'ils sont toujours présents et identifiés sur le compte (auquel cas l'époux propriétaire des fonds pourra les reprendre) (Trib. fam. Namur, 5 novembre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 266 — preuve contraire non rapportée et octroi de la récompense à l'époux sous réserve d'une somme utilisée pour s'acquitter de sa participation personnelle aux frais exceptionnels des enfants en vertu d'une ordonnance de référé).

La cour d'appel de Gand applique cette jurisprudence de la Cour de cassation en présence de fonds propres issus de donations versés sur un compte utilisé au profit de la communauté durant le mariage, compte par ailleurs repris à l'actif commun dans l'état liquidatif (Gand, 19 janvier 2017, *T. Not.*, 2017, p. 271; *R.A.B.G.*, 2017, p. 1196; *T.E.P.*, 2017, p. 189; *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 626 (somm.); dans le même sens: Gand, 8 décembre 2016, *T. Not.*, 2017, p. 279; *T.E.P.*, 2017, p. 75; *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 624

(159) Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 252, n° 236 et « La propriété de l'argent dans les régimes matrimoniaux en communauté », *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 414.

(somm.) — fonds antérieurs au mariage confondus avec de l'argent commun ; Liège, 21 décembre 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1150).

La cour d'appel de Mons s'inscrivait déjà dans cette tendance dans un arrêt du 20 septembre 2005 à propos du produit de la vente d'un appartement propre à l'épouse versé sur un compte utilisé au bénéfice de la communauté (Mons, 20 septembre 2005, *J.L.M.B.*, 2007, p. 48, note C. CUISINIER). Dans un second arrêt du 7 juin 2006, elle répète que la récompense est due si les fonds propres se sont confondus et ont été dépensés sans affectation précise, mais ajoute que « cela suppose à tout le moins que les deux époux aient pu disposer des sommes dépensées », ce qui s'avère être le cas « lorsque les fonds ont été versés sur un compte cogéré servant aux besoins du ménage ou lorsque le propriétaire des fonds laisse matériellement ceux-ci à la disposition des deux époux, voire décide seul de les dépenser dans l'intérêt des deux » (Mons, 7 juin 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1257 ; dans le même sens : Trib. fam. Brabant wallon, 2 avril 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 906, note). Cette condition supplémentaire est critiquable car le fait que les deux époux aient pu disposer des fonds, pas plus que la cogestion (de droit) du compte bancaire par ceux-ci, ne sont une condition de la confusion des fonds (160). La cour estime d'ailleurs, à juste titre, qu'il y a confusion génératrice de récompense même lorsqu'un époux décide seul de dépenser ses fonds propres dans l'intérêt de la communauté. Le fait que de l'argent propre soit versé sur un compte cogéré par les époux accroît tout au plus le risque de confusion irréversible de cet argent avec des fonds communs, puisque cela augmente la probabilité qu'il soit dépensé dans l'intérêt de la communauté.

Le seul mélange de capitaux propres présents sur le compte personnel d'un des époux avec les *intérêts* qu'ils génèrent, communs en application de l'article 1405, 2^o, du Code civil, ne fait pas perdre à ces capitaux leur caractère propre. Les fonds propres doivent être considérés comme restant suffisamment individualisés dans ce cas (Anvers, 29 avril 2009, *N.F.M.*, 2010, p. 152, note J. VERSTRAETE). L'on imagine d'ailleurs mal en pratique que les époux soient obligés de placer les intérêts de leurs comptes propres sur un compte distinct afin d'éviter toute confusion (161).

(160) *Contra*: Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 188, n^o 157.

(161) En ce sens : J. VERSTRAETE, « Postcommunautaire kwellingen », note sous Anvers, 29 avril 2009, *N.F.M.*, 2010, p. 157.

4. — Article 1435 — Évaluation des récompenses

94. — Revalorisation de la récompense. Principes. —

Selon l'article 1435 du Code civil, la récompense ne pourra jamais être inférieure à l'appauvrissement du patrimoine créancier. Ainsi, à l'inverse du régime de l'enrichissement sans cause (*infra*, n^{os} 154 et s.), n'est pas prise en considération l'éventuelle dépréciation du bien appartenant au patrimoine débiteur. La récompense pourra en revanche être plus élevée que le montant nominal déboursé par le patrimoine créancier lorsque les fonds auront servi à « acquérir, conserver ou améliorer un bien ». Elle sera alors égale à la valeur ou plus-value acquise par ce bien (162).

La Cour de cassation rappelle que la plus-value à prendre en compte est arrêtée au jour de la dissolution du régime, soit le jour de l'introduction de la demande en divorce, lorsque le bien est toujours existant dans le patrimoine à ce moment. Les juges d'appel qui ont calculé la plus-value par rapport à la valeur de l'immeuble obtenue lors de la vente publique postérieure la dissolution du régime ont violé l'article 1435 (Cass., 31 mars 2017, *T. Not.*, 2017, p. 499).

La plus-value d'une construction s'obtient en déduisant la valeur actualisée du terrain nu de la valeur totale du bien (163). Ainsi, il ne doit pas être tenu compte, pour déterminer le montant de la récompense due au patrimoine commun qui a financé la construction d'un immeuble sur un terrain propre, de l'éventuelle *moins-value* subie par ce terrain en raison de la construction (Bruxelles, 30 novembre 2010, *T. Not.*, 2011, p. 34; *N.F.M.*, 2013, p. 52, note H. GORET; *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 785 (somm.)).

95. — Revalorisation de la récompense. Remboursement d'emprunt. — La revalorisation des récompenses dues suite au financement, par le patrimoine commun, de l'acquisition d'un bien par le patrimoine propre, a fait l'objet d'une importante controverse en doctrine lorsque le fait générateur de récompense

(162) Sur ces principes voy. : D. PIGNOLET, « De waardering van vergoedingsrechten en schuldvorderingen », in W. PINTENS et Ch. DECLERCK (dir.), *Patrimonium 2010*, Anvers, Intersentia, 2010, pp. 181-186, n^{os} 6-16; R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2016, pp. 193-197, n^{os} 343-348. Pour des exemples : J.-P. MIGNON, « Les comptes de récompenses dans la pratique », in *La liquidation-partage*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 86-105.

(163) Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997 à 2005). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2007, p. 120, n^o 78; J.-P. MIGNON, « Les comptes de récompenses dans la pratique », in *La liquidation-partage*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 90-91.

est le remboursement d'un emprunt hypothécaire contracté pour l'acquisition du bien. L'hypothèse est celle, fréquemment rencontrée en pratique, d'un époux qui achète un bien avant le mariage et finance cette acquisition au moyen d'un emprunt (dette propre — art. 1406), remboursé en cours de mariage avec des revenus communs, voire refinancé par un emprunt conjoint. Si le principe de la déduction d'une récompense était admis dans ce cas (art. 1432 — *supra*, n° 88), restait à déterminer si celle-ci pouvait ou non être égale à la plus-value acquise par le bien (art. 1435).

Les auteurs étaient divisés sur le sujet. L'article 1435 du Code civil exige que les fonds aient «servi à acquérir, conserver ou améliorer» le bien. Selon un premier courant doctrinal, il ne pouvait y avoir de revalorisation en cas de remboursement ou de refinancement de l'emprunt propre, faute de pouvoir considérer que les fonds communs décaissés avaient servi à acquérir le bien (164) (en ce sens : Anvers, 5 octobre 2011, *T. Not.*, 2013, p. 99 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 826 (somm.), estimant par ailleurs à tort que des travaux d'embellissement n'entrent pas dans le champ d'application de la réévaluation ; Bruxelles, 9 novembre 2010, *R.G.D.C.*, 2013, p. 508). Un second courant doctrinal plaidait, au contraire, pour la revalorisation de la récompense, prônant une interprétation large et économique du lien de causalité exigé par l'article 1435 (165).

La jurisprudence a tranché ce débat, d'abord par un arrêt de la Cour constitutionnelle, se limitant à affirmer que la revalorisation de la récompense due au patrimoine commun pour avoir financé l'acquisition, l'amélioration ou la conservation d'un bien propre, doit s'appliquer sans distinction quant au moment (avant ou après le mariage) de l'acquisition de ce bien. Elle constate que, dans les deux cas, le patrimoine commun se trouve dans une situation identique, à savoir qu'il supporte une charge finan-

(164) Y.-H. LELEU, «Liquidation des créances et récompenses au titre d'investissements immobiliers», in H. CASMAN, Y.-H. LELEU et A. VERBEKE (dir.), *Le droit patrimonial de la famille sans préjugés. I. Le droit des régimes matrimoniaux en pratique*, Malines, Kluwer, 2002, pp. 66 et s. ; D. PIGNOLET, «De waardering van vergoedingsrechten en schuldvorderingen», in W. PINTENS et Ch. DECLERCK (dir.), *Patrimonium 2010*, Anvers, Intersentia, 2010, pp. 183-186, n° 10-16.

(165) Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 191, n° 160 ; C. DE WULF, «De vereffening en de verdeling van het huwelijksvermogen en de nalatenschap: enige actuele problemen», *T.P.R.*, 1985, pp. 416 et s. ; en ce sens également : K. BOONE, «Artikel 1435 B.W.», in *Commentaar Personen en Familiericht*, Malines, Kluwer, 2003, n° 7. La doctrine française partage cette analyse, estimant que, économiquement, le remboursement de l'emprunt est l'équivalent du paiement du prix : J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, Armand Colin, 2001, p. 544.

cière liée à l'existence du bien propre (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; *R.A.B.G.*, 2011, p. 359; *J.T.*, 2011, p. 724, note A. VERBEKE et I. SCHUERMANS; *T. Fam.*, 2011, p. 189, note K. BOONE)(166).

La Cour de cassation apporte la solution en deux temps, d'abord la chambre francophone, dans un arrêt peu motivé du 24 février 2011, à propos d'un emprunt contracté avant le mariage en vue de l'acquisition et de l'aménagement d'un immeuble propre. Il avait, dans un premier temps, été remboursé par le patrimoine commun, et ensuite refinancé par un second emprunt conjoint. La Cour estime que lorsqu'un emprunt a été contracté en vue de l'acquisition, de la conservation ou de l'amélioration d'un immeuble propre, le remboursement de cet emprunt par le patrimoine commun donne lieu à une récompense égale à la valeur ou à la plus-value acquise par le bien en application de l'article 1435, puisqu'il contribue *directement* à cette acquisition, à cette conservation ou à cette amélioration (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. b.*, 2011, p. 881, note Y.-H. LELEU et J. LARUELLE; *T. Fam.*, 2011, p. 190, note K. BOONE). La chambre néerlandophone a confirmé cette position quelques semaines plus tard par un arrêt du 18 mars 2011, à propos de l'acquisition de parts de SPRL (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. b.*, 2011, p. 887, note Y.-H. LELEU et J. LARUELLE; *T. Fam.*, 2011, p. 193, note K. BOONE). La Cour fait donc primer le lien économique sur le lien juridique entre le remboursement de l'emprunt et l'acquisition du bien, et s'écarte ainsi de la lettre de l'article 1435 (pour une application: Gand, 1^{er} juin 2017, *T. Not.*, 2017, p. 891; Gand, 6 novembre 2014, *R.W.*, 2016, p. 141; *T. Not.*, 2015, p. 726).

L'on se souviendra par ailleurs que la Cour de cassation limite la récompense aux *remboursements effectifs* du capital durant le mariage (Cass., 28 novembre 2013, *supra*, n° 88). C'est donc à tort

(166) Pour plus de détails sur cet arrêt et sa portée: J. LARUELLE, «Une précision constitutionnelle du domaine d'application de la revalorisation des récompenses?», note sous C. const., 16 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 342; Y.-H. LELEU, «Le droit des régimes matrimoniaux devant la Cour constitutionnelle», in N. MASSAGER et J. SOSSON (dir.), *Cour constitutionnelle et droit familial*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 203-206.

que la cour d'appel d'Anvers octroie une récompense réévaluée pour la totalité du capital emprunté et investi dans l'acquisition et les transformations de l'immeuble lorsque le prêt n'a pas été intégralement remboursé à la dissolution du régime (Anvers, 30 avril 2014, *T. Not.*, 2014, p. 232, note R. BARBAIX).

5. — *Article 1436 — Intérêts sur les récompenses*

96. — Principes. — Les récompenses portent intérêt de plein droit à partir du jour de la dissolution du régime matrimonial (art. 1436, al. 2), et ce jusqu'au jour de leur paiement. La cour d'appel d'Anvers l'a rappelé dans un arrêt du 29 avril 2009 et marque ainsi la différence avec les intérêts sur les transferts entre patrimoines *pendant l'indivision post-communautaire* qui courent à partir de la réclamation de la créance (en application du droit commun, moyennant mise en demeure) et avec les intérêts sur les *soultés* de partage qui courent à partir de l'approbation ou de l'homologation de l'état liquidatif (ou à partir de l'arrêt coulé en force de chose jugée adaptant cet état liquidatif) (Anvers, 29 avril 2009, *N.F.M.*, 2010, p. 152, note J. VERSTRAETE).

L'article 1436, alinéa 2, fait l'objet d'une interprétation stricte (Cass., 6 mai 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 248) (167). Les intérêts sont dus même si la récompense a fait l'objet d'une réévaluation (art. 1435, al. 2). Cette règle, sévère lorsque les taux d'intérêts sont hauts, ne peut faire l'objet d'aucune dérogation pour des motifs d'équité ou autres considérations (Gand, 1^{er} juin 2017, *T. Not.*, 2017, p. 891; Gand, 6 novembre 2014, *R.W.*, 2016, p. 141; *T. Not.*, 2015, p. 726; Bruxelles, 9 novembre 2010, *T. Not.*, 2011, p. 145; *R.G.D.C.*, 2012, p. 223; Anvers, 4 décembre 2006, *N.j.W.*, 2007, p. 514, note G.V.; *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 258 (somm.); Civ. Termonde, 18 juin 2009, *R.A.B.G.*, 2010, p. 782; *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 244 (somm.)). Ce n'est pas le cumul des articles 1435 et 1436 qui crée une iniquité puisque ces dispositions ne couvrent pas la même période. L'article 1435 permet en effet de tenir compte de la plus-value acquise par le bien à la dissolution du régime,

(167) Cass., 26 novembre 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 996; *R.G.D.C.*, 1995, p. 384, note J. GERLO; *R.W.*, 1993-1994, p. 1054; *T. Not.*, 1994, p. 408. Remarquons que les intérêts échus des récompenses ne produisent pas eux-mêmes des intérêts; l'anatocisme, prévu par l'article 1154 du Code civil, n'est pas applicable aux comptes de récompenses: Liège, 2 février 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 353; Liège, 4 octobre 1999, *Rev. not. b.*, 2000, p. 344; Y.-H. LELEU, «Examen de jurisprudence (1997 à 2005). Régimes matrimoniaux», *R.C.J.B.*, 2007, pp. 120-121, n° 79.

tandis que l'article 1436, alinéa 2, fait courir les intérêts depuis la dissolution jusqu'au paiement de la récompense. L'iniquité réside dans l'article 1436 lui-même qui fait courir ces intérêts sur une dette non encore exigible, l'époux débiteur n'ayant pas la possibilité de réduire la charge des intérêts en s'acquittant de celle-ci avant le partage (168).

D. — RÈGLEMENT DES RÉCOMPENSES

97. — Règlement des récompenses. Situation de concours. — À la dissolution du régime et avant le partage, on arrête un compte final de récompenses qui détermine lequel des deux époux sera, après compensations (169), débiteur ou créancier de récompense envers le patrimoine commun (art. 1437 et 1438). En toute hypothèse, le règlement des récompenses (art. 1442 à 1444) s'opère après le règlement du passif commun (art. 1439 à 1441). Si, au terme de ces opérations, un actif commun subsiste, celui-ci se partage par moitié entre les ex-époux (art. 1445).

En cas de situation de concours née après le divorce, il faut distinguer lors de la liquidation si le passif impayé est commun ou, au contraire, propre/personnel à un époux, ce qui est notamment le cas des dettes contractées après la dissolution du régime matrimonial.

Dans la première hypothèse, le règlement des récompenses n'intervient qu'après le paiement du *passif commun*, ce qui implique que « l'époux divorcé ne peut (...) se retrancher derrière l'établissement des comptes de récompense pour préserver le patrimoine commun à liquider » (Liège, 8 mai 2008, *J.L.M.B.*, 2011, p. 353, *J.D.J.*, 2010, p. 43 — faillite postérieure au divorce).

(168) En ce sens : Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1982 à 1996). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 1998, pp. 274-276, n° 121. Pour une critique, voy. not. M. DEMARET, « La liquidation et le partage du régime matrimonial », in Y.-H. LELEU (dir.), *Chroniques notariales*, vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 215-216, n° 60 ; G. VERSCHULDEN, « Huwelijksvermogensrecht en erfrecht », *Rechtskroniek voor het Notariaat*, deel 15, Bruges, die Keure, 2009, p. 126, n° 46.

(169) Certains auteurs estiment que la compensation des récompenses doit s'opérer sans distinction selon que le patrimoine commun est ou non déficitaire : K. BOONE, « Art. 1438 », in *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, feuil. mob., 2003, n° 7 ; J. GERLO, « Vergoedingen en déficitaire vermogens », in *Liber Amicorum Krings*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 133. D'autres considèrent que la règle de compensation n'est pas opposable aux créanciers en cas de déficit : W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2010, pp. 310-311, n° 568 ; *R.P.D.B.*, v° « Régimes matrimoniaux (droit interne) », Bruxelles, Bruylant, 1983, n° 1304.

Dans la seconde hypothèse, les *créanciers personnels* de l'ex-époux ne peuvent exercer leurs droits que sur la part d'actif net qui reviendra à leur débiteur à l'issue du partage (170). C'est donc à tort que la cour du travail d'Anvers estime qu'un mari ne peut obtenir le paiement de sa récompense par priorité sur les créanciers personnels de son épouse. La cour semble avoir occulté le fait qu'il avait une créance contre le patrimoine commun et non contre son ex-épouse personnellement. Il n'y avait donc aucune raison de le considérer comme un créancier chirographaire en concours avec les autres créanciers de cette dernière (C. trav. Anvers, 27 avril 2011, *N.F.M.*, 2012, p. 157, note R. BARBAIX et R. JANSEN — règlement collectif de dettes postérieur au divorce).

Si la communauté est déficitaire, l'époux qui n'a pu obtenir le paiement de la totalité de sa récompense devient créancier de l'autre époux à concurrence de la moitié de ce qu'il n'a pas reçu (art. 1444) et entrera alors en concours avec les créanciers impayés de son conjoint (171).

E. — ATTRIBUTION PRÉFÉRENTIELLE

98. — Champ d'application. Régimes conventionnels de communauté. — Les époux mariés sous un régime conventionnel de communauté (172) « restent soumis aux règles du régime légal auxquelles leur contrat de mariage ne déroge pas » (art. 1451, al. 3). Les articles 1446 et 1447 du Code civil s'appliquent donc, sauf stipulations contraires, à des époux ayant adopté, après l'entrée en vigueur de la loi du 14 juillet 1976, le régime de la communauté réduite aux acquêts (Civ. Nivelles, 28 juin 2006, *LIPA*, 2010, *Jurispr.* I.A.16.2.-1; Civ. Huy, 28 avril 2008, *Rev. not. b.*, 2008, p. 588).

Cette règle est confirmée par la réforme des régimes matrimoniaux qui déplace les articles 1446 et 1447 du Code civil dans le chapitre I^{er}, autorisant ainsi l'application de ces dispositions à l'ensemble des régimes matrimoniaux, pour autant que le bien

(170) Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 202, n° 172.

(171) A. DELIEGE, « Le conjoint du failli », in *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997*, Liège, Collections scientifiques de la Faculté de Droit de Liège, 1998, p. 765; L. VOISIN, « Le statut juridique du conjoint du failli : quelques lignes directrices », in *Faillite et régimes matrimoniaux*, Actes du colloque organisé par la Commission Barreau-Notariat de Liège le 11 décembre 2003, Liège, Éd. Jeune Barreau, 2003, p. 20.

(172) L'applicabilité de l'attribution préférentielle aux régimes séparatistes sera étudiée *infra*, n° 153.

fasse partie de la communauté dissoute ou d'une indivision entre les (seuls) époux (173).

Les règles de droit transitoire empêchent par contre des époux mariés en 1972 sous le régime de la communauté universelle de demander l'attribution préférentielle d'un immeuble dépendant du patrimoine commun (174). C'est ce que décide la cour d'appel de Bruxelles dans un arrêt du 14 décembre 2006 (Bruxelles, 14 décembre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1271, note J.-L. RENCHON, commenté *infra*, n° 131). Nous regrettons la motivation de la cour qui estime que la faculté de solliciter l'attribution préférentielle « appartient aux seuls époux mariés sous le régime légal », sans faire état de la règle de droit transitoire. Les articles 1446 et 1447 sont en effet applicables à une communauté universelle postérieure à la loi du 14 juillet 1976, sous réserve d'une dérogation expresse dans le contrat de mariage (art. 1451, al. 3) (175).

99. — Champ d'application. Divorce par consentement mutuel. — L'article 1447, alinéa 1^{er}, énonce qu'un époux peut demander l'attribution préférentielle « lorsque le régime légal prend fin par le divorce, la séparation de corps ou la séparation de biens ». Si cette disposition ne distingue pas selon la forme du divorce, les travaux préparatoires excluent, quant à eux, expressément son application en cas de divorce par consentement mutuel (176).

La cour d'appel de Gand s'est prononcée sur cette question dans une affaire où les époux avaient réglé le sort de l'immeuble servant au logement familial dans leurs conventions préalables à divorce par consentement mutuel. Ils avaient convenu que le bien resterait en indivision après le divorce jusqu'à ce qu'ils se mettent d'accord, soit sur son attribution à l'un d'eux, soit sur la vente publique ou de gré à gré du bien. Après que le divorce était devenu définitif, les ex-époux avaient tous deux manifesté le souhait de reprendre

(173) Nouveaux articles 1389/1 et 1389/2 du Code civil (proposition de loi du 13 décembre 2017 modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 2848/001, pp. 39-43).

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

(175) J.-L. RENCHON, note sous Bruxelles, 14 décembre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, pp. 1274-1275; R. BOURSEAU, « L'attribution préférentielle des articles 1446 et 1447 du Code civil », *Rev. not. b.*, 2007, pp. 448-449.

(176) Rapport Hambye, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1974, n° 2, pp. 76-77.

l'ancienne résidence conjugale. L'épouse sollicita alors l'attribution préférentielle sur la base de l'article 1447 du Code civil. La cour, tout comme le premier juge, refusa de faire droit à cette demande dans la mesure où les époux, en cas de divorce par consentement mutuel, sont tenus de régler préalablement leurs droits respectifs (art. 1287 C. jud.). En choisissant de conserver le bien commun en indivision, ils avaient créé une indivision de droit commun, dont la liquidation ultérieure diffère de celle visée à l'article 1447 (Gand, 15 mai 2008, *N.j.W.*, 2009, p. 367, note G. VERSCHELDEN; *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 424 (somm.)).

Dans le projet de réforme des régimes matrimoniaux, le divorce par consentement est expressément exclu du champ d'application de l'attribution préférentielle (nouvel article 1389/2)(177).

100. — Champ d'application. Immeuble servant au logement de la famille. — Suivant l'article 1446, l'attribution préférentielle peut être demandée pour « un des immeubles servant au logement de la famille ». La notion de logement familial y est donc moins restrictive qu'à l'article 215 et l'époux peut choisir parmi les immeubles qui ont abrité la famille, même occasionnellement (ex. : résidence secondaire)(178). La cour d'appel d'Anvers rappelle ces principes et précise à juste titre que, s'il n'est pas exigé que les époux soient domiciliés ensemble dans l'immeuble dont l'un sollicite l'attribution, il faut à tout le moins que le bien ait abrité une partie de la vie maritale du couple. En l'espèce, s'agissant d'un appartement dans lequel l'époux demandeur vivait seul durant une partie de la semaine, et alors que les époux résidaient ensemble dans un autre immeuble le reste du temps, la cour rejette la demande d'attribution préférentielle (Anvers, 19 avril 2016, *T. Not.*, 2017, p. 940).

101. — Champ d'application. Bien indivis. — De façon regrettable, la jurisprudence continue de restreindre l'application de l'attribution préférentielle au seul logement familial dépendant du patrimoine commun. La cour d'appel d'Anvers refuse ainsi la demande d'attribution préférentielle d'une épouse pour le logement familial indivis acquis avant le mariage en régime de communauté, au motif que celui-ci ne peut être régi que par le

(177) Proposition de loi du 13 décembre 2017 modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 2848/001, p. 42.

(178) Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 271, n° 254.

droit commun de l'indivision en l'absence d'apport (Anvers, 27 mai 2015, *R.G.D.C.*, 2017, p. 57). Elle n'y voit pas de différence de traitement injustifiée, à l'appui de la jurisprudence constitutionnelle qui exclut l'application du mécanisme de l'article 1447 en régime de séparation de biens (C. const., 7 mars 2013, *infra*, n° 153).

La réforme des régimes matrimoniaux apporte la solution en rendant l'attribution préférentielle applicable à tous les régimes, sauf stipulation contraire du contrat de mariage, lorsque le bien fait partie de la communauté dissoute ou d'une indivision entre les (seuls) époux (179).

102. — Champ d'application. Attribution de biens meubles. — L'attribution préférentielle peut être sollicitée pour un des immeubles servant au logement principal de la famille et les *meubles meublants* qui le garnissent (180). Les autres biens meubles, notamment les universalités, demeurent exclus de son champ d'application.

Les époux ne peuvent donc solliciter l'attribution préférentielle d'une *plantation fruitière* exploitée sur une parcelle louée, pas plus que du droit de jouissance de cette parcelle (Bruxelles, 11 février 2014, *T. Not.*, 2014, p. 660).

Il en va de même d'un *commerce* commun que l'un des époux aurait continué à exploiter depuis la séparation de fait. Le tribunal de première instance d'Arlon décide néanmoins d'attribuer un fonds de commerce à l'épouse, estimant que la demande du mari de le réaliser ne repose sur aucun intérêt personnel et que celui-ci ne sera nullement lésé par la reprise par l'épouse moyennant soulte. Nous approuvons cette décision sur le plan de l'équité, mais regrettons, avec J.-L. Renchon, que le tribunal n'ait pas expressément évoqué le fondement juridique de sa décision, qui semble reposer sur la théorie de l'abus de droit. Quant à l'évaluation de la valeur du fonds de commerce, nous ne pouvons suivre

(179) Proposition de loi du 13 décembre 2017 modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 2848/001, pp. 39-43.

(180) La question de savoir si l'attribution des seuls meubles, sans l'immeuble, est possible reste controversée. En faveur d'une attribution des meubles meublants seuls : Y.-H. LELEU, « L'attribution préférentielle du logement familial », in P. DELNOY, Y.-H. LELEU et E. VIEUJEAN (dir.), *Le logement familial*, Bruxelles, Story-Scientia, 1999, p. 221, n° 9 ; K. BOONE, « Art. 1447 B.W. », in *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, feuil. mob., 2003, n° 8. *Contra* : Anvers, 18 mai 1999, *R.W.*, 1999-2000, p. 682 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 212, n° 180.

le tribunal lorsqu'il affirme que c'est à la date de la dissolution du régime que le bien doit être évalué « puisque c'est à cette date que chaque époux est censé recevoir sa part ». Il fallait évaluer le fonds de commerce au jour le plus proche du partage et isoler les plus- ou moins-values qui étaient exclusivement imputables au travail de l'épouse durant l'indivision post-communautaire, autrement dit considérer ce commerce « dans son état » au jour de la dissolution (*infra*, n° 114) (Civ. Arlon, 25 août 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 1102, note J.-L. RENCHON).

Dans le cadre de la réforme des régimes matrimoniaux, l'attribution préférentielle est étendue aux biens professionnels communs ou indivis (181). Les biens professionnels qui se voient appliquer la distinction entre le droit propre et la valeur commune (*supra*, n° 34) seront quant à eux attribués de plein droit à l'époux titulaire, leur valeur étant déterminée au jour de la dissolution du régime.

103. — Caractère supplétif. Convention contraire. — Les articles 1446 et 1447 ne sont pas d'ordre public et les parties peuvent, par contrat de mariage ou dans le cadre des opérations de liquidation, conclure des accords qui y dérogent. Ainsi, selon la cour d'appel de Bruxelles, la convention entre les ex-époux par laquelle l'épouse s'engage à reprendre l'immeuble et les meubles meublants moyennant une soulte, sous condition suspensive de l'octroi d'un crédit avant une date déterminée, et qui stipule qu'à défaut de réalisation de la condition à cette date, l'immeuble sera exposé en vente publique, empêche celle-ci de solliciter ultérieurement l'attribution préférentielle de l'immeuble. Son ex-mari est dès lors en droit de solliciter la vente publique, conformément à la convention (Bruxelles, 22 juin 2010, *T. Not.*, 2011, p. 151 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 784 (somm.)).

104. — Introduction de la demande. — L'attribution préférentielle doit être demandée « au cours des opérations de liquidation » (182). Elle peut donc être sollicitée à partir du procès-verbal d'ouverture des opérations jusqu'à la clôture de la liquida-

(181) Proposition de loi du 13 décembre 2017 modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 2848/001, pp. 40-42.

(182) Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997 à 2005). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2007, pp. 129-130, n° 90 ; M. DEMARET, « La liquidation et le partage du régime matrimonial », in Y.-H. LELEU (dir.), *Chroniques notariales*, vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 220, n° 64.

tion, c'est-à-dire jusqu'au procès-verbal des litiges et difficultés puisqu'il n'est plus possible de formuler des demandes postérieurement à celui-ci (Anvers, 22 octobre 2007, *N.j.W.*, 2008, p. 127, obs. G. VERSCHELDEN; Civ. Nivelles, 28 juin 2006, *LIPA*, 2010, *Jurispr. I.A.16.2.-1*; Civ. Mons, 24 février 2005, *Div. Act.*, 2006, p. 92)(183).

L'attribution préférentielle doit être demandée devant le notaire et ne peut être sollicitée directement devant le tribunal. Il importe peu que le texte de l'article 1447 dispose que chaque époux peut « demander au tribunal » le bénéfice de l'attribution préférentielle, le notaire commis étant le premier juge de la liquidation (184). Tant le principe de l'attribution préférentielle que la valeur de la soulte doivent être examinés en premier lieu par le notaire liquidateur, saisissant le cas échéant le tribunal par procès-verbal intermédiaire si la contestation est bloquante (Anvers, 19 décembre 2007, *T. Not.*, 2009, p. 144; Civ. Malines, 13 février 2008, *T. Not.*, 2009, p. 148, note L. WEYTS; *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 425 (somm.)).

Le fait pour un époux d'avoir auparavant sollicité l'attribution du bien en application de la loi sur les petits héritages ne le prive pas de la faculté de demander ultérieurement l'attribution préférentielle (art. 1446) si la procédure de liquidation est toujours en cours (Bruxelles, 15 décembre 2009, *T. Not.*, 2011, p. 41).

105. — Critères. Intérêts sociaux et familiaux. — Outre le cas de l'attribution du logement familial au conjoint victime de violence conjugale (185) (art. 1447, al. 2), le « tribunal » statue en considération des intérêts sociaux et familiaux et des droits de récompense ou de créance au profit de l'autre époux (art. 1447, al. 3). Les difficultés surgissent lorsque l'attribution préférentielle est sollicitée par les deux époux, particulièrement lorsque leurs intérêts sociaux et familiaux sont équivalents. Tel n'est pas le cas lorsque l'ex-épouse a quitté l'immeuble familial pour s'installer dans un nouveau logement avec les enfants et son nouvel époux et que l'ex-mari a réintégré l'immeuble, dans lequel il exerce sa

(183) En ce sens : Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 211, n° 180; Y.-H. LELU, « L'attribution préférentielle du logement familial », *op. cit.*, p. 228, n° 16.

(184) En ce sens : L. WEYTS, « De preferentiële toewijzing is eerst werk voor de notaris en dan voor de rechter », note sous Civ. Malines, 13 février 2008, *T. Not.*, 2009, p. 150; R. BOURSEAU, « L'attribution préférentielle des articles 1446 et 1447 du Code civil », *Rev. not. b.*, 2007, p. 459.

(185) Voy. avant la modification de l'article 1447, alinéa 2, du Code civil par la loi du 27 avril 2007 : Liège, 20 décembre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 280, note J.-L. RENÇON.

profession. L'attribution du bien est donc octroyée à ce dernier (Liège, 7 octobre 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 966).

Le tribunal de première instance de Huy précise à juste titre que *la faute*, lorsque le divorce a été prononcé aux torts d'un des époux en vertu de l'ancien droit, ne peut être prise en considération pour déterminer l'attributaire (186), à l'opposé des violences conjugales. Il devra par contre être tenu compte de la capacité financière des parties, qui doit être suffisante pour garantir le financement de la soulte (187) (Civ. Huy, 28 avril 2008, *Rev. not. b.*, 2008, p. 598).

La règle selon laquelle les biens indivis sont évalués au jour du partage mais dans leur état à la dissolution du régime (*infra*, n° 114) (188) est également d'application pour déterminer le montant de la soulte qui sera éventuellement due par l'attributaire.

106. — Attribution préférentielle et droit de reprise d'apport (art. 1455). — À la liquidation du patrimoine commun, les apports existant encore en nature peuvent être repris par l'époux apporteur, qui en impute la valeur sur sa part (art. 1455). En cas de demandes conflictuelles de reprise d'apport et d'attribution préférentielle, jurisprudence et doctrine (189) sont divisées quant à savoir laquelle doit primer. Selon une première tendance, la reprise d'apport aurait priorité sur l'attribution préférentielle, car elle est une conséquence de l'apport qui préexiste à l'affectation familiale ou professionnelle du bien (Gand, 9 novembre 2006, *N.j.W.*, 2007, p. 471, note G.V.; *T. Not.*, 2007, p. 340; *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 258 (somm.)). Nous ne partageons pas cet avis et estimons que le notaire ou le juge liquidateur dispose d'une marge d'appréciation, vu la finalité de l'attribution préférentielle dont l'intérêt naît pendant le mariage.

Dans une affaire où le mari avait apporté un terrain à bâtir sur lequel les époux avaient construit, avec des deniers communs,

(186) En ce sens : Liège, 26 février 1999, *Div. Act.*, 1999, p. 75, note E. DE WILDE D'EST-MAEL; Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997 à 2005). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2007, p. 126, n° 87; H. VANBOCKRIJCK, « Overzicht van rechtspraak (1997-2004) – De verrefening-verdeling na echtscheiding (deel II) », *E.J.*, 2004, p. 136, n° 68; G. VERSCHELDEN, « Huwelijksvermogensrecht en erfrecht », in *Rechtskroniek voor het Notariaat*, deel 15, Bruges, die Keure, 2009, p. 129, n° 55. *Contra*: Bruxelles, 10 juin 1986, *Rev. trim. dr. fam.*, 1988, p. 149, note (critique) J.-L. RENCHON.

(187) Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997 à 2005). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2007, p. 128, n° 88.

(188) *Ibid.*, p. 125, n° 85.

(189) En faveur de la reprise d'apport : Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 213, n° 180 et p. 257, n° 210; W. PINTENS, J. DU MONGH, Ch. DECLERCK et K. VANWINCKELEN, *Familial vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 339, n° 615.

leur habitation, la cour d'appel de Gand revient sur sa jurisprudence antérieure et estime que l'attribution du bien à l'un ou l'autre ex-conjoint doit être appréciée au regard de l'article 1447 du Code civil. Elle estime que, dans un tel contexte, l'intention des époux était qu'en cas de dissolution du régime par décès ou par divorce, chacun puisse faire valoir ses droits de propriété de manière égale et revendiquer de demeurer dans l'habitation. Le mari aurait donc renoncé à se prévaloir du droit de reprise (Gand, 10 décembre 2015, *R.G.D.C.*, 2017, p. 162, note A. PAULUS; *T. Not.*, 2016, p. 19, note). L'arrêt a été sanctionné par la Cour de cassation: d'une part, le juge d'appel n'a pas motivé à suffisance sur la base de quelles circonstances concrètes et de quelle clause du contrat de mariage il a pu déduire la renonciation de l'époux à son droit de reprise; d'autre part, il est contradictoire de considérer que le droit de reprise ne disparaît en soi pas lorsqu'une habitation est construite sur un terrain, puisque l'accession opère et que la reprise s'exerce alors sur le terrain et les constructions, mais qu'il aurait disparu en l'espèce en raison de la construction de l'habitation, ce qui aurait fondamentalement modifié la nature du bien apporté (Cass., 17 février 2017, *T. Not.*, 2017, p. 510).

Toujours dans l'hypothèse de l'apport d'un terrain à bâtir, la cour d'appel d'Anvers fait elle aussi primer l'attribution préférentielle en écartant purement et simplement l'application de l'article 1455 du Code civil. Elle estime qu'il ressort des dispositions du contrat de mariage et du mode de financement du bien que les époux ont nécessairement voulu attribuer le droit de propriété du terrain et de l'immeuble à ériger au patrimoine commun afin que l'ensemble soit affecté au logement familial, auquel s'appliquerait le droit d'attribution préférentielle. L'époux apporteur aurait par conséquent renoncé lors de l'apport, de manière implicite mais certaine, à son droit de reprise. De cette manière, la cour élude le débat sur la priorité entre droit de reprise et attribution préférentielle (Anvers, 9 mars 2005, *N.F.M.*, 2006, p. 221, note H. CASMAN). La même cour estimera toutefois dans un arrêt ultérieur que lorsqu'un époux reprend le bien apporté en application de l'article 1455, l'attribution préférentielle des articles 1446 et 1447 devient sans objet (car le bien en question ne doit plus être partagé puisqu'il a été repris). L'apport dont il était question était toutefois constitué d'un ensemble immobilier et non d'un terrain à bâtir sur lequel les époux avaient projeté de construire leur loge-

ment familial (Anvers, 17 décembre 2014, *T. Not.*, 2016, p. 273, note L. WEYTS).

L'on notera par ailleurs que la réforme des régimes matrimoniaux complète l'article 1455 par une phrase précisant que la faculté de reprise ne s'applique pas aux biens apportés conjointement par les époux (190).

107. — Attribution préférentielle et vente publique de l'immeuble. — L'attribution préférentielle peut être demandée alors même que le tribunal, dans le jugement ordonnant la liquidation et désignant le notaire, a ordonné la vente publique des biens non commodément partageables en nature, pour autant bien sûr que la vente n'ait pas encore eu lieu (Civ. Nivelles, 28 juin 2006, *LIPA*, 2010, *Jurispr.* I.A.16.2.-1, commenté *supra*, n° 98) (191). La cour d'appel d'Anvers ajoute, dans un arrêt du 22 octobre 2007, que le fait d'ordonner la vente publique de la nue-propiété d'un immeuble, à la demande du créancier hypothécaire d'un des nuspropriétaires indivis, ne porte pas préjudice au droit du conjoint survivant de solliciter, pendant les opérations de liquidation-partage, l'attribution préférentielle de cet immeuble en vertu de l'article 1446 du Code civil (Anvers, 22 octobre 2007, *N.j.W.*, 2008, p. 127, obs. G. VERSCHELDEN) (192).

F. — AVANCE SUR PART DE COMMUNAUTÉ

108. — Mécanisme. Conditions. — Le divorce plonge parfois un époux dans des difficultés financières lorsque la masse à partager est gérée exclusivement par son ex-conjoint ou temporairement bloquée chez le notaire sur un compte bancaire. La jurisprudence permet à l'époux concerné de demander une avance sur sa part dans la communauté (ou dans les revenus de l'indivision; *supra*, n° 83) dans l'attente du partage (193). Le procédé est souvent invoqué en cas de durée excessive de la liquidation, et

(190) Proposition de loi du 13 décembre 2017 modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 2848/001, p. 72.

(191) Dans le même sens: Bruxelles, 3 novembre 2003, *R.W.*, 2004-2005, p. 1504; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 275, n° 256.

(192) En ce sens: Y.-H. LELEU, «L'attribution préférentielle du logement familial», *op. cit.*, p. 229, n° 16.

(193) Sur la naissance et l'évolution de cette jurisprudence, voy. Ch. DECLERCK, «Omtrent voorschotten op het aandeel in de vereffening-verdelig», in W. PINTENS, J. DU MONGH et Ch. DECLERCK (dir.), *Patrimonium 2010*, Anvers, Intersentia, 2010, pp. 197-202.

pourrait donc se raréfier suite à l'adoption en 2011 de la loi sur la nouvelle procédure de liquidation-partage.

Seul le juge liquidateur, voire déjà le juge du divorce, peut accorder une telle avance, avant dire droit (art. 19, al. 3, C. jud.), mais pas le notaire (Anvers, 17 juin 2015, *N.j.W.*, 2016, p. 81, note E. DEWITTE; *T. Fam.*, 2016, p. 42, note T. VAN SINAY; *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 778 (somm.)). Aussi, les parties doivent-elles être admises à saisir le juge sans devoir solliciter le notaire, même si la liquidation-partage judiciaire est entamée, car la mesure est provisionnelle et sans incidence au fond (194). La mesure peut également être sollicitée en référé (art. 1253/4, § 1^{er}, C. jud. (195)), à condition pour le demandeur de démontrer l'urgence.

Il est traditionnellement exigé que le demandeur prouve son *état de besoin* (196). Cette condition est tantôt appréciée avec sévérité (Civ. Bruxelles (réf.), 21 décembre 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 1112, note J.-L. RENCHON, qui requiert un «état grave d'impécuniosité»; Civ. Gand, 2 décembre 2008, *R.W.*, 2009-2010, p. 1310, note S. VOET), tantôt jugée sans pertinence, surtout lorsque l'avance est sollicitée devant le juge liquidateur (Liège, 31 janvier 2012, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 161; *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 976; Bruxelles, 6 décembre 2011, *T. Fam.*, 2012, p. 161, note J. DU MONGH; *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 332 (somm.); Civ. Nivelles, 2 mars 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 982; Civ. Bruges, 26 mai 2008, *T.G.R.*, 2008, p. 168).

Nous estimons, avec d'autres, que l'exigence de preuve d'un état de besoin devrait céder le pas devant la preuve de *raisons légitimes* d'obtenir une avance (197) (ex. : longue durée de la procédure de liquidation, âge du demandeur, affectation qui sera donnée aux fonds).

(194) En ce sens : J. DU MONGH, «Elke deelgenoot heeft recht op een voorschot», note sous Bruxelles, 6 décembre 2011, *T. Fam.*, 2012, p. 166, n^{os} 7-8. *Contra* : L. ROUSSEAU, «Apport au patrimoine commun et avance sur part de communauté : deux modalités originales», note sous Liège, 7 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 377, n^o 11; Ch. DECLERCK, «Omtrent voorschotten op het aandeel in de vereffening-verdelig», *op. cit.*, pp. 204-205, n^o 17.

(195) Voir sur la base de l'article 584 du Code judiciaire «en cas d'absolue nécessité».

(196) Bruxelles, 25 juin 1974, *Pas.*, 1975, II, p. 49; *R.W.*, 1974-1975, p. 2271, note; Civ. Bruges (réf.), 6 avril 1988, *T. Not.*, 1988, p. 266; Liège, 4 juin 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1754; *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1194.

(197) Voy. Ch. DECLERCK, «Omtrent voorschotten op het aandeel in de vereffening-verdelig», *op. cit.*, p. 206, n^o 18; J. DU MONGH, «Elke deelgenoot heeft recht op een voorschot», *op. cit.*, p. 168, n^o 13, qui estime que lorsqu'un ex-époux établit à suffisance que l'avance demandée est un montant auquel il aurait vraisemblablement droit au terme de la liquidation, il démontre *ipso facto* qu'il a des raisons légitimes d'obtenir cette avance.

Lorsque la demande est formulée en référé, l'appréciation d'un état de besoin ou des raisons légitimes se mêle à celle de l'urgence. C'est ainsi que le tribunal de première instance de Flandre orientale statuant en référé (art. 584 C. jud.) refuse d'octroyer une avance à l'époux qui prétend — sans le prouver — se trouver dans des difficultés financières en raison de la durée de la liquidation (plus de 20 ans). Le tribunal conclut au défaut d'urgence et de raisons légitimes après avoir constaté que la situation de l'époux est imputable à son propre comportement procédural, plus particulièrement au fait de s'être abstenu pendant 20 ans de verser à son épouse la pension après divorce à laquelle il avait été condamné et dont elle poursuivait l'exécution depuis plusieurs mois (Civ. Flandre orientale (sect. Gand), 16 juin 2015, *R.W.*, 2015-2016, p. 1352; comp.: Trib. fam. Flandre orientale (div. Termonde), 22 février 2017, *R.A.B.G.*, 2017, p. 1213, qui, saisi sur pied de l'article 1253ter/4 du Code judiciaire, rejette la demande d'avance à défaut de preuve de l'urgence).

Une seconde condition, constante, se dégage de la jurisprudence: l'avance *ne peut porter atteinte définitive aux droits des parties* et, par conséquent, excéder le montant que le demandeur pourrait selon toute vraisemblance obtenir dans le cadre de la liquidation. Les juridictions font preuve de prudence, limitant généralement l'avance aux droits qui reviendront «incontestablement» au demandeur lors du partage (Bruxelles, 6 décembre 2011, précité; Liège, 7 septembre 2010, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 14; *J.L.M.B.*, 2011, p. 371, note L. ROUSSEAU; Trib. fam. Namur (div. Dinant), 14 novembre 2014, *Rev. not. b.*, 2016, p. 241; Civ. Nivelles, 2 mars 2010, précité; Civ. Gand (réf.), 6 janvier 2010, *R.W.*, 2012-2013, p. 434; *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 333 (somm.) (qui accorde une avance équivalente aux deux époux); un peu plus souple: Civ. Bruges, 26 mai 2008, précité).

En tant que mesure provisionnelle, une avance trop élevée par rapport à la part finalement recueillie par le demandeur au terme de la liquidation pourra faire l'objet d'un remboursement (198), ce qui présentera des inconvénients pratiques évidents, notamment en cas d'insolvabilité du débiteur. Nous ne pouvons donc qu'encourager cette jurisprudence soucieuse de l'équité mais prudente, qui n'accorde que les montants qui reviendront manifestement au

(198) Y.-H. LELEU, «Six questions en quête de réponse à propos de l'indivision post-communautaire», *Rev. not. b.*, 2001, p. 686, n° 32.

demandeur dans le cadre de la liquidation, sans s'arrêter à l'état de besoin de celui-ci.

G. — RECEL DE COMMUNAUTÉ

109. — Conditions. Mauvaise foi. — Le recel de communauté (art. 1448) est la soustraction ou la dissimulation frauduleuse, ou à tout le moins volontaire, par un époux d'un bien du patrimoine commun, pouvant porter préjudice aux droits de l'autre époux (ou des autres co-indivisaires) ou aux droits des créanciers(199). L'institution moralise le partage du patrimoine commun et celui d'une succession (art. 792) par une sanction identique: l'époux ou le co-indivisaire receleur est privé de sa part dans le bien dissimulé, doit en restituer les fruits et payer des intérêts (au taux légal) à dater du recel (200).

La *bonne foi* de l'époux accusé de recel empêche l'application de la sanction. La preuve de l'intention frauduleuse doit donc être rapportée par le co-indivisaire qui invoque le recel. La simple abstention de faire une déclaration requise à l'inventaire ne suffit pas à constituer le recel de communauté. Ainsi, des juges d'appel ont pu légalement justifier leur décision quant à l'absence de recel dans une espèce où l'épouse n'apportait pas d'élément de preuve de manœuvres frauduleuses du mari qui avait omis de déclarer à l'inventaire une clientèle professionnelle dont il avait pu considérer, de bonne foi, qu'il s'agissait d'un bien propre. L'intention frauduleuse ne se confond par ailleurs pas avec l'élément moral du délit de faux serment (art. 226, al. 2, C. pén.) (Cass., 17 octobre 2016, *Rev. not. b.*, 2017, p. 271, note L. STERCKX; *T. Not.*, 2017, p. 359).

Dans une espèce soumise à la cour d'appel de Bruxelles, trois héritiers invoquaient, dans le cadre de la succession de leur mère décédée en 2005, l'existence d'un recel de communauté dans le chef de leur père, divorcé par consentement mutuel d'avec la défunte 13 ans auparavant. Les héritiers reprochaient à leur père, remarié depuis, de ne pas avoir renseigné les différents comptes et coffre qu'il possédait au Grand-Duché du Luxembourg lors de l'inventaire précédant le divorce en 1992. Les conventions préalables

(199) Voy. pour plus de détails: L. STERCKX, «Petite initiation au recel successoral», in *Contentieux successoral. Les écueils juridiques du conflit successoral*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 81 et s.

(200) En ce sens: Bruxelles, 26 mars 2013, *T. Not.*, 2014, p. 60, note J. VERSTRAETE; Mons, 8 octobre 2009, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1293; J. VERSTRAETE, «Interesten op geheelde sommen», note sous Bruxelles, 26 mars 2013, *T. Not.*, 2014, p. 64.

à divorce stipulaient que chaque époux restait en possession des comptes qu'il gérait à ce moment. La cour a estimé, comme le juge d'instance, que le fait que les comptes de l'ex-époux n'aient pas été repris à l'inventaire ne suffisait pas à établir la mauvaise foi de ce dernier, laquelle ne se présume pas. Dès lors que les époux étaient séparés de fait depuis 17 ans lors de la signature des conventions de divorce, il n'y aurait en effet rien de surprenant à ce que ces conventions, qui lient les parties et leurs héritiers, attribuent, sans autre précision, à chaque époux les comptes en sa possession (Bruxelles, 28 mai 2013, *T. Not.*, 2013, p. 424; *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 210 (somm.)). Cette décision ne convainc qu'eu égard aux circonstances très particulières de la cause. Elle nous paraît trop conciliante avec l'omission, et trop stricte quant à la preuve du recel. Les conventions préalables à divorce par consentement mutuel, surtout leur silence, ne sauraient lier les époux quant au partage des biens dont ils ne connaissaient pas l'existence. Il eut été préférable, selon nous, que les époux renseignent à l'inventaire l'ensemble de leurs comptes bancaires, y compris à l'étranger, pour ensuite stipuler dans les conventions préalables que chacun resterait propriétaire des avoirs présents sur les comptes dont il avait la gestion.

De la même manière que pour l'attribution préférentielle, la réforme des régimes matrimoniaux rend le recel applicable à l'ensemble des régimes lorsque l'actif détourné fait partie de la communauté, d'une indivision entre les époux ou de la masse de participation (201). Ainsi, l'article 1448 est déplacé dans un nouvel article 1389/3, parmi les dispositions générales du chapitre I^{er}.

110. — Retraits de fonds communs peu avant l'introduction d'une demande en divorce. — La cour d'appel de Bruxelles s'est prononcée sur l'application de l'article 1448 aux retraits de fonds effectués peu de temps avant et pendant la procédure en divorce. Elle rappelle que le recel peut être invoqué pour des agissements ayant débuté avant la dissolution du régime. Sur la condition de mauvaise foi, la cour considère qu'un simple silence, conséquence d'une imprudence ou même d'une négligence lourde, ne suffit pas; il faut que l'époux receleur ait eu l'intention de causer un dommage à son conjoint. La sanction pourra

(201) Proposition de loi du 13 décembre 2017 modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 2848/001, p. 43.

être évitée si cet époux fait preuve de repentir spontané suffisamment à temps. Elle ajoute que pour qu'un époux puisse être reconnu coupable de recel de biens communs, il faut avant tout qu'il ait eu l'obligation de donner des renseignements à ce sujet. Or, selon la cour, cette obligation ne naît que lors de l'inventaire ou, à défaut d'inventaire, lorsque le notaire interroge les parties sur les masses actives et passives lors de l'ouverture des opérations de liquidation-partage (202). En l'espèce, l'épouse avait donc jusqu'à la clôture de l'inventaire pour revenir spontanément sur ses mensonges. Avant cela, il ne pourrait être question que de tentative de recel (Bruxelles, 28 février 2012, *R.W.*, 2013-2014, p. 1580, commenté *supra*, n° 63). L'arrêt doit être approuvé en ce qu'il admet que les comportements frauduleux susceptibles d'être qualifiés de recel peuvent avoir été accomplis avant la dissolution du régime (203). Le recel peut donc constituer une sanction adéquate des retraits de fonds peu avant l'introduction d'une procédure en divorce, pour autant que ces retraits soient dissimulés par l'époux « coupable », ce qui est rarement le cas (dans le même sens : Bruxelles, 31 janvier 2008, *N.F.M.*, 2009, p. 149, note J. DU MONGH et Ch. DECLERCK ; pour d'autres solutions : *supra*, n°s 63 et 90).

Dans un contexte similaire, la cour d'appel de Gand estime que le repentir de l'épouse est tardif, bien qu'elle ait reconnu l'existence de retraits au cours de l'inventaire. En l'espèce, c'est en effet à l'occasion des poursuites pénales dirigées à son encontre (pour faux en écriture notamment) qu'elle avait avoué les retraits au juge d'instruction, préalablement aux opérations de liquidation du régime matrimonial. Il ne saurait donc être question de repentir spontané dans un tel contexte (Gand, 16 avril 2015, *T. Not.*, 2016, p. 714 ; *R.D.J.P.*, 2016, p. 159, également commenté *supra*, n° 90).

111. — Compte collectif. Cumul de recel de communauté et de recel successoral. — Dans une espèce soumise à la cour d'appel de Mons, l'épouse et l'un des enfants du mari décédé

(202) Comp. Mons, 23 avril 2013, *J.L.M.B.*, 2015, p. 796, obs. P. MOREAU, pour qui il suffit que les opérations de liquidation-partage aient commencé, ce qui est le cas « dès qu'un des successibles accomplit auprès des autres héritiers les démarches en vue de reconstituer la masse successorale ».

(203) Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 216, n° 181 ; J. DU MONGH et C. DECLERCK, « Heling van gemeenschapsgoederen », note sous Bruxelles, 31 janvier 2008, *N.F.M.*, 2009, p. 149 ; K. BOONE, « Commentaar bij art. 1448 B.W. », in *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, feuil. mob., 2003.

avaient omis de déclarer à l'inventaire un compte collectif ouvert avec le défunt. En réaction au recel invoqué par le second enfant du défunt, les deux co-titulaires du compte prétendaient qu'ils ne devaient pas le déclarer à la succession car l'argent déposé leur appartenait, aucune somme n'ayant été versée par le défunt. La cour d'appel rejette un tel raisonnement et décide que les fonds déposés sur un compte bancaire collectif aux noms du défunt et de certains héritiers doivent être déclarés à l'inventaire, même si l'un des titulaires estime pouvoir rapporter la preuve qu'ils lui sont propres. Le fait de taire sciemment et délibérément l'existence d'un tel compte constitue un recel successoral.

En outre, dès lors que le compte relevait d'une société d'acquêts adjointe à un régime de séparation de biens existant, la cour considère qu'il y a, dans le chef de l'épouse, cumul d'un recel successoral et d'un recel de communauté. En ne déclarant pas, lors de la clôture des inventaires, l'existence de sommes qui dépendent tant de la succession de l'époux décédé que de la « communauté » ayant existé entre eux, sa veuve a diverti ou recelé lesdites sommes au sens de l'article 1448 du Code civil.

Sur la sanction du recel, la cour d'appel inverse l'ordre normal des opérations (sans conséquence toutefois sur le résultat obtenu) et traite le recel successoral avant le recel de communauté. Faute de justifier les mouvements du compte, les deux héritiers receleurs doivent restituer au moins la part présumée du défunt, soit un tiers, et sont privés de droits sur cette part. L'épouse est par ailleurs privée de sa propre part dans les montants communs recelés en application de l'article 1448, soit d'un second tiers des sommes figurant sur le compte. Par le cumul de la sanction du recel de communauté et du recel successoral, les receleurs perdent donc leurs droits sur 2/3 des fonds présents sur le compte, qui seront recueillis par le troisième héritier (Mons, 23 décembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 80; *Rev. not. b.*, 2009, p. 778, note).

H. — PARTAGE

112. — Transaction. — Les règles du Code civil et du Code judiciaire relatives à la liquidation-partage d'un régime matrimonial ne sont ni d'ordre public ni de droit impératif, tandis que les indivisaires peuvent conclure à tout instant, y compris dans la phase de liquidation judiciaire, un accord qui aura force de loi pour les parties (Cass., 16 mars 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006,

p. 1290 (somm.); *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 259). L'article 1430, alinéa 4, du Code civil renvoie à l'article 819 qui dispose que « le partage peut être fait dans la forme et par tel acte que les parties intéressées jugent convenables ».

Lorsqu'un accord transactionnel est conclu par les parties dans le cadre de la liquidation-partage de leur régime matrimonial et n'est pas exécuté par l'une d'elles, rien ne les empêche de conclure un nouvel accord durant l'instance judiciaire qui s'ensuit. Une transaction peut être modifiée par consentement mutuel, notamment par voie de conclusions d'accord (art. 1134, al. 2). Comme toute transaction, les conclusions d'accord peuvent être annulées pour vice de consentement que sont l'erreur sur les faits, les pièces inconnues ou fausses, la fraude ou la violence. L'erreur de droit ou la lésion ne sont par contre pas susceptibles d'entraîner pareille annulation (art. 2052, al. 2)(204) (Gand, 28 juin 2007, *N.j.W.*, 2009, p. 178, note G. VERSCHELDEN).

Les parties et leur(s) conseil(s) veilleront à rédiger soigneusement les termes de la transaction car celle-ci est définitive, sauf réserves expresse. Lorsque les parties ont convenu d'une soulte pour remplir l'épouse de ses droits et clôturer la procédure de liquidation, sans autre précision, il n'y a pas lieu d'actualiser ultérieurement cette soulte pour y ajouter une indemnité d'occupation à charge du mari pour la période entre la transaction et l'acte authentique de cession des droits indivis dans l'immeuble (Civ. Namur, 30 octobre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 840, note J.-L. RENCHON).

113. — Action paulienne. — L'article 882 du Code civil permet aux créanciers des époux d'intervenir dans le partage du régime matrimonial et de s'opposer à ce qu'il soit réalisé au préjudice de leurs droits. Le créancier qui n'a pas fait opposition avant la clôture du partage ne peut plus le remettre en cause, pas même sur la base de l'action paulienne (art. 1167). Selon la Cour de cassation, il existe deux exceptions à ce principe: lorsque le partage

(204) Au sujet de la lésion, la Cour de cassation rappelle qu'un cohéritier peut s'opposer, en raison de la lésion de plus d'un quart (art. 887, al. 2, et art. 888, al. 1^{er}), à un partage qualifié à tort de transaction, mais pas à une transaction réelle (art. 2044 et 2052): Cass., 3 avril 2017, *T. Fam.*, 2017, p. 184, note S. MOSSELMANS; *Rev. not. b.*, 2017, p. 559, note D. STERCKX; *N.j.W.*, 2017, p. 653, note F. BRULOOT; *N.F.M.*, 2017, p. 172, note N. PORTUGAELS; *R.A.B.G.*, 2017, p. 1225; *T. Not.*, 2017, p. 446; *J.T.*, 2017, p. 350; *R.W.*, 2016-2017, p. 1600 (somm.). Comp.: Cass., 28 janvier 2010, *N.j.W.*, 2010, p. 324, note K. VANDENBERGHE; *R.A.B.G.*, 2010, p. 755, note B. VERLOOY; *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1324; *R.W.*, 2010-2011, p. 742; *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2010, p. 245.

semble avoir été effectué *fictivement* ou *frauduleusement* en vue de rendre impossible l'exercice de l'opposition (205). Selon la cour d'appel de Gand, ces deux hypothèses sont rencontrées dans une espèce où des conventions préalables à divorce par consentement mutuel attribuent l'immeuble indivis à l'épouse sans soulte, à charge pour elle d'assumer le solde de l'emprunt hypothécaire qui est en réalité intégralement remboursé. La cour considère que l'opération s'apparente à une donation déguisée que les créanciers du mari peuvent attaquer par le biais de l'action paulienne (Gand, 13 juin 2013, *R.G.D.C.*, 2015, p. 550, note M. FARNIR; *T.G.R.-T.W.R.V.*, 2014, p. 18; *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 137 (somm.)).

114. — Évaluation des biens au jour du partage. — Les biens de la masse indivise, arrêtée au jour de la dissolution du régime, doivent être évalués au jour le plus proche du partage (arg. tiré de l'art. 890) (206). Seules les plus- ou moins-values conjoncturelles entre la dissolution et le partage font profit et perte pour la masse.

La Cour de cassation rappelle ce principe à l'occasion d'un litige sur, d'une part, l'évaluation de *parts nominatives* dont les droits d'associés sont propres, en l'espèce les parts de la SPRL professionnelle du mari médecin (art. 1401, 5°) et, d'autre part, la valeur de rachat d'une assurance-vie d'épargne dont l'épouse réclamait la qualification commune en application de la jurisprudence constitutionnelle (Cass., 5 décembre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 820, note J.-L. RENCHON; *R.A.B.G.*, 2014, p. 1030, note A. RENIERS; *T. Not.*, 2014, p. 645, commenté *supra*, n° 32. Dans le même sens: Cass., 12 septembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 1931; *R.A.B.G.*, 2009, p. 822, note M. BAX; *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1285 (somm.)). On rappellera que, s'agissant des parts sociales et dans l'attente de l'entrée en vigueur de la réforme des régimes matrimoniaux (*supra*, n° 26), si l'activité de l'associé a généré des plus-values, il lui est loisible de se prévaloir de la jurisprudence préconisant l'évaluation au jour du partage des biens dans leur « état » au jour de la dissolution du régime, et de prouver que l'état du bien au jour du partage est en partie imputable à ses efforts personnels (Liège,

(205) Cass., 3 décembre 1999, *J.T.*, 2001, p. 74; *R.W.*, 1999-2000, p. 980, concl. X. DE RIEMAECKER; *Bull.*, 1999, p. 1625.

(206) Voy. not. Cass., 12 septembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 1931; *R.A.B.G.*, 2009, p. 822, note M. BAX; *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1285 (somm.); Cass., 8 novembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 251; *J.T.*, 1991, p. 310; *R.W.*, 1990-1991, p. 1301; *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 33, note Ph. DE PAGE; *T. Not.*, 1992, p. 213.

22 février 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 105; Gand, 30 juin 2016, *R.A.B.G.*, 2017, p. 304, note A. RENIERS; *T. Not.*, 2016, p. 803, note L. WEYTS; *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 623 (somm.) — preuve non rapportée en l'espèce) (207).

La même règle prévaut lorsqu'il s'agit d'évaluer les *immeubles indivis*. Il en résulte que les modifications apportées au bien postérieurement à la dissolution du régime ne doivent pas être prises en compte pour déterminer la valeur au jour du partage, contrairement aux plus-values qui résultent de la conjoncture ou de l'évolution du marché immobilier (Bruxelles, 15 décembre 2009, *T. Not.*, 2011, p. 41; *R.G.D.C.*, 2012, p. 221; Bruxelles, 11 janvier 2011, *T. Not.*, 2011, p. 215).

Il appartient en principe au notaire de déterminer cette valeur. La cour d'appel d'Anvers estime que sa connaissance du marché immobilier fait de lui une des personnes les mieux placées pour cette mission, de sorte qu'il n'est nul besoin de faire appel à un expert, à moins que le notaire lui-même ne le souhaite (Anvers, 19 décembre 2007, *T. Not.*, 2009, p. 144; *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 424 (somm.); Bruxelles, 15 décembre 2009, précité).

Les difficultés naissent lorsqu'un certain laps de temps s'est écoulé entre l'évaluation par le notaire ou par un expert (traditionnellement au début de la procédure de liquidation) et le partage. La cour d'appel de Liège décide ainsi en 2010 que l'évaluation réalisée par l'expert en 2007 n'est plus suffisamment actuelle et ordonne une nouvelle expertise. Saisie sur contredits, elle entérinera le second rapport d'expert en 2012 (Liège, 17 novembre 2010 et 24 janvier 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 1083). La cour d'appel de Bruxelles estime quant à elle qu'il faut épargner aux parties les frais d'une nouvelle estimation, d'autant que celle-ci pourrait à son tour être dépassée d'ici la clôture de la liquidation, et préfère réactualiser la valeur retenue par l'expert en y appliquant un intérêt au taux légal depuis la date de dissolution du régime (Bruxelles, 20 décembre 2007, *N.j.W.*, 2008, p. 451, note G. VERSCHULDEN). L'application du taux d'intérêt légal nous paraît peu judicieuse et rien ne justifiait de le faire courir à dater de la dissolution du régime plutôt qu'à dater de l'évaluation. Nous préférons la solution retenue par la même cour dans un arrêt ultérieur où elle propose d'indexer la valeur vénale de l'immeuble en se référant à l'indice ABEX (Association Belge des Experts),

(207) En ce sens déjà: Liège, 8 décembre 2004, *Div. Act.*, 2005, p. 76.

qui indique l'évolution du coût de la construction d'habitations et de logements privés (Bruxelles, 11 janvier 2011, *T. Not.*, 2011, p. 215 ; dans le même sens : Anvers, 25 février 2015, *T. Not.*, 2015, p. 628)(208).

Notons enfin que le principe de l'évaluation au jour le plus proche du partage (art. 890) autorise les parties à solliciter l'actualisation de la valeur des biens indivis en dehors ou après la procédure sur les litiges et difficultés, même en l'absence d'éléments nouveaux, alors même que l'état liquidatif a déjà été homologué ou adapté à la suite de la décision du tribunal. La demande de réévaluation ne peut donc être rejetée au motif qu'elle n'aurait pas été formulée dans le cadre des contredits (Cass., 30 septembre 2016, *R.W.*, 2016-2017, p. 1500, note J. DEL CORRAL ; *T. Not.*, 2016, p. 875 ; dans le même sens : Anvers, 29 mars 2017, *T. Not.*, 2017, p. 965). La demande devra en revanche, à notre avis, être refusée lorsque les parties ont expressément convenu que l'évaluation au jour de l'ouverture des opérations les lierait « de manière irrévocable » (en ce sens : Liège, 11 février 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 943 ; comp. : Anvers, 25 février 2015, précité, qui estime que cet accord empêche une nouvelle estimation, mais pas une actualisation de l'ancienne).

L'on rappellera que la proposition de loi réformant les régimes matrimoniaux déroge au principe de l'évaluation au jour du partage en ce qui concerne les biens professionnels et les parts sociales visés au nouvel article 1401 du Code civil, pour lui préférer une évaluation au jour de la dissolution du régime (*supra*, n^{os} 26 et 34)(209).

115. — Caractère commodément partageable. — Le caractère partageable d'un bien est une notion de fait et s'apprécie, non pas au regard de sa « partageabilité physique », mais bien au regard des comptes établis entre les indivisaires et des droits de chacun(210). L'incommodité du partage résulte non seulement

(208) Également en faveur d'une indexation : J. DU MONGH, Ch. DECLERCK, « Secundair huwelijksvermogensstelsel », in W. PINTENS, J. DU MONGH et Ch. DECLERCK (dir.), *Patrimonium 2009*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 42, n^o 70. En ce sens également : Cass. Fr., 25 juin 2008, *Bull. civ.*, I, n^o 183 et le commentaire de M. GRIMALDI in « Chroniques. Successions et libéralités », *Rev. trim. dr. civ.*, 2009, pp. 153-154, n^o 4.

(209) Nouvel article 1430, § 2 (proposition de loi du 13 décembre 2017 modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n^o 2848/001, pp. 64-65).

(210) C. ENGELS, « La liquidation-partage judiciaire », *Rép. Not.*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 102, n^o 58 ; J.-L. LEDOUX, « La vente des immeubles indivis », in J.-F. TAYMANS et J. VAN

de l'impossibilité matérielle du partage, mais aussi de toutes les circonstances de fait pouvant contribuer à l'absence de commodité(211).

La Cour de cassation applique ces principes dans une affaire où était en jeu le partage de parts de société communes(212). Pendant le mariage, les époux avaient constitué avec un tiers — un membre de la famille du mari — une société dont le capital était représenté par 1.250 parts, 600 au nom de l'épouse, 600 au nom du mari et 50 au nom du tiers. Sans qu'il ne soit précisé dans quelles circonstances ou à quel moment, le mari avait procédé à une augmentation de capital portant le nombre d'actions à 2.500, dont 1.900 étaient détenues par lui ou des membres de sa famille. Seules les 1.200 actions souscrites originairement aux noms des époux faisaient partie du patrimoine commun à liquider. Les notaires liquidateurs avaient attribué celles-ci à l'ex-époux, à charge de soulte. Celui-ci contestait l'attribution et sollicitait le partage en nature des parts. La cour d'appel de Bruxelles a considéré que le partage en nature n'était pas possible en l'espèce, car il placerait l'épouse dans une situation de participation minoritaire par rapport à la famille de l'époux, ce qui serait de nature à générer des conflits alors que le partage vise précisément à mettre fin à tous litiges entre les parties. Elle observait ensuite que la vente publique des parts entraînerait une inégalité entre parties, car l'acquisition d'une participation minoritaire dans une société n'est pas de nature à susciter l'intérêt d'un acheteur, de sorte que c'est l'ex-époux qui pourrait, le cas échéant indirectement, acquérir les parts à un prix très favorable au détriment de son ex-épouse. Sur la base de ces considérations, la Cour de cassation valide le raisonnement du juge d'appel qui a pu décider, en fait, que les actions litigieuses n'étaient pas commodément partageables au sens de la loi et devaient être attribuées au mari moyennant soulte (Cass., 9 février 2017, *T. Not.*, 2017, p. 449 (somm.)).

L'arrêt a de quoi surprendre, car le partage en nature de 1.200 actions communes(213) (en l'espèce des anciens titres au

COMPERNOLLE (dir.), *Les incidents du partage judiciaire*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 107.

(211) Cass., 6 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 963; *Arr. Cass.*, 1975, p. 1065; *Rev. not.*, 1977, p. 651; Cass., 12 juin 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 906 note; *R.W.*, 1970-1971, p. 503; *T. Not.*, 1971, p. 14; *Rev. not.*, 1976, p. 196.

(212) La qualification commune des parts ne semblait pas faire l'objet de contestation entre les parties.

(213) Lorsque les parts ou actions relèvent de l'article 1401, 5° (règle de propriété et non de simple gestion, voy. Cass., 20 février 2015 et Anvers, 29 mars 2017; *supra*, n° 26),

porteur, sans qu'il soit précisé si la société revêtait un caractère *intuitu personae* ou abritait l'activité professionnelle d'un/ des époux) qui sont déjà inscrites pour moitié au nom de chaque époux séparément apparaît tout à fait possible par l'attribution à chacun des 600 parts à son nom (214). Toutefois, il est traditionnellement admis que les biens ne sont pas commodément partageables lorsque le partage créerait une source de litiges ou entraînerait une perte d'unité ou de valeur économique du bien (215).

Ce faisant c'est la vente publique des 1.200 parts communes qui s'impose en principe, à défaut pour les indivisaires de marquer leur accord sur la vente de gré à gré (art. 827). Il est vrai que dans les circonstances de l'espèce, la vente publique était l'occasion pour l'époux ou un membre de sa famille de se porter acquéreur à un faible prix vu l'absence probable d'enchère, ce qui aurait causé un préjudice à l'épouse. La solution retenue par la cour d'appel et validée par la Cour de cassation contraint donc l'époux à reprendre cet actif commun moyennant soulte fixée d'après la valeur des parts (qu'il jugeait excessive). Cette solution, si elle peut paraître conforme à l'équité dans le cas d'espèce, est néanmoins susceptible de causer un désagrément important à l'époux reprenneur lorsque les actions représentent une part importante de l'actif commun. L'époux obligé de reprendre les parts sociales pourrait ainsi se voir privé de l'opportunité de se voir attribuer d'autres éléments de l'actif commun (un immeuble, du mobilier, ...) ou encore rencontrer des difficultés pour le financement de la soulte.

certain auteurs plaident pour une attribution obligatoire des parts à l'époux titulaire des droits d'associé, le cas échéant moyennant soulte: P. DE PAGE et I. DE STEFANI, «Le statut des biens professionnels en droit des régimes matrimoniaux et en droit successoral civil», in *La transmission du patrimoine professionnel. Aspects civils et fiscaux*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 213; Ph. DE PAGE, «Le statut des parts et actions nominatives dans les régimes en communauté – état des questions», *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 248, n° 7.2. *Contra*: B. WAUTERS, *Aandelen en echtscheiding*, Anvers, Maklu, 2000, pp. 458-460, n°s 587 et 590. La proposition de loi du 13 décembre 2017 apporte la solution dans ce cas: les parts sont attribuées de plein droit à l'époux associé actif (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 2848/001, p. 42).

(214) En ce sens: Y.-H. LELEU et S. LOUIS, *Sociétés et régime matrimonial de communauté*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 130, n° 209.

(215) C. ENGELS, «La liquidation-partage judiciaire», *Rép. Not.*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 104, n° 58. La simple perte de majorité dans la société ne suffit quant à elle pas à conclure au caractère non commodément partageable: B. WAUTERS, *Aandelen en echtscheiding*, Anvers, Maklu, 2000, p. 462, n° 595; Ph. DE PAGE, «Les parts et actions dans les sociétés et les régimes matrimoniaux de communauté», *Rev. not. b.*, 1986, p. 578, n° 18.

PARTIE V. — Conventions matrimoniales

A. — AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

116. — Forme du contrat de mariage. — Le contrat de mariage doit revêtir la forme authentique (art. 1392); il s'agit d'une condition de validité, et non d'un formalisme probatoire.

Le notaire ne pouvant en principe instrumenter qu'à l'intérieur de son ressort (art. 6, 1^o, et 5, § 2, de la loi organique du notariat), l'acte qu'il reçoit hors de sa juridiction, en dehors des cas prévus par la loi, n'est pas un acte authentique. Par conséquent, un contrat de mariage constaté dans un tel acte est frappé de nullité absolue. Ne s'applique pas aux contrats solennels, tel le contrat de mariage, l'article 114 de la loi organique du notariat en vertu duquel tout acte établi contrairement aux dispositions des articles 6, 3^o et 4^o, 8, 9, § 2, alinéa 1^{er}, 10, 12, alinéa 2, 14, 20 et 51, § 7, est nul s'il n'a pas été signé par toutes les parties, mais vaut comme acte sous seing privé lorsqu'il est revêtu de la signature de toutes les parties contractantes (Gand, 19 juin 2008, *N.j.W.*, 2008, p. 696, note B.W., réformant Civ. Bruges, 16 mars 2007, *N.j.W.*, 2008, p. 698, note)(216).

117. — Cohérence. Clause de règlement des récompenses au jour le jour. — À côté des restrictions légales à l'autonomie contractuelle des époux, la doctrine(217) a dégagé une exigence de cohérence du régime matrimonial qui implique que les dispositions du contrat de mariage respectent les règles essentielles du régime de base — communautaire ou séparatiste — choisi par les époux(218). Pour qu'un régime de communauté soit cohérent, trois critères doivent être réunis : un patrimoine commun comprenant de plein droit tous les revenus professionnels, une qualification commune résiduaire et un compte de récompenses(219).

(216) Dans le même sens, voy. J.-L. et L. RENS, «Notarissen en notariële akten sedert 1 januari 2000», *T. Not.*, 2000, p. 73, n^o 13.

(217) Voy. C. PARIS, «L'autonomie de la volonté», in L. RAUCENT et Y.-H. LELEU (dir.), *Les régimes matrimoniaux. 2. Contrat de mariage et modification du régime matrimonial*, *Rép. Not.*, t. V, liv. II, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 57, n^{os} 471 et s.

(218) Voy. R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2016, p. 259, n^o 457; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 59, n^o 56; A. NOTTET, «Le droit patrimonial des couples», *Chroniques notariales*, vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 230, n^o 74.

(219) Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 317, n^o 297. Certains y ajoutent la corrélation entre l'actif et le passif (*ubi emolumentum, ibi onus*): Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 253, n^o 208.

La Cour de cassation a rappelé l'importance du troisième critère dans un arrêt du 17 septembre 2007. Certains contrats de mariage de communauté contiennent une clause en vertu de laquelle « À défaut de comptes écrits, les époux seront présumés avoir réglé entre eux, au jour le jour, les comptes qu'ils peuvent se devoir (...) ». Si la Cour autorise les époux à régler les modalités de preuve du droit à récompense et à prévoir que les comptes de récompenses sont, à défaut d'écrit, présumés établis au jour le jour, elle exige néanmoins que cette présomption demeure *réfragable* (Cass., 17 septembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 1523; *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 562 (somm.), note et p. 1300; *N.j.W.*, 2007, p. 797, note G. DE MAESENEIRE; *R.W.*, 2007-2008, p. 534, note J. DU MONGH et Ch. DECLERCK; *T. Fam.*, 2008, p. 72, note K. BOONE). Dans la même affaire, la Cour avait déjà précisé, par un premier arrêt du 19 mars 2007, que la clause irréfragable de règlement de comptes au jour le jour ne contrevenait pas à une règle d'ordre public (220), mais pouvait néanmoins être nulle « en soi » (*als dusdanig*) et violer une autre règle (impérative) limitative de l'autonomie de la volonté (Cass., 19 mars 2007, *Pas.*, 2007, p. 555; *R.W.*, 2007-2008, p. 533, note J. DU MONGH et Ch. DECLERCK; *T. Not.*, 2009, p. 47; *Juristenkrant*, 2007, liv. 159, p. 1; *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1307). Bien que l'arrêt du 17 septembre 2007 ait été rendu en matière de communauté, il est permis, à notre avis, de transposer son enseignement aux *régimes séparatistes* (clause « Grégoire »), par identité des motifs invoqués à propos de la clause présumant le règlement au jour le jour des récompenses (221). La jurisprudence

(220) Elle sanctionne en cela un arrêt de la cour d'appel de Gand qui a refusé, au nom de la cohérence d'un régime communautaire, de valider une telle clause, mais jugé, de manière excessive, qu'elle contrevenait à l'ordre public (Gand, 24 avril 2003, *N.j.W.*, 2004, p. 273). Comp. J. DU MONGH et Ch. DECLERCK, « Het vergoedingsbeding in een gemeenschapsstelsel na het cassatiearrest van 17 september 2007 », in W. PINTENS, J. DU MONGH et Ch. DECLERCK (dir.), *Patrimonium 2008*, Anvers, Intersentia, 2008, p. 235, n° 7, qui estime que la clause n'est pas nulle si on la conçoit comme une présomption réfragable, mais reconnaissent alors le manque d'utilité concrète de la clause.

(221) Ph. DE PAGE, « Le compte des récompenses et son aléatoire règlement conventionnel », in W. PINTENS, J. DU MONGH et Ch. DECLERCK (dir.), *Patrimonium 2009*, Anvers, Intersentia, 2009, pp. 209 et s., et « La séparation des biens – Jurisprudences récentes », in *La liquidation-partage*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 214, n° 10; Y.-H. LELEU, « La présomption de règlement de comptes à défaut de comptes écrits », in *Le contrat de séparation des biens. Risques actuels et perspectives nouvelles*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 110-116, n° 22-23. *Contra*: C. CASTELEIN, « Eigendomsrecht, eigendomsbewijs en eigendomsverschuivingen in het stelsel van scheiding van goederen: hoe zuiver is de scheiding van goederen nog? », in R. BARBAIX et N. CARETTE (dir.), *Tendensen vermogensrecht 2017*, Anvers, Intersentia, 2017, pp. 125-126, n° 36; N. BAUGNIET, « Le renversement de la présomption de “comptes au jour le jour” entre époux séparés de biens », note sous Mons, 8 juin 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 755.

est toutefois divisée sur la portée de cette clause dans les contrats de séparation de biens (*infra*, n° 154).

La cour d'appel de Bruxelles fait une application correcte de la jurisprudence de la Cour de cassation et déclare nulle la clause d'un contrat de mariage de communauté dans laquelle les comptes de récompenses sont présumés réglés au jour le jour dès lors qu'elle est combinée avec une clause selon laquelle aucun compte de reprises ou récompenses ne sera réalisé entre époux à la dissolution de la communauté (Bruxelles, 8 octobre 2013, *T. Fam.*, 2014, p. 159, note J. DU MONGH).

118. — Clause portant atteinte au droit successoral légal. Pacte Valkeniers. — Lorsque l'un des époux a un ou plusieurs enfants né(s) d'une précédente relation ou adopté(s) avant le mariage, les conjoints peuvent, par contrat de mariage ou acte modificatif, conclure un accord complet ou partiel relatif aux droits que l'un pourra exercer dans la succession de l'autre (Pacte Valkeniers — art. 1388, al. 2). Avant la réforme des régimes matrimoniaux, cette convention matrimoniale ne pouvait en aucun cas priver un époux de sa réserve successorale concrète, à savoir l'usufruit sur le logement familial et les meubles meublants qui le garnissent (222).

La clause du contrat de mariage visant à faire porter la réserve concrète du conjoint survivant sur un *autre immeuble* (de moindre valeur) que le logement familial sera sans effet sur le conjoint survivant qui entendrait, lors de la liquidation de la succession, mettre en œuvre sa réserve concrète légale. Cette mise en œuvre revient à invoquer implicitement la nullité de la clause, de sorte que le conjoint survivant ne pourra à la fois se prévaloir de son usufruit légal sur le logement familial et de l'usufruit conventionnel sur le second immeuble (Civ. Gand, 13 décembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 344; *R.W.*, 2012-2013, p. 1315; *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2012, p. 95).

(222) Voy. pour plus de détails: P. DELNOY, «Le "pacte Valkeniers"», *R.G.D.C.*, 2007, pp. 330-364. Pour des exemples de clauses: C. DE WULF, *La rédaction d'actes notariés. Droit des personnes et droit patrimonial de la famille*, Waterloo, Kluwer, 2013, pp. 1059-1064, n°s 1680-1688. Dans sa version nouvelle, l'article 1388, alinéa 2, prévoit que le droit du conjoint survivant d'habiter dans le logement familial et d'utiliser les meubles meublants est préservé uniquement pendant les six premiers mois qui suivent le décès (proposition de loi du 13 décembre 2017, préc., n° 2848/001, pp. 36-39).

Lorsque le pacte Valkeniers réduit les droits du conjoint survivant à l'usufruit du logement familial et des « meubles meublants », il n'y a pas lieu de donner à ces termes le sens restrictif de l'article 534 du Code civil. Selon le tribunal de première instance de Liège, les définitions des articles 533 à 536 ne sont d'aucune utilité pour interpréter la clause du contrat de mariage. Elles ne lient pas le juge lorsqu'il ressort à suffisance des circonstances que les parties ont voulu donner aux termes employés une signification différente de celle que la loi leur attribue. En l'espèce, la clause renvoyait « aux conditions prévues à l'article 915*bis*, §§ 2 à 4, du Code civil », ôtant ainsi tout doute sur l'interprétation à donner aux termes « meubles meublants » (Civ. Liège, 20 février 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 1085).

119. — Institution contractuelle. Révocation pour cause d'ingratitude. — L'on rappellera que les donations entre époux de biens futurs ou de biens présents et futurs par contrat de mariage sont révocables pour cause d'ingratitude (art. 953 et 955). Ainsi, l'article 959 du Code civil, qui exclut la révocation pour ingratitude des « donations en faveur de mariage », ne s'applique pas aux institutions contractuelles entre époux, mais uniquement aux donations faites par les *tiers* aux (futurs) époux (Cass., 9 février 2007, *Pas.*, 2007, p. 288 ; *N.j.W.*, 2007, p. 364, note B. WYLLEMAN ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 567 ; *T. Not.*, 2008, p. 24, note F. BOUCKAERT et note S. MOSSSELMANS ; *R.W.*, 2007-2008, p. 1630 (somm.)).

120. — Renonciation à l'accession — Octroi d'un droit de superficie. — Lorsque les époux font construire un immeuble sur un terrain dont seul l'un d'eux est propriétaire, les constructions seront la pleine propriété de ce dernier par le mécanisme de l'accession (art. 551 et s.). Une affaire soumise à la cour d'appel de Gand illustre les difficultés qui peuvent en découler. Des époux ont construit leur logement à cheval sur deux parcelles de terrain, l'une appartenant en propre à l'épouse, l'autre à la communauté. La construction a été financée par un emprunt hypothécaire conjoint, pour lequel les deux terrains ont été hypothéqués. À la dissolution du régime, les deux époux (l'un pour le compte de la communauté, l'autre pour le compte de son patrimoine propre) font valoir que la construction appartenait entièrement à son patrimoine par un effet combiné d'accession horizontale et verticale. La cour et le notaire liquidateur rejettent cette théorie car l'empiètement sur les deux terrains est équivalent, sans que l'un

ne puisse être considéré comme accessoire à l'autre. Seule l'accession verticale est d'application, de sorte que les constructions érigées sur le terrain propre de l'épouse lui appartiennent en propre, à charge de récompense (art. 1432 et 1435) pour le patrimoine commun qui les a financées, et celles érigées sur le terrain commun appartiennent à la communauté. La maison est donc en indivision entre l'indivision post-communautaire et le patrimoine propre de l'épouse. La cour ne va pas plus loin et ne précise pas comment sera partagé l'immeuble à défaut d'accord entre les parties (Gand, 8 décembre 2016, *T. Not.*, 2017, p. 279; *T.E.P.*, 2017, p. 75; *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 624 (somm.)).

Pour que les constructions deviennent la propriété commune/ indivise des époux, le propriétaire du sol peut renoncer à l'accession sur tout ou partie du terrain. Une telle renonciation constitue un droit de superficie (223) au profit du patrimoine commun ou de son conjoint.

La cour d'appel de Bruxelles a précisé que l'octroi par un époux, dans le contrat de mariage, d'un droit de superficie sur un de ses biens propres au profit de la communauté, avec des modalités relatives à la fin du droit de superficie et aux indemnités dues à l'autre époux pour les constructions érigées pendant le mariage, n'est pas contraire aux principes essentiels du régime légal. Il était convenu que le droit de superficie prendrait fin en cas de divorce, les constructions revenant alors au propriétaire du terrain par accession, à charge pour lui de verser dans les trois mois de la dissolution du mariage à son ex-épouse, une indemnité égale à la moitié de la valeur des constructions, déterminée par expert. La cour rejette l'argument de l'épouse quant au caractère purement potestatif de la clause et applique les modalités de règlement de l'indemnité (qui n'est pas une récompense — *supra*, n° 87) convenues par les époux, car la convention constitue la loi des parties (Bruxelles, 9 novembre 2010, *R.G.D.C.*, 2013, p. 508).

La renonciation à l'accession sur un terrain consentie par le père d'un époux séparé de biens au profit de sa belle-fille exclusivement pour qu'elle y construise une maison d'habitation, suivie

(223) Voy. pour plus de détails: P. LECOCQ, S. BOUFFLETTE, A. SALVÉ et R. POPA, *Manuel de droit des biens*, t. 2, *Droits réels principaux démembrés*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 391-395. Sur la question de savoir s'il s'agit d'un droit de superficie « autonome » ou de superficie-conséquence qui prend fin à la dissolution du régime matrimonial: J. FONTEYN, « La renonciation à accession au sein du couple. Une question de temps », *Rev. not. b.*, 2013, p. 91.

de la donation de ce terrain par le père à son fils à charge pour lui de respecter la renonciation à accession, entraîne la création d'un droit de superficie au profit de l'épouse. Cette renonciation consentie à titre principal ne s'analyse pas en la création d'un droit de superficie-conséquence (224). Si l'époux a investi des fonds personnels dans les constructions, il dispose d'un droit de créance contre l'épouse, mais non d'un droit de propriété. L'épouse n'est par ailleurs redevable d'aucune indemnité d'occupation pour l'utilisation exclusive des dépendances de la maison (Liège, 28 janvier 2015, inédit, 2013/RG/1108).

Si le droit de superficie est constitué à titre gratuit, il peut s'analyser en une donation entre époux, laquelle est révocable *ad nutum* si elle n'a pas été effectuée par contrat de mariage (art. 1096). Selon le tribunal de la famille de Liège (division Verviers), tel est le cas lorsque la renonciation à l'accession a été effectuée par le mari dans un acte postérieur au contrat de mariage en séparation de biens, sans qu'aucune redevance ne soit due par l'épouse, et alors que les parties n'ont pas dérogé à l'article 6 de la loi sur le droit de superficie et n'ont donc pas dispensé le mari de rembourser à celle-ci la valeur des constructions à la fin du droit. Le mari ayant déclaré dans ses conclusions d'instance révoquer la donation à son épouse a mis fin au droit de superficie et est redevenu propriétaire du terrain et des constructions (Trib. fam. Liège (div. Verviers), 9 mars 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 343).

B. — MODIFICATION DES CONVENTIONS MATRIMONIALES

121. — Modification du régime matrimonial. Forme. — Suivant l'article 1392 du Code civil, toute convention modificative du régime matrimonial doit être constatée par acte notarié. Si la forme authentique fait défaut, la modification du régime matrimonial sera nulle, de nullité absolue.

Selon la Cour de cassation, une convention concernant les relations patrimoniales des époux en cours de mariage, qui n'est pas une convention préalable à divorce par consentement mutuel, doit respecter la procédure légale de modification du régime matri-

(224) La superficie-conséquence découle d'un droit principal (emphytéose, usufruit, bail, servitude...) et emporte un certain droit de construire et d'être considéré comme propriétaire des constructions jusqu'à la fin du droit principal. Voy. pour plus de détails : P. LECOCQ, S. BOUFFLETTE, A. SALVÉ et R. POPA, *Manuel de droit des biens*, t. 2, *Droits réels principaux démembrés*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 361.

monial. Les règles en la matière sont de droit impératif, de sorte qu'un époux peut invoquer pour la première fois devant la Cour de cassation qu'il était interdit aux époux de conclure une convention concernant la liquidation et le partage du patrimoine commun préalablement à la dissolution du mariage (Cass., 25 février 2010, *Pas.*, 2010, p. 555; *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 1072, note J.-L. RENCHON; *R.W.*, 2011-2012, p. 446 (somm.); *R.A.B.G.*, 2011, p. 371). Nous pensons, avec M. Renchon, qu'il faut nuancer les termes de cet arrêt : si effectivement une convention de partage partiel du *patrimoine commun*, comme dans l'espèce soumise à la Cour, doit respecter la procédure de modification du régime matrimonial (hors l'hypothèse des conventions préalables à divorce par consentement mutuel), tel n'est pas nécessairement le cas de toute « convention concernant leurs rapports patrimoniaux ». Ainsi par exemple, une sortie d'indivision entre époux séparés de biens est envisageable sans modification de régime matrimonial (*infra*, n° 150)(225).

C'est donc à juste titre que la cour d'appel de Gand annule la convention par laquelle des époux, séparés mais non encore divorcés, ont entièrement liquidé leur régime matrimonial, sans respecter les formes de l'article 1394 du Code civil. Toutefois, dans la mesure où les époux ont exécuté cette convention postérieurement au divorce, la cour estime qu'il y a eu un nouvel accord de volontés sur la liquidation, même à défaut de nouvel *instrumentum* (Gand, 28 avril 2016, *T. Not.*, 2016, p. 895; *T.E.P.*, 2017, p. 61; *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 623 (somm.)). De même, est nulle la convention sous seing privé par laquelle des époux, en cours de mariage, fixent définitivement la valeur de leur biens propres respectifs et clôturent implicitement les comptes de reprises et récompenses à intervenir lors de la liquidation (Gand, 5 novembre 2015, *R.W.*, 2017-2018, p. 585; *T.E.P.*, 2016, p. 211).

Selon la cour d'appel de Bruxelles, lors de l'acquisition par un conjoint marié en séparation de bien d'un immeuble à son seul nom, suivie d'une *contre-lettre* dans laquelle les époux organisent leurs droits lors de la dissolution du mariage et reconnaissent qu'ils sont propriétaires indivis de l'immeuble en question, la contre-lettre doit s'analyser comme une convention modificative du contrat de mariage. Elle devait donc, à peine de nullité,

(225) J.-L. RENCHON, note sous Cass., 25 février 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, pp. 1074-1075.

être constatée par acte authentique (Bruxelles, 20 octobre 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1145).

La forme authentique s'impose également pour l'ajout d'une clause de la maison mortuaire (*sterfhuisbeding* — *infra*, n° 135) à un régime de communauté. Si l'acte authentique est frappé de nullité à défaut d'avoir été valablement signé par toutes les parties, cette nullité s'étend à la convention même, s'agissant d'un acte solennel. En l'absence de modification valable du régime et de testament, la succession du conjoint prémourant devra être liquidée en suivant les règles de la dévolution légale et les droits de succession seront dus en application de l'article 2 du Code des droits de succession (Civ. Liège, 30 novembre 2011, *F.J.F.*, 2012, p. 588).

122. — Nouvelle procédure. Suppression de l'homologation judiciaire. — Avant la réforme de la procédure de modification du régime matrimonial par une loi du 18 juillet 2008, coexistaient trois procédures (petite — moyenne — grande) qui suscitaient des difficultés d'application, notamment en cas d'adjonction d'un patrimoine commun interne à un régime de séparation de biens, suivie de près d'un apport à ce patrimoine (voy. not. : Gand, 15 novembre 2007, *Notamus*, 2007/3, p. 47, note K. BOONE; *T.E.P.*, 2008, p. 176; Anvers, 28 mars 2007, *N.F.M.*, 2007, p. 230, note J. FACQ et A. SIBIET; *T.E.P.*, 2008, p. 174, qui concluent tous deux à l'application de la procédure «moyenne» dans ce cas et acceptent d'homologuer les apports).

Dans sa rédaction antérieure à la loi du 9 juillet 1998, l'article 1319, 1°, du Code judiciaire imposait la publication au *Moniteur belge* d'un extrait de la requête et de la décision homologuant la modification de régime matrimonial, sauf lorsque la modification n'emportait pas la liquidation du régime préexistant ou un changement dans la composition des patrimoines. En vertu de l'ancien article 1396 du Code civil, la modification n'était opposable aux tiers qu'à compter de la publication d'un extrait de la décision d'homologation au *Moniteur belge*. Suivant la Cour de cassation, la combinaison de ces anciennes dispositions implique que l'adjonction d'une clause d'attribution intégrale de communauté au conjoint survivant, qui n'implique ni liquidation préalable du régime ni modification dans la composition des patrimoines, ne doit pas avoir fait l'objet d'une publication au *Moniteur belge* pour être opposable aux tiers (inopposabilité dont se prévalait un enfant de l'époux prédécédé — Cass., 9 juin 2016, *R.W.*, 2016-2017, p. 1303, note; *T. Not.*, 2016, p. 645).

La loi du 18 juillet 2008 a supprimé l'homologation judiciaire des actes modificatifs du régime matrimonial durant le mariage. Toutes les modifications sont aujourd'hui soumises à une procédure notariée simplifiée, dont la seule modulation est l'exigence d'un inventaire selon que la modification envisagée emporte ou non la liquidation du régime préexistant (art. 1394)(226). Depuis le 1^{er} septembre 2015, la publicité est assurée par une inscription au registre central des contrats de mariage (art. 1395, § 1^{er})(227), outre une transcription lorsque le contrat comporte un transfert de droit réel immobilier (art. 1 loi hypothécaire). Les modifications du régime sont opposables aux tiers à dater de cette inscription dans le registre (art. 1395, § 2).

123. — Modification du régime matrimonial soumis à une loi étrangère. — La loi du 18 juillet 2008 n'a supprimé l'intervention du tribunal qu'en cas de modification des conventions matrimoniales par des époux *belges*. En revanche, l'homologation judiciaire reste nécessaire dans le cas d'une modification, en Belgique, d'un régime matrimonial soumis à une loi étrangère qui la prescrit. Il en va de la sécurité juridique et de l'opposabilité de la modification dans les deux pays concernés. La cour d'appel de Mons précise qu'il revient au tribunal de première instance (228), doté d'une compétence résiduaire, de prononcer l'homologation prescrite par le droit étranger. En l'espèce, deux époux français mariés sous le régime de la séparation de biens et résidant en Belgique entendaient modifier leur contrat de mariage, modification nécessitant une homologation judiciaire lorsque l'un ou l'autre des époux a des enfants mineurs suivant l'article 1397 du Code civil français (Mons, 15 juin 2009, *R.G.D.C.*, 2010, p. 294, note C. DE BUSSCHERE; *Rec. gén. enr. not.*, 2010, n^o 26.106, p. 303, obs. V. VANDERCAM et V. LELUBRE, réformant Civ. Tournai, 30 janvier

(226) Voy. pour plus de détails : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 328-337, n^{os} 312-318.

(227) Certaines modifications sont par ailleurs publiées par mention au *Moniteur belge* (art. 4, § 2, loi du 13 janvier 1977 portant approbation de la Convention relative à l'établissement d'un système d'inscription des testaments et portant introduction d'un registre central des contrats de mariage, faite à Bâle le 16 mai 1972). Pour plus de détails : R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2016, pp. 247-248, n^{os} 434-437; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 325, n^o 309.

(228) Aujourd'hui le tribunal de la famille, compétent pour les « demandes relatives aux régimes matrimoniaux » (art. 572bis, 9^o, C. jud.).

2009, *Rev. dr. étr.*, 2009, p. 258 (somm.); *R.G.D.C.*, 2009, p. 492; *Rev. not. b.*, 2009, p. 333) (229).

124. — Modification du régime matrimonial. Incapacité. — La personne protégée déclarée incapable de conclure un contrat de mariage (art. 492/1), pourra néanmoins conclure un tel contrat ou modifier son régime matrimonial moyennant l'autorisation préalable du juge de paix, qui statue sur la base du projet d'acte notarié (art. 1397/1). Le juge pourra autoriser l'administrateur à agir seul ou à assister la personne protégée (230).

Dans le cadre de l'ancien régime de l'administration provisoire, le juge de paix de Zottegem a dû se prononcer (sur la base de l'ancien art. 488*bis*, H, § 3) sur le projet de modification du régime matrimonial d'une personne protégée désirant faire l'apport d'un immeuble propre à la communauté. L'immeuble devait subir des travaux de rénovation devant être financés par un emprunt pour lequel l'autorisation du juge était également sollicitée. Constatant que cet emprunt sera à charge de la communauté et que l'acte notarié prévoit des modalités de protection de la personne protégée en cas de rupture (la communauté lui étant alors redevable de la valeur de l'apport), le juge autorise la modification du régime. Il précise que cette autorisation ne dispense pas le notaire de s'assurer que la personne protégée dispose d'un consentement valable au moment de la passation de l'acte (*J.P. Zottegem*, 3 juin 2011, *R.W.*, 2012-2013, p. 30; *J.J.P.*, 2013, p. 417; *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 325, (somm.)).

125. — Modification d'une institution contractuelle réciproque. — Un jugement du tribunal de première instance de Gand est l'occasion de rappeler que lorsque des époux ont stipulé une institution contractuelle réciproque dans leurs conventions matrimoniales, ils ne pourront revenir sur celle-ci qu'en modifiant leur contrat de mariage suivant la procédure des articles 1394 et suivants du Code civil (Civ. Gand, 20 novembre 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 221 (somm.); *T. Not.*, 2013, p. 570).

(229) Pour plus de détails: H. JACOBS, «La suppression de l'intervention du tribunal dans les procédures de modification du régime matrimonial (loi du 18 juillet 2008). Modifications présentant un aspect international», in *Chroniques notariales*, vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 398.

(230) F. DEGUEL, «La loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine: vers une simplification?», *R.G.D.C.*, 2013, p. 302, n° 39; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 244, n° 182-4.

126. — Annulation de l'acte modificatif pour vice de consentement. — Dans une affaire soumise au tribunal de la famille de Namur, une épouse se prévalait de la nullité d'un acte modificatif du contrat de mariage par lequel elle avait fait apport d'un immeuble et d'un terrain propre à une société d'acquêts limitée à ces biens adjointe au régime par le même acte. Elle invoquait l'*erreur* comme vice de consentement dès lors qu'elle avait consenti à l'apport en vue d'améliorer la situation fiscale du couple, en permettant à son époux indépendant de déduire les charges relatives à l'immeuble, mais que cette amélioration ne s'était jamais produite, l'époux ayant continué à déduire forfaitairement ses frais professionnels. Ce dernier relativisait l'objectif fiscal et invoquait la volonté des époux, à l'époque, de corriger le déséquilibre entre leurs participations respectives aux charges du mariage (les revenus du mari représentant le double de ceux de l'épouse), d'autant que les mensualités du prêt hypothécaire grevant l'immeuble étaient payées au départ d'un compte indivis.

Le tribunal estime que l'épouse a effectivement commis une erreur substantielle dès lors que l'apport n'a pas été apte à réaliser l'optimisation fiscale voulue. Cet élément était déterminant du consentement de l'épouse et est entré dans le champ contractuel. Le tribunal estime par ailleurs que l'époux a lui aussi commis une erreur: le déséquilibre entre les contributions respectives aux charges du mariage qui aurait, selon lui, justifié l'apport était en réalité inexistant, chaque époux ayant contribué en proportion de ses facultés. L'acte est annulé et seul demeure le contrat originaire de séparation de biens pure et simple (Trib. fam. Namur (div. Namur), 19 octobre 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 1008).

C'est en raison du *dol* commis par l'époux que la cour d'appel de Gand annule quant à elle l'acte modificatif du contrat de mariage visant à passer d'un régime communautaire à un régime de séparation de biens pure et simple, de même que l'inventaire qui le précède. L'époux, ayant une liaison depuis plusieurs années, avait usé de plusieurs manœuvres frauduleuses pour faire accepter à l'épouse une modification de régime matrimonial et surtout une liquidation du régime préexistant largement défavorables à cette dernière, pour ensuite introduire la procédure en divorce quelques mois plus tard. L'époux avait d'abord pris le soin de transférer d'importants fonds communs au sein de ses différentes sociétés dans les années précédant la modification du régime. Pour faire accepter le changement à l'épouse, il avait alors invoqué des

menaces qui pesaient sur le patrimoine commun en raison de l'existence de dettes professionnelles (une obligation de rachat des parts d'un associé) et privées (suite à un accident de la route commis en état d'ivresse). L'inventaire du patrimoine commun, obligatoire dès lors que la modification emporte la liquidation du régime préexistant (art. 1394, § 2, al. 2), avait été réalisé de manière volontairement vague par l'époux, en ne renseignant notamment pas l'ensemble des avoirs bancaires et des dettes du couple (outre d'autres mentions obligatoires faisant défaut). La cour estime que le caractère incomplet de l'inventaire au regard des exigences de l'article 1183 du Code judiciaire ne constitue pas une cause de nullité de celui-ci. Il participe néanmoins aux manœuvres frauduleuses fomentées par l'époux et doit donc être appréhendé comme un tout avec l'acte modificatif. Enfin, quant à la liquidation du régime communautaire préexistant, largement défavorable à l'épouse, la cour relève que le partage des biens et la formation des lots ne correspondent même pas au souci de protection du patrimoine conjugal invoqué par le mari puisque la plupart des biens (principalement les parts de société) lui sont attribués tandis que le logement familial demeure en indivision. Sur la base de l'ensemble de ces éléments, la cour considère à juste titre que l'époux s'est rendu coupable d'un dol (art. 1116) ayant vicié le consentement de l'épouse, qui n'aurait pas accepté la modification si elle avait eu connaissance de l'intention de divorcer de son conjoint (Gand, 9 février 2017, *T. Not.*, 2017, p. 949).

C. — LES RÉGIMES CONVENTIONNELS EN COMMUNAUTÉ

127. — Apport d'un bien au patrimoine commun. Limitation à concurrence d'une somme ou d'une quotité. — L'apport au patrimoine commun d'un ou plusieurs bien(s) déterminé(s), dont la valeur est indiquée dans le contrat de mariage, peut être limité à concurrence d'une certaine *somme*. Dans ce cas, il est dû par le patrimoine commun à la dissolution du régime une « récompense » égale à la différence entre la valeur des biens apportés au jour de l'apport et la valeur à concurrence de laquelle ils ont été apportés (art. 1454).

Bien que cela soit plus rare, il est également possible de limiter son apport à concurrence d'une certaine *quotité* du bien, la quotité restante demeurant propre à l'apporteur. Selon M. Cartuyvels, le bien apporté appartient alors pour partie au patrimoine commun et pour partie patrimoine propre de l'époux, et non au patrimoine

commun pour le tout (231). La cour d'appel de Liège partage cette analyse et estime que le bien apporté dans une certaine proportion (apport d'un immeuble à concurrence de 1360/1610^e) se trouve «en indivision» entre le patrimoine commun et le patrimoine propre de l'époux apporteur. Elle refuse d'appliquer l'article 1454 du Code civil, de stricte interprétation, et rejette la demande de récompense formulée par l'époux apporteur sur la base de cette disposition (aucune récompense n'étant par ailleurs prévue dans le contrat, qui excluait la faculté de reprise de l'article 1455) (Liège, 7 septembre 2010, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 14 (somm.); *J.L.M.B.*, 2011, p. 371, note (critique) L. ROUSSEAU).

128. — Suite. Reprise de l'apport. — L'époux qui a fait apport d'un bien propre à la communauté a la faculté de le reprendre en nature, lors du partage, en l'imputant sur sa part (art. 1455). Des difficultés peuvent naître lorsque le bien apporté est une parcelle de terrain à bâtir sur laquelle les époux ont construit durant le mariage et qu'ils n'ont pas renoncé à l'accession.

Il s'agit tout d'abord de déterminer si le terrain apporté existe toujours «en nature» dans le patrimoine commun. À cet égard, les cours d'appel d'Anvers et de Gand estiment que la construction n'empêche pas de considérer qu'il est toujours présent en nature. Le bien doit figurer à l'actif commun, mais pas nécessairement sous sa forme initiale; il peut avoir subi des modifications substantielles (232) (Gand, 9 novembre 2006, *N.j.W.*, 2007, p. 470, note G. VERSCHULDEN; *T. Not.*, 2008, p. 196, note C. DE BUSSCHERE; Anvers, 9 mars 2005, *N.F.M.*, 2006, p. 221, note H. CASMAN). La cour d'appel de Gand semble néanmoins être revenue sur sa position dans un arrêt du 10 décembre 2015, lequel a toutefois été sanctionné par la Cour de cassation en raison d'un défaut de motivation (Gand, 10 décembre 2015 et Cass., 17 février 2017, commentés *supra*, n° 106).

(231) B. CARTUYVELS, «Les régimes de communauté conventionnelle», in Y.-H. LELEU et L. RAUCENT (dir.), *Les régimes matrimoniaux. 4. Les régimes conventionnels – Le droit transitoire*, Rép. Not., t. V, liv. II, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 159, n° 1231. *Contra*: L. ROUSSEAU, «Apport au patrimoine commun et avance sur part de communauté: deux modalités originales», note sous Liège, 7 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 375, n° 7.

(232) En ce sens: Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 346, n° 323; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 338, n° 614. *Contra*: S. MOSSELMANS, «Inbreng van bouwgrond en het recht van terugname in de zin van artikel 1455 B.W.», in *Patrimonium 2006*, Anvers, Intersentia, 2006, pp. 339 et s.

Dans un arrêt du 5 novembre 2015, la cour d'appel de Bruxelles considère qu'il serait contraire aux principes fondamentaux du régime de communauté (*supra*, n° 117) que d'importants travaux de transformation à un immeuble apporté, financés par le patrimoine commun, restent acquis à l'époux qui dispose de la faculté de reprendre l'immeuble sans aucune forme de récompense. En l'espèce, la clause modulant la faculté de reprise par l'époux apporteur, « à titre de préciput », ne prévoyait de récompense que pour le remboursement de l'emprunt hypothécaire grevant le bien au moment de l'apport, mais sans exclure expressément les autres causes de récompense (Bruxelles, 5 novembre 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 975). Une clause d'apport à titre gratuit au patrimoine commun « sans récompense en faveur de l'époux apporteur lors de la dissolution » est en revanche licite dès lors qu'elle n'exclut pas tout compte relatif aux récompenses à naître, mais uniquement la récompense du fait de l'apport, cause existante au jour où il a été réalisé (Trib. fam. Namur (div. Namur), 5 janvier 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 1008).

À défaut de précisions contractuelles, la reprise du terrain par l'époux apporteur s'effectuera avec les constructions érigées. Elle peut donc entrer en conflit avec l'attribution préférentielle du bien lorsque le bâtiment constitue le logement familial. Le juge conserve, selon nous, une marge d'appréciation pour faire primer l'une sur l'autre (*supra*, n° 106). Le droit de reprise s'exerce, en principe, le jour du partage et n'opère pas avec effet rétroactif. L'époux apporteur qui aurait continué à occuper le bien durant la procédure de divorce et les opérations de liquidation devra donc rendre compte à la masse de son occupation jusqu'au partage (Anvers, 29 avril 2009, *N.F.M.*, 2010, p. 152, note (critique) J. VERSTRAETE).

129. — Suite. Condition résolutoire de divorce. — Il peut être avantageux, tant pour des motifs civils que fiscaux, de stipuler l'apport sous condition résolutoire de divorce (ou de prédécès du conjoint de l'apporteur) (233). Lors de la réalisation de la condition, le bien fait retour dans le patrimoine de l'apporteur, avec effet rétroactif. La validité de la clause sur le plan civil

(233) Voy. pour plus de détails : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 346, n° 324 ; J. LARUELLE, « La transmission du patrimoine immobilier au conjoint survivant : le contrat de mariage comme outil de planification successorale », *R.G.D.C.*, 2016, p. 290.

a été controversée (234). À juste titre selon nous, la cour d'appel de Gand confirme qu'elle ne contrevient pas au principe d'immuabilité du régime matrimonial (puisque la qualification du bien ne change pas en cours de régime mais seulement à la dissolution), pas plus que la condition ne serait purement potestative (235). Elle ne porte pas davantage atteinte aux droits des tiers compte tenu de la publicité (de l'acte modificatif) du contrat de mariage (Gand, 10 mars 2016, *T. Not.*, 2016, p. 663; *T.E.P.*, 2017, p. 59; *R.W.*, 2017-2018, p. 830; *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 622 (somm.)). Si le patrimoine commun a financé des travaux au bien apporté (en l'espèce la construction du logement familial sur le terrain apporté), il sera créancier d'une récompense si la condition se réalise (236).

130. — Communauté universelle. Composition. —

Suivant l'article 1453 du Code civil, les époux qui font le choix du régime de la communauté universelle font entrer dans le patrimoine commun tous leurs biens (et leurs dettes) présents et futurs, à l'exception des biens à caractère personnel et droits exclusivement attachés à la personne. La Cour de cassation précise que les époux demeurent libres (art. 1387) *d'exclure certains biens* de la communauté, pour autant qu'ils respectent les caractéristiques essentielles du régime. Une telle stipulation doit cependant être certaine, compte tenu de la qualification commune résiduaire applicable au régime de communauté universelle (art. 1451, al. 3) (Cass., 11 octobre 2012, *Pas.*, 2012, p. 1891, concl. J. GENICOT; *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 966 (somm.); *R.W.*, 2013-2014, p. 1266 (somm.); *T. Not.*, 2013, p. 419).

La communauté universelle supporte «toutes les dettes» (art. 1453, al. 2), tant sur le plan de la contribution que de l'obligation. Cette disposition vise toute dette propre, quelle qu'en soit la cause, exigible au début de la communauté universelle. Sont cependant exclues les dettes qualifiées propres par l'article 1407 du Code civil, ce qui a été confirmé par la Cour de cassation dans

(234) Voy. not. : J. VERSTRAETE, «Inbreng in gemeenschap», in C. CASTELEIN, A. VERBEKE et L. WEYTS (dir.), *Notariële actualiteit 2008-2009*, Gand, Larcier, 2008, pp. 47-53, n° 13-20; Comité d'Étude et de Législation, «Dossier n° 4379. Régime matrimonial – Apport d'un bien à la communauté sous condition résolutoire», in *Travaux du Comité d'Étude et de Législation. Année 2008-2009*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 203-262.

(235) Les conditions résolutoires purement potestatives ne sont par ailleurs pas frappées de nullité, au contraire des conditions suspensives purement potestatives.

(236) En ce sens : Ph. DE PAGE, «Les clauses relatives aux effets au jour du divorce du régime matrimonial de ou en communauté», in J.-L. RENCHON et F. TAINMONT (dir.), *L'autonomie de la volonté et les conventions entre époux ou cohabitants*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 106-107.

un arrêt, assez bref, du 6 octobre 2011 (Cass., 6 octobre 2011, *Pas.*, 2011, p. 2146; *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 965 (somm.), note J.L.R.) (237).

Nous ne pensons pas que cela entraîne une rupture de cohérence du régime de communauté universelle (238), car la raison de la qualification propre des dettes par l'article 1407 en régime légal est principalement liée à l'exercice de pouvoirs de gestion, dont le régime est impératif (art. 1451, al. 1^{er}). Les créanciers propres auront comme gage les biens exclus de la communauté, les revenus du débiteur, et d'autres biens communs en fonction des possibilités d'extension de l'obligation à la dette (art. 1409 et s.).

131. — Suite. Nécessité d'une liquidation-partage. — Le régime de la communauté universelle, même s'il implique la fusion des trois patrimoines, sous réserve de certains biens ou dettes qui pourraient demeurer propres (*supra*, n° 130), nécessite une liquidation-partage à sa dissolution.

Lorsque le contrat de mariage porte adoption de la communauté universelle, sans restriction, et attribution intégrale de celle-ci en pleine propriété au conjoint survivant, la liquidation s'avèrera nécessaire pour déterminer si le seuil de l'article 1464, alinéa 2, du Code civil — protégeant la réserve des enfants — est dépassé. Le choix de la communauté universelle implique vraisemblablement des apports, et justifie que soit calculée la masse fictive aux fins d'apprécier si une partie de ces apports peut être qualifiée de donation imputable sur la quotité disponible et réductible. Cette action accordée aux enfants du couple (239) à titre d'héritiers réservataires leur donne qualité pour agir en liquidation-partage d'un tel régime, malgré l'unicité de patrimoine et malgré leur apparente privation de tout droit dans le patrimoine conjugal (Civ. Malines, 21 mai 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 429 (somm.); *T. Not.*, 2009, p. 246, note L. WEYTS). L'on rappellera que l'applicabilité de l'article 1464, alinéa 2, à la communauté universelle repose sur l'article 1451, dernier alinéa, du Code civil, aux termes duquel les époux restent soumis aux règles du régime légal auxquelles leur contrat de mariage ne déroge pas.

(237) En ce sens déjà : Civ. Turnhout, 28 novembre 1996, *R.G.D.C.*, 1998, p. 594.

(238) *Contra* : J.-L. RENCHON, note sous Cass., 6 octobre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 965.

(239) Les enfants issus d'une autre union bénéficient d'une protection plus étendue (art. 1465).

La nécessité d'une liquidation-partage en communauté universelle a également été incidemment abordée par la cour d'appel de Bruxelles, réformant un jugement qui avait ordonné la vente d'un immeuble non commodément partageable à la demande d'un époux, alors que l'autre en demandait l'attribution préférentielle. La cour refuse d'ordonner la vente car les opérations de liquidation — nécessaires même en communauté universelle — traînaient notamment par la faute des parties ou du notaire, de sorte qu'on ne savait pas encore si l'immeuble pourrait entrer dans l'un des deux lots à former (Bruxelles, 14 décembre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1271, note J.-L. RENCHON, commenté *supra*, n° 98 en ce qui concerne le rejet de la demande d'attribution préférentielle).

132. — Suite. Déchéance des apports en cas de divorce (non). — À défaut de condition résolutoire expresse (240), le bien apporté en communauté universelle peut être repris à titre onéreux (art. 1455), mais ne réintègre pas le patrimoine personnel de l'apporteur par la « déchéance » qui frappe d'autres avantages matrimoniaux (art. 299 — *infra*, n° 138) (241). Certains essaient alors de reprocher au notaire qui a stipulé l'apport de ne pas les avoir avertis des conséquences du divorce sur celui-ci.

Dans une affaire soumise à la cour d'appel de Gand, des époux avaient fait procéder en 1978 à une modification de leur régime matrimonial légal et adopté la communauté universelle, avec apport par l'épouse d'un immeuble propre qu'elle avait acquis en 1977 alors qu'elle en était déjà nue-propriétaire à concurrence d'1/12^e par succession (art. 1400, 4). Cet apport en communauté était logiquement réclamé par le mari, car la communauté avait financé les 11/12^e restant et l'usufruit au moyen d'un emprunt conjoint. L'épouse obtint le divorce contre son mari en 1999 et voulut récupérer « son » bien. En droit des régimes matrimoniaux, elle est déboutée par application de la jurisprudence de la Cour de cassation et de la Cour constitutionnelle qui ne considèrent pas l'apport comme un avantage matrimonial déchu par

(240) Pour plus de détails, voy. not. Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage : entre conventions et controverses », in *Le défi du notaire*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 94 et s., n°s 25 et s.

(241) Cass., 12 janvier 2017, inédit (commenté *infra*, n° 138); Cass., 23 novembre 2001, *E.J.*, 2002, p. 27, note K. VANWINCKELEN; *Rev. not. b.*, 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; C.A., 23 novembre 2005, *N.F.M.*, 2006, p. 186, note C. CASTELEIN et M. MUYLLE; *R.W.*, 2006-2007, p. 397, note M. MUYLLE.

l'article 299(242) (ancien en l'espèce; seulement au détriment de l'époux coupable; ici le mari). En droit de la responsabilité notariale, elle est déboutée aussi, car le conseil d'apporter le bien donné par le notaire en 1978 était justifié en opportunité eu égard à sa faible quotité dans le bien racheté à ses co-indivisaires et au financement du surplus par le patrimoine commun. Le notaire n'a pas non plus failli à son devoir de conseil en bon père de famille car la controverse sur la déchéance de l'apport en cas de divorce était vive, avec des arrêts de cours suprêmes et des interprétations doctrinales contradictoires entre 1874 et 2001 (Gand, 29 mars 2007, *Notamus*, 2007/2, p. 28; *T. Not.*, 2007, p. 416; *R.A.B.G.*, 2008, p. 254, note A. RENIERS).

D. — LES AVANTAGES MATRIMONIAUX

133. — Extension de la théorie des avantages matrimoniaux aux régimes séparatistes. — Une majeure partie de la doctrine estime que la théorie des avantages matrimoniaux est applicable aux régimes séparatistes car elle repose sur la notion d'*acquêts* qui transcende les régimes(243). Il importe peu qu'aucune disposition légale ne prévoit la possibilité de stipuler des avantages matrimoniaux dans les régimes de séparation de biens(244). La doctrine qui admet une extension de la théorie des avantages matrimoniaux en séparation de biens plaide, à juste

(242) Plus particulièrement Cass., 12 janvier 2017; Cass., 23 novembre 2001; et C.A., 23 novembre 2005, précités.

(243) Voy. not: H. CASMAN et A. VERBEKE, «Wat is een huwelijksvoordeel?», *N.F.M.*, 2005, p. 294; Y.-H. LELEU, «Avantages matrimoniaux. Notion, clauses dissymétriques, impact fiscal», in A.-C. VAN GYSEL (dir.), *Conjugalité et décès*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2011, pp. 56-62, n^{os} 34-39; A. VERBEKE, «Le conjoint survivant, prolongement du couple. Protection du conjoint survivant par contrat de mariage», p. 28, n^o 20 et «Séparation de biens avec clause de participation relative aux acquêts: avantage matrimonial ou avantage réductible?», pp. 202-203, n^{os} 181-183, in Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS et M. BOURGEOIS (dir.), *Manuel de planification patrimoniale. Le couple. Décès. Livre 4*, Bruxelles, Larcier, 2009. Pour une position plus nuancée: M. VAN MOLLE, «Raison et déraison des avantages matrimoniaux», in M. VAN MOLLE (coord.), *La famille et son patrimoine en questions*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 95-98, spéc. n^o 28.

(244) *Contra*: C. DE WULF, «Een kritische doorlichting van de recente rechtspraak en rechtsleer in verband met de sterfhuisclausule», *T. Not.*, 2008, p. 471; W. PINTENS, C. DECLERCK et J. DU MONGH, «Huwelijksvoordelen in scheidings- en participatiestelsels. Tussen droom en daad», in *Patrimonium 2009*, Anvers, Intersentia, 2009, pp. 395-398. Comp.: L. VOISIN, «Avantages matrimoniaux et libéralités entre époux séparés de biens», *Rev. not. b.*, 2005, p. 689, n^o 12, qui, bien qu'il estime que l'extension de la théorie des avantages matrimoniaux en séparation de biens ne peut se justifier *de lege lata*, plaide en faveur d'une détermination du caractère onéreux des clauses des contrats séparatistes en fonction de leur composante aléatoire et réciproque.

titre, pour une application par analogie des articles 1458, alinéa 2, 1464, alinéa 2, et 1465 du Code civil (245).

La cour d'appel d'Anvers s'est prononcée une première fois en ce sens dans un arrêt du 5 octobre 2004 (à propos d'une clause «*alsof*»), estimant qu'il peut être question d'un avantage matrimonial dans un régime de séparation de bien dès lors qu'il porte sur des *acquêts*, quand bien même ces acquêts ne seraient pas compris dans un patrimoine commun (246). Elle confirmera sa jurisprudence dans un second arrêt du 24 juin 2008 (Anvers, 24 juin 2008, *A.F.T.*, 2009, p. 30, note B. INDEKEU; *F.J.F.*, 2010, p. 217; *R.W.*, 2008-2009, p. 876; *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 953 (somm.); *T.E.P.*, 2008, p. 356, note A. VERBEKE; *T. Not.*, 2008, p. 486; voy. également: Anvers, 16 juin 2015, *F.J.F.*, 2016, p. 33 (somm.); Anvers, 19 mai 2015, *Cour. fisc.*, 2015, p. 866, note, commentés *infra*, n° 149).

La proposition de loi réformant les régimes matrimoniaux tranche la question en rendant expressément les articles 1429*bis*, 1464 et 1465 applicables par analogie aux régimes séparatistes (247).

134. — Attribution intégrale de communauté. — Avant la modification des articles 727 et 1429*bis* du Code civil par la loi du 10 décembre 2012, on pouvait « hériter » par contrat de mariage de ceux qu'on assassine (248). Dans une tragique affaire déferée à la cour d'appel d'Anvers, le tuteur *ad hoc* des enfants du couple tentait d'éviter que le mari condamné pour le meurtre de sa femme recueille l'intégralité de la communauté en vertu d'une clause d'attribution intégrale optionnelle, en propriété ou pour partie en usufruit au choix du survivant. Pour préserver l'équité et la

(245) Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux. Notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », *op. cit.*, p. 59, n° 37.

(246) Anvers, 5 octobre 2004, *F.J.F.*, 2006, p. 185; *N.F.M.*, 2004, p. 268, note A. VERBEKE; *Rec. gén. enr. not.*, 2005, p. 301, note; *Rev. not. b.*, 2005, p. 706, note L. VOISIN; *T.F.R.*, 2005, p. 374, note M. DELBOO et G. DEKNUDT; *T. Not.*, 2007, p. 510. Voy. notre commentaire in « Examen de jurisprudence (1997-2005). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2007, pp. 144-148, n° 109.

(247) Nouvel article 1469, § 1^{er}, al. 4, du Code civil (proposition de loi du 13 décembre 2017 modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 2848/001, pp. 22-23 et p. 76).

(248) L'ancien article 727 du Code civil étant de stricte interprétation et la Cour de cassation française ayant dû se résigner à la nature contractuelle de la transmission *mortis causa* par contrat de mariage: Cass. Fr., 7 avril 1998, *Bull. civ.*, I, n° 146; *D.*, 1998, p. 529, note THIERRY; *JCP G*, 1998, II, 10197, note PUIGELLIER; *R.T.D. civ.*, 1998, p. 457, note VAREILLE, qui estime qu'aucune déchéance pour indignité ne peut avoir lieu.

morale, la cour trouve comme principal moyen juridique à l'appui de son refus d'appliquer la clause, l'article 1178 du Code civil, qui répute accomplie la condition lorsque le débiteur obligé sous cette condition en a empêché l'accomplissement. Selon la cour, l'attribution intégrale de communauté a été stipulée sous condition suspensive de survie du conjoint bénéficiaire, quel qu'il soit. Or, en tuant son épouse, le mari a empêché que se réalise la condition de son prédécès (ou celle de survie de son épouse). Cette condition est donc réputée accomplie au profit de son bénéficiaire, en logique l'épouse. Mais comme celle-ci est morte, elle est réputée accomplie au profit de ses enfants (Anvers, 12 novembre 2007, *N.j.W.*, 2008, p. 688, note G.V., confirmant Civ. Malines, 3 janvier 2007, *T. Not.*, 2008, p. 220, note L. WEYTS) (249). Ce raisonnement est à la limite du toléré par l'article 1178. La cour considère implicitement que le mari est le débiteur d'attribution intégrale sous condition de son prédécès ou de survie de son épouse. Or celle-ci est morte et lui vit encore. Aussi la cour doit-elle poser que l'épouse « survit fictivement » au mari et à ses enfants... En outre, en l'espèce, la clause était optionnelle et réservait l'option « au survivant uniquement ». Le tribunal en appelle surabondamment à la volonté des parties, qui n'aurait pas pu viser le cas du meurtre comme hypothèse de dissolution du régime matrimonial. Il faut néanmoins approuver cette décision en opportunité.

L'intention des époux de gratifier économiquement le conjoint survivant ne doit pas faire perdre de vue la différence profonde de nature entre un avantage matrimonial et une donation. Dans un jugement du 15 novembre 2013, le tribunal civil de Namur a interprété une clause maladroitement rédigée en clause d'attribution totale de la communauté, et donc comme un avantage matrimonial, plutôt que comme une donation (nulle, selon lui, pour contrariété à l'article 1097 du Code civil). La convention intitulée « Attribution communauté D. » stipulait que les époux se faisaient mutuellement « donation entre vifs », mais seulement pour le cas de survie du donataire, de tous les biens meubles et immeubles qui composeront le patrimoine commun. Pour qualifier la convention d'avantage matrimonial et non de donation, le tribunal a fait application de l'article 1157 du Code civil selon lequel « lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec

(249) Déjà en ce sens, et à l'appui de la motivation: Gand, 15 février 1973, *R.W.*, 1973-1974, p. 430.

lequel elle n'en pourrait produire aucun». Or, si la clause devait être interprétée comme une donation mutuelle entre époux, elle serait nulle, car réalisée dans un seul et même acte. Elle doit donc être qualifiée d'avantage matrimonial. Cette décision étonne, car la convention devait alors être considérée comme un acte modificatif du régime matrimonial des époux, mais n'en revêtait pas la forme (Civ. Namur, 15 novembre 2013, *Rev. not. b.*, 2014, p. 248, note F. TAINMONT).

135. — Clause d'attribution totale sans condition de survie (*sterfhuisbeding*). — La clause «de la mortuaire» est une stipulation de partage inégal d'un patrimoine commun au profit d'un conjoint déterminé *sans condition de survie*. L'objectif civil de la clause est identique à celui de toute clause de partage inégal: protéger économiquement et juridiquement le conjoint survivant. S'y ajoute un objectif fiscal visant à transmettre une part de communauté supérieure à la moitié en franchise de droits de succession. Dans sa rédaction initiale, maintenue en Région wallonne, l'article 5 du Code des droits de succession taxe comme un legs toute attribution supérieure à la moitié, mais à la condition que la clause de partage inégal soit stipulée «sous condition de survie». Dans la pratique, la clause s'insère dans le cadre d'une programmation patrimoniale «à l'hiver de la vie» et doit son nom au fait qu'elle requiert une probabilité très élevée que le conjoint désigné bénéficiaire sera le survivant.

Plusieurs clauses sont rencontrées dans la pratique, dont la plus répandue a été soumise à l'appréciation de la Cour de cassation: «Le patrimoine commun est attribué à l'épouse quelle que soit la cause de dissolution du régime matrimonial»(250). La Cour de cassation a validé sur le plan civil la clause et mis fin à la controverse sur le traitement fiscal de l'excédent imputable et réductible de l'avantage matrimonial par trois arrêts des 10 décembre 2012, 5 janvier 2017 et 24 mars 2017.

Dans le premier arrêt, un conjoint avait procédé à deux modifications successives de son régime matrimonial: d'abord un apport en communauté de biens propres; ensuite, quatre mois plus tard, une attribution intégrale du patrimoine commun à l'autre conjoint sans condition de survie. En premier lieu, la Cour consacre la théorie d'A. Verbeke, suivie par de nombreux auteurs,

(250) Pour d'autres versions: Y.-H. LELEU, «Contrats de mariage: entre conventions et controverses», in *Le défi du notaire*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 106, n° 37.

selon laquelle l'« excédent » de l'avantage matrimonial au sens de l'article 1464, alinéa 2, du Code civil, n'est jamais une donation, mais toujours un avantage matrimonial (251). En second lieu, elle consacre la thèse, soutenue notamment par R. Barbaix, selon laquelle un avantage matrimonial ne doit pas nécessairement être conditionné par la survie de l'époux bénéficiaire (252). Enfin, en matière fiscale, la Cour de cassation confirme (n° 7 de l'arrêt) ce que la plupart des commentateurs avaient prédit, à savoir que l'article 2 du Code des droits de succession, qui n'impose que les institutions contractuelles (et d'autres voies dévolutives), n'est pas applicable aux avantages matrimoniaux, pas même quand ceux-ci sont imputables sur la quotité disponible et, le cas échéant, réductibles (Cass., 10 décembre 2010, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 115, note V. DEHALLEUX; *F.J.F.*, 2011, p. 683, note; *J.T.*, 2011, p. 92, note N. GEELHAND DE MERXEM et Y.-H. LELEU; *Limb. Rechtsl.*, 2011, p. 120, note B. INDEKEU; *N.F.M.*, 2011, p. 168; *N.j.W.*, 2011, p. 545, note Ch. DECLERCK; *Pas.*, 2010, p. 3174; *Rec. gén. enr. not.*, 2011, p. 121, note N. GEELHAND DE MERXEM et Y.-H. LELEU; *Rev. not. b.*, 2011, p. 427, note S. LOUIS; *R.W.*, 2010-2011, p. 1436, note A. VERBEKE et R. BARBAIX; *T.E.P.*, 2011, p. 112, note A. VERBEKE et R. BARBAIX, note N. GEELHAND DE MERXEM; *T. Fam.*, 2011, p. 138, note F. BUYSENS; *T. Not.*, 2011, p. 11; *T.F.R.*, 2011, p. 170, note G. DEKNUDT. Dans le même sens: Cass., 5 janvier 2017, *Rec. gén. enr. not.*, 2017, p. 136; *R.P.P.*, 2017, p. 196; *F.J.F.*, 2017, p. 139 (somm.), note; Cass., 24 mars 2017, inédit, F.15.0189.N).

Dans une décision administrative du 15 juillet 2011, l'administration fiscale avait alors affirmé son intention de taxer la clause de la maison mortuaire sur la base de l'article 5 du Code des droits de succession (décision du 15 juillet 2011, n° E.E./103.490, *Rép. R.J.*, S-5/04-05, *Rec. gén. enr. not.*, 2011, n° 26.308, p. 293). Une circulaire du 31 août 2011 annonçait également une possible taxation au titre de l'article 7 du même Code.

La jurisprudence de fond n'a pas suivi l'administration et a rejeté massivement la taxation de la clause (voy. not.: Gand,

(251) En ce sens déjà: A. VERBEKE, «Huwelijksvoordelen. Een tweede Antwerps mijlpaalarrest», *T.E.P.*, 2008, pp. 285-286; H. CASMAN et A. VERBEKE, «Wat is een huwelijksvoordeel?», *N.F.M.*, 2005, pp. 292-297.

(252) R. BARBAIX, «Het sterfhuisbeding. Civielrechtelijke aspecten», in *Huwelijksvoordelen, Handboek Estate Planning*, Gand, Larcier, 2010, pp. 53-61 et *passim*; Y.-H. LELEU, «Contrats de mariage et planification successorale: trois modalités de partage fiscalement avantageuses», in N. BAUGNIET et J.-F. TAYMANS (dir.), *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, Louvain-la-Neuve, Academia-Brylant, 2008, pp. 86-87.

23 juin 2015, *Cour. fisc.*, 2015, p. 897, note; Bruxelles, 9 septembre 2014, *J.D.F.*, 2015, p. 111, note A. CULOT; *R.P.P.*, 2014, p. 453, note M. VAN MOLLE; *Rec. gén. enr. not.*, 2014, p. 400; Gand, 24 juin 2014, *R.W.*, 2014-2015, p. 1070, note I. DE TROYER; *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 683 (somm.); Gand, 17 juin 2014, *T.F.R.*, 2014, p. 903, note G. CEENAEME; Mons, 9 mai 2014, *R.P.P.*, 2014, p. 449, note M. VAN MOLLE; Anvers, 24 juin 2008, *A.F.T.*, 2009, p. 30, note B. INDEKEU; *T.E.P.*, 2008, p. 356, note A. VERBEKE; *T. Not.*, 2008, p. 486; *R.W.*, 2008-2009, p. 876; *F.J.F.*, 2010, p. 217; *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 953 (somm.); Civ. Anvers, 18 décembre 2013, *T.F.R.*, 2014, p. 912; Civ. Bruges, 19 juin 2013, *Fiscologue*, 2014, liv. 1374, p. 12, note; Civ. Nivelles, 18 mars 2013, *Rec. gén. enr. not.*, 2013, p. 344; Civ. Bruxelles, 5 mars 2013, *T.E.P.*, 2013, p. 97, note H. CASIER; Civ. Namur, 21 février 2013, *F.J.F.*, 2013, p. 699; *Rec. gén. enr. not.*, 2014, p. 103; *T.E.P.*, 2013, p. 94, note H. CASIER; Civ. Bruges, 16 janvier 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 222 (somm.); *R.W.*, 2013-2014, liv. 6, p. 231; *T.E.P.*, 2013, p. 89, note H. CASIER; *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2013, p. 286; Civ. Liège, 10 janvier 2013, *Rec. gén. enr. not.*, 2013, p. 112; *T.E.P.*, 2013, p. 84, note H. CASIER; Civ. Mons, 6 septembre 2012, *F.J.F.*, 2013, p. 1050; Civ. Nivelles, 6 janvier 2012, *Cour. fisc.*, 2012, liv. 6, p. 350, note H. COUBEAU et P. SOETE; *Fiscologue*, 2012, liv. 1288, p. 12, reflet CB; *J.T.*, 2012, liv. 6471, p. 219, note Y.-H. LELEU; *Rec. gén. enr. not.*, 2012, p. 134, note N. GEELHAND; *T.E.P.*, 2012, p. 30, note R. BARBAIX et A. VERBEKE et 2013, p. 71, note H. CASIER; *T.F.R.*, 2012, p. 606, note T. DUMONT). Cette jurisprudence doit être approuvée car l'article 5 est une mesure anti-abus spécifique instaurant une fiction légale, de stricte application, tandis que l'article 7 ne peut davantage s'appliquer à une convention de mariage, acte à titre onéreux (Cass., 5 janvier 2017 et Cass., 24 mars 2017, précités).

L'administration ne renonce pas et a défendu la thèse selon laquelle l'article 5 s'applique dès que, *dans les faits*, le conjoint survivant recueille plus de la moitié de la communauté, indépendamment de l'existence d'une condition contractuelle de survie. Mais la Cour de cassation a rejeté également cette interprétation de l'article 5 du Code des droits de succession (Cass., 28 avril 2016, *Rec. gén. enr. not.*, 2017, p. 32, note Ph. DE PAGE; *Cour. fisc.*, 2016, p. 708, note C. DE BRUYN; *N.F.M.*, 2016, p. 244; *R.P.P.*, 2017, p. 189 et Cass., 28 avril 2016, *T. Not.*, 2016, p. 411; *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2016, p. 395, note F. DANCET).

Enfin, l'administration fiscale a tenté de soutenir que la clause était nulle en application de l'article 9, § 1^{er}, de la loi du 25 Ventôse an XI contenant organisation du notariat, au motif que le notaire qui constate l'existence d'intérêts contradictoires ou d'engagements disproportionnés doit attirer l'attention des parties et les aviser qu'il leur est loisible de désigner un autre notaire ou de se faire assister par un conseil, mention qui doit figurer dans l'acte notarié, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. À juste titre, la Cour relève que la violation de l'article 9, § 1^{er}, ne constitue pas une cause de nullité de l'acte authentique, dès lors que cette disposition n'est pas reprise à l'article 114 de la loi. L'acte modificatif du contrat de mariage est donc valable (Cass., 5 janvier 2017, *Rec. gén. enr. not.*, 2017, p. 136, *R.P.P.*, 2017, p. 196; *F.J.F.*, 2017, p. 139 (somm.), note).

Deux arrêts de la cour d'appel de Liège font exception à cette quasi-unanimité de la jurisprudence. La cour a suivi la position de l'administration fiscale dans deux arrêts des 28 novembre 2014 et 27 mars 2015, le premier validant une possible taxation sur la base de l'article 5 du Code des droits de succession, le second validant la taxation sur la base de l'article 7 (Liège, 28 novembre 2014, *R.P.P.*, 2015, p. 365, note V. DEHALLEUX; Liège, 27 mars 2015, *R.P.P.*, 2015, p. 371, note V. DEHALLEUX; *T.F.R.*, 2016, p. 502, note N. NIJBOER). Dans le premier arrêt, la clause de la mortuaire portait sur certains biens déterminés dans le contrat de mariage. La cour en déduit qu'elle ne correspond pas à la définition de la clause de la maison mortuaire, mais bien à celle d'un préciput (art. 1457), un avantage matrimonial accordé uniquement à l'époux survivant. Partant, elle estime que la clause entre dans le champ d'application de l'article 5 du Code des droits de succession. Néanmoins, l'époux survivant échappe à la taxation dans la mesure où les biens qu'il avait reçus n'excédaient par la moitié de la valeur du patrimoine commun. Ce raisonnement manque de cohérence, car si la clause devait être qualifiée de préciput — *quod non* — il fallait alors constater que le restant du patrimoine commun devait encore être partagé par moitié entre le conjoint survivant et la succession du conjoint prédécédé, entraînant *de facto* le dépassement du seuil de l'article 5 (253).

(253) En ce sens: V. DEHALLEUX, «La cour d'appel de Liège taxe (par deux fois) la clause de la mortuaire», note sous Liège, 28 novembre 2014 et 27 mars 2015, *R.P.P.*, 2015, p. 376, n° 6; J. LARUELLE, «La transmission du patrimoine immobilier au conjoint survivant: le

Pour lutter contre la clause, le législateur flamand a adapté l'article 2.7.1.0.4 du Code flamand de la fiscalité, étendant (à dater du 1^{er} juillet 2015) le champ d'application de la fiction légale aux avantages matrimoniaux conclus sans condition de survie, ce qui devrait sonner le glas de la clause de la mortuaire en Flandre. En Région wallonne, la nouvelle disposition anti-abus (art. 106 C. succ.) devrait freiner l'utilisation de la clause. D'emblée, celle-ci est en effet apparue sur la *black list* des circulaires administratives comme constitutive d'un abus fiscal (254). À notre connaissance, aucune décision judiciaire ne s'est encore prononcée sur l'application de la nouvelle disposition anti-abus à une clause de la maison mortuaire.

136. — Clause optionnelle. — L'arrêt déjà commenté du 12 novembre 2007 de la cour d'appel d'Anvers (*supra*, n° 134) offre une illustration d'une intéressante technique de programmation patrimoniale par contrat de mariage. La clause de partage inégal optionnelle laisse au survivant plusieurs choix, en l'espèce celui de recueillir le patrimoine commun en pleine propriété ou la moitié en propriété et la moitié en usufruit. Elle lui permet de moduler unilatéralement la taxation qu'il subira sur la base de l'article 5, en fonction de ses propres besoins de protection patrimoniale et de la qualité des rapports familiaux avec les enfants communs et/ou non communs. Elle peut contenir comme alternatives des clauses plus ou moins optimisées fiscalement (255) mais controversées, et laisser ainsi *in fine* la prise de risque au conjoint survivant, éclairé par le notaire au moment d'effectuer son choix.

La cour reconnaît la validité de la clause, qui n'est pas contestée, et la qualifie à juste titre d'avantage matrimonial et non d'institution contractuelle. Elle reconnaît aux enfants de l'épouse (assassinée), en qualité d'héritiers, le droit d'exercer l'option. C'est anormal car la clause d'attribution optionnelle sert exclusivement les intérêts du conjoint bénéficiaire lorsqu'ils sont potentiellement

contrat de mariage comme outil de planification successorale», *Rec. gén. enr. not.*, 2016, p. 296.

(254) Circulaire du 19 juillet 2012, n° 8/2012 (abrogée) remplacée par la circulaire du 10 avril 2013, n° 5/2013.

(255) Voy. not. H. CASMAN, «Clause d'attribution optionnelle / clause d'attribution optionnelle moyennant soulte», in Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS, M. BOURGEOIS (dir.), *Manuel de planification patrimoniale, Livre 4, Le couple, Décès*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 143; D. MICHIELS, «Fiscale aspecten van huwelijkscontracten», *T. Not.*, 2007, pp. 431 à 491, spéc. pp. 460 et s.; J. VERSTRAETE, «Verblijvingsbedingen. Verblijvingsbedingen onder last. Keuzebedingen onder last», in *Liber amicorum P. Delnoy*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 555 et s.

contraires à ceux de ses enfants ou des enfants de son conjoint (Anvers, 12 novembre 2007, *N.j.W.*, 2008, p. 688, note G.V.).

137. — Clause d'attribution intégrale (optionnelle) avec charge (clause Casman). — Madame Casman a proposé d'assortir la clause d'attribution inégale ou intégrale du patrimoine commun au conjoint survivant (le cas échéant optionnelle) d'une charge, de sorte que, *in fine* et en valeur, le conjoint survivant ne reçoit pas plus de la moitié de la communauté. Cette clause est traditionnellement nommée « clause Casman » ou « *verblijvingsbeding onder last* ». La clause échappe à la taxation (256) sur le pied de l'article 5 du Code des droits de succession car la charge diminue d'autant l'actif successoral taxable au décès du survivant, de sorte que, *in fine*, la taxation globale est la même que si les époux n'avaient pas dérogé au partage égal de communauté (257).

L'administration fiscale considère la clause comme abusive au regard de la nouvelle disposition anti-abus (art. 106 C. succ.) (258). C'est du moins en ce sens que s'est prononcé le Service des Décisions Anticipées. La clause envisagée visait l'attribution au conjoint survivant de la totalité du patrimoine commun ou de tous les biens communs qu'il désignera, moyennant le paiement d'une charge à la succession du prémourant égale à la valeur nette de la moitié de la part du patrimoine commun qu'il choisira, dans la mesure où cette valeur excéderait 50 % du patrimoine commun. Il était en outre prévu que la charge porterait intérêts de plein droit jusqu'au paiement, celui-ci pouvant être fait à tout moment par le conjoint survivant, mais ne pouvant être exigé aussi longtemps qu'il sera en vie. Le SDA reconnaît d'abord que l'attribution de tout ou partie du patrimoine commun au conjoint survivant poursuit des motifs civils tels que la protection de ce dernier, le maintien de son cadre de vie ou encore la volonté d'éviter un démembrement de propriété. Néanmoins, il estime que le paiement d'une charge qui ne devient exigible qu'au décès du conjoint

(256) Pour autant que la créance inscrite à l'actif successoral du prémourant soit stipulée productive d'intérêts. À défaut, compte tenu du paiement différé, elle aurait une valeur vénale inférieure à son montant nominal et ne compenserait pas complètement la part reçue par le conjoint survivant (J. LARUELLE, « La transmission du patrimoine immobilier au conjoint survivant : le contrat de mariage comme outil de planification successorale », *Rec. gén. enr. not.*, 2016, p. 293).

(257) H. CASMAN, « Régimes matrimoniaux et droits de succession », *op. cit.*, pp. 20-23.

(258) La clause suscite par ailleurs d'autres difficultés sur le plan fiscal, notamment lorsqu'elle porte sur des immeubles : J. LARUELLE, « La transmission du patrimoine immobilier au conjoint survivant : le contrat de mariage comme outil de planification successorale », *Rec. gén. enr. not.*, 2016, pp. 293-294.

survivant ne se justifie pas par d'autres motifs que d'éviter les droits de succession. D'une part, l'existence réelle de la charge pourrait être mise en doute dès lors qu'elle s'éteint par confusion au moment même où elle devient exigible, ce qui lui conférerait un caractère « artificiel ». D'autre part, il serait douteux que la charge puisse être reprise à l'actif de la succession du prémourant dès lors que l'attribution correspondante des biens communs n'aurait pas lieu à cause de mort mais en vertu du contrat de mariage (décision anticipée n° 2013.040 du 18 juin 2013, *Rec. gén. enr. not.*, 2013, p. 317, note Ph. DE PAGE; *T. Not.*, 2014, p. 208, note L. WEYTS; *Rev. not. b.*, 2014, p. 376, note N. GEELHAND DE MERXEM) (259).

M. Geelhand de Merxem a fermement condamné la position du SDA, notamment parce qu'il ne motive pas en quoi les époux se placeraient, par la clause envisagée, en dehors des objectifs de l'article 5 du Code des droits de succession (puisqu'au décès du prémourant la moitié de la communauté (la créance) est taxée comme le veut cette disposition) (260). Il estime par ailleurs que c'est à tort que le SDA décide que la créance ne pourrait être inscrite à l'actif successoral du conjoint prédécédé dès lors que cette créance résulte de la liquidation du régime matrimonial et constitue la part du prémourant dans le patrimoine commun. Si M. De Page partage son avis sur ce dernier point, il approuve en revanche la décision du SDA en ce qu'elle constate le caractère artificiel de la créance lorsque la clause empêche toute exigibilité du vivant du conjoint survivant. Il conseille donc le paiement de la créance du vivant du conjoint survivant et d'éviter la rédaction de clauses excluant toute exigibilité avant le décès de ce dernier (261).

138. — Déchéance des avantages matrimoniaux (art. 299). Champ d'application. — Depuis sa modification par la loi du 27 avril 2007 (262), l'article 299 du Code civil pres-

(259) Certaines revues mentionnent erronément la date du 4 février 2013 en référence.

(260) N. GEELHAND DE MERXEM, « L'attribution de la communauté moyennant charge: abus fiscal ? », *Rev. not. b.*, 2014, pp. 383-384, n° 8 et « Is het gebruik van de Casman-clausule een fiscaal misbruik? », in B. CARETTE et R. BARBAIX (dir.), *Tendensen Vermogensrecht 2014*, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 260-264, n° 25-34.

(261) Ph. DE PAGE, note sous décision anticipée n° 2013.040 du 18 juin 2013, *Rec. gén. enr. not.*, 2013, p. 322 et Ph. DE PAGE et M. VAN MOLLE, « La programmation patrimoniale à l'heure de l'introduction d'une mesure générale anti-abus en matière fiscale: état de la question », *R.P.P.*, 2014, pp. 398-399, n° 68-73; M. VAN MOLLE, « Raison et déraison des avantages matrimoniaux », in M. VAN MOLLE (coord.), *La famille et son patrimoine en questions*, Limal, Anthemis, 2015, p. 90, n° 18.

(262) La modification visait à étendre son application à toute forme de divorce et à réserver une convention contraire. Voy. pour plus de détails: F. BUYSENS, « Echtscheiding door onderlinge toestemming na de wet van 27 april 2007 », *N.F.M.*, 2008, pp. 18 et s.;

crit, pour toute forme de divorce et sans considération des torts, la déchéance de tous les « avantages » faits par contrat de mariage ou depuis le mariage, sauf convention contraire.

Dans un arrêt rendu à propos de l'article 299 dans sa rédaction antérieure à 2007, la Cour de cassation rappelle que la notion d'avantage comprend, d'une part, les libéralités entre époux (par contrat de mariage ou sous toute autre forme), d'autre part, les avantages matrimoniaux qui constituent des droits de survie (263). Sont en revanche exclus les avantages qui résultent de la composition de la communauté, notamment l'*apport* d'un bien propre (en l'espèce à une société d'acquêts adjointe à un régime de séparation de bien avec participation aux acquêts — Cass., 12 janvier 2017, R.G. n° C.12.0380.F, inédit) (264).

Le tribunal de première instance de Namur a également exclu du champ d'application de l'article 299 (ancien) l'avantage résultant d'une clause du contrat de mariage stipulant que le bien apporté (un immeuble) « sera repris en pleine propriété par Madame X., à titre de préciput, à charge de compenser le patrimoine commun du passif ayant grevé le bien apporté et remboursé par le patrimoine commun ». Après avoir admis que la clause est un préciput, instaurant un partage inégal avec obligation de récompenser, et non une simple faculté de reprise dérogeant à la règle du partage en nature, le tribunal examine si la clause comporte ou non un avantage matrimonial. Il estime que le caractère onéreux de la clause n'est pas seulement présumé mais réel, compte tenu de l'obligation de récompenser le patrimoine commun. Le préciput en question ne constitue dès lors pas un avantage matrimonial au

S. LOUIS, « Le nouveau divorce par consentement mutuel », in Y.-H. LELEU et D. PIRE (dir.), *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 134-139, n° 5-11 ; G. VERSCHELDEN, « De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht, Deel II. De echtscheiding door onderlinge toestemming – de scheiding van tafel en bed – de huwelijksvoordelen », *T. Fam.*, 2007, p. 160, n° 76.

(263) Selon nous, cette formulation n'implique pas que seuls les avantages matrimoniaux stipulés sous condition de survie seraient frappés de caducité. Néanmoins, l'avantage stipulé « quelle que soit la cause de dissolution du régime » (par ex. la clause de la mortuaire) constitue selon nous une « convention contraire » au sens de l'article 299 nouveau : Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage : entre conventions et controverses », in *Le défi du notaire. Entre liberté et contraintes normatives*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 96, n° 18 et p. 100, n° 23 ; *contra* : F. BUYSENS, « Echtscheiding door onderlinge toestemming na de wet van 27 april 2007 », *N.F.M.*, 2008, p. 18, n° 56.

(264) En ce sens déjà : Cass., 23 novembre 2001, *Pas.*, 2001, p. 1929 ; *E.J.*, 2002, p. 27, note K. VANWINCHELEN ; *Rev. not. b.*, p. 318, note C. GIMENNE ; *T. Not.*, 2002, p. 86 ; *R.W.*, 2001-2002, p. 1608, note ; *R.G.D.C.*, 2003, note W. PINTENS ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 634, note. La Cour d'arbitrage n'y a pas vu de discrimination : C.A., 23 novembre 2005, *N.F.M.*, 2005, p. 186.

sens de l'article 299 du Code civil, l'épouse conservant la faculté de reprendre son bien malgré le divorce prononcé à ses torts (Civ. Namur, 23 avril 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 983; *Rev. not. b.*, 2016, p. 70).

La *désignation bénéficiaire d'une assurance-vie* est une donation indirecte en principe visée par l'article 299 (265), sauf lorsqu'elle constitue une mesure de prévoyance à titre onéreux. Selon la cour d'appel de Gand, tel est le cas de la désignation de l'épouse de l'assuré en tant que bénéficiaire d'une assurance solde restant dû lorsque cette assurance est liée à un crédit hypothécaire contracté pour le financement d'un immeuble commun et que les primes ont été payées au moyen de fonds communs. L'assurance solde restant dû ne fait que supprimer la charge de l'emprunt suite au décès du preneur qui entraîne la disparition de son revenu et donc de sa contribution à cette charge. Il s'agit d'un acte de prévoyance et non d'une donation, même indirecte; ce n'est donc pas un avantage matrimonial au sens de l'article 299 (Gand, 3 septembre 2015, *Bull. Ass.*, 2016, p. 341).

La réforme des régimes matrimoniaux modifie le champ d'application de l'article 299 du Code civil en proposant une nouvelle rédaction, suivant laquelle «sauf convention contraire, le divorce entraîne la caducité des droits de survie que les époux se sont concédés par contrat de mariage et depuis qu'ils ont contracté mariage» (266). Ainsi, la notion d'«avantages» disparaît au profit de celle de «droits de survie», ce qui entraîne le maintien des donations entre époux en cas de divorce, sans préjudice de la faculté de révocation en application de l'article 1096 du Code civil si celles-ci n'ont pas été réalisées par contrat de mariage (267).

139. — Déchéance des avantages matrimoniaux (art. 299). Droit transitoire. — Les enjeux de la déchéance des

(265) Sur l'articulation de l'article 299 avec l'article 1096 du Code civil (révocabilité *ad nutum* des donations entre époux): A. DEMORTIER, «La révocation *ad nutum* des donations entre époux est-elle mise à mal par l'article 299 du Code civil?», *R.P.P.*, 2015, p. 113; J.-L. RENCHON, «Actualités en droit des successions et des libéralités», in *États généraux du droit de la famille II*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 123-125, n^{os} 42-47.

(266) Le nouvel article 299 du Code civil sera applicable uniquement aux divorces résultant d'une demande introduite après l'entrée en vigueur de la loi (proposition de loi du 13 décembre 2017 modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n^o 2848/001, p. 99).

(267) Proposition de loi du 13 décembre 2017 modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n^o 2848/001, pp. 29-30.

avantages sont cruciaux pour leurs bénéficiaires, d'où l'intérêt de s'interroger sur l'application de l'article 299 «nouveau» aux divorces prononcés avant le 1^{er} septembre 2007 lorsque le décès survient après cette date. Le champ d'application plus large de l'article 299 actuel prive en effet les ex-conjoints «innocents» ou divorcés par consentement mutuel d'avantages qu'ils auraient conservés en vertu du droit ancien (art. 299 et 300 anc.) (268). Ce contentieux va cependant se tarir, car les liquidations entamées avant 2007 se raréfient.

La cour d'appel de Mons prononce la déchéance d'une *attribution bénéficiaire d'assurance-vie* au profit de l'ex-épouse d'un mari défunt, nommément désignée. Le contrat fut souscrit en 1984, le divorce par consentement mutuel prononcé en 2004 et le décès survint en 2009. L'ex-épouse était opposée à la nouvelle épouse du défunt contre la compagnie d'assurances aux fins d'obtenir le paiement du capital. L'article 108 de la loi du 25 juin 1992 stipulait que si le conjoint était nommément désigné bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie, il conservait ce bénéfice même si le preneur d'assurance se remariait, «sauf stipulation contraire ou application de l'article 299 du Code civil». L'épouse actuelle du preneur se prévalait de l'article 299 nouveau, qui vise toute forme de divorce, tandis que l'ex-épouse s'appuyait sur l'article 299 ancien, qui ne visait pas le divorce par consentement mutuel. L'épouse actuelle obtint gain de cause aux termes d'une motivation juste, mais à notre avis trop formellement axée sur le régime de l'institution contractuelle, alors que l'attribution bénéficiaire est une stipulation pour autrui (269) (Mons, 19 janvier 2012, *Bull. Ass.*, 2013, p. 69, note C. DEVOET).

Une première décision rendue par la cour d'appel de Bruxelles prononce la déchéance d'une *institution contractuelle* en raison d'un divorce antérieur à 2007. Suivant la thèse majoritaire en

(268) En faveur de l'application du droit ancien, voy. not.: P. SENAËVE, «Het overgangsrecht van de echtscheidingswet», in *De hervorming van de echtscheidingswet. Commentaar op de wet van 27 april 2007*, Anvers, Intersentia, 2008, pp. 242-243; P. MOREAU, «La perte des avantages que les époux se sont faits par contrat de mariage ou durant le mariage», in P. MOREAU (dir.), *Libéralités et successions*, CUP, vol. 134, Limal, Anthemis, 2012, pp. 166-167. En faveur de l'application du droit nouveau, voy. not.: Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 455, n^{os} 434-10; V. WYART, «La déchéance des avantages matrimoniaux : conséquences de la réforme du divorce», in A.-C. VAN GYSEL (dir.), *Conjugalité et décès*, Limal, Anthemis, 2011, p. 326; G. VERSCHELDEN, «De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht», *T. Fam.*, 2007, p. 162.

(269) Bien que le droit de désigner un bénéficiaire s'apparente au droit de tester: J.-Ch. ANDRÉ-DUMONT, *Assurance vie des particuliers*, Malines, Kluwer, 2009, p. 400.

doctrine(270), la cour relève que l'institution contractuelle ne produit ses effets qu'au décès, lequel intervient en l'espèce sous l'empire du nouvel article 299 du Code civil. Par conséquent, la déchéance peut frapper une institution contractuelle souscrite avant son entrée en vigueur, sans rétroactivité de la loi nouvelle. Ceci a pour conséquence en l'espèce que l'ex-épouse, divorcée depuis 1992 aux torts de son mari, est privée malgré son «innocence» du bénéfice de deux institutions contractuelles stipulées dans le contrat de mariage de séparation de biens avec communauté d'acquêts. Elle était opposée à la nouvelle épouse de l'ex-mari décédé et aux enfants du premier mariage de celui-ci, qui avaient repris l'instance (Bruxelles, 15 mai 2012, *T. Not.*, 2021, p. 351 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 331 (somm.)).

Une seconde décision rendue par la cour d'appel de Liège dans un contexte de faits similaire (divorce prononcé en 1998 aux torts du mari prédécédé) retient la position inverse et *maintient* l'institution contractuelle au bénéfice de l'épouse en application du droit ancien. La cour tire argument du caractère hybride de l'institution contractuelle — à la fois donation entre vifs et legs — pour juger que le droit de l'ex-épouse est en partie né lors du contrat (institution contractuelle hors contrat de mariage en l'espèce). De ce fait, la loi nouvelle aurait un caractère rétroactif (prohibé) si elle retirait à l'épouse «innocente» son droit d'héritage contractuel (définitivement) acquis au moment de la dissolution du mariage par le divorce(271). Nous renvoyons le lecteur à notre commentaire critique de l'arrêt, le raisonnement étant fondé sur une contradiction dans les motifs qui évoquent un droit né *en partie* à la date du contrat et une situation juridique *non définitivement constituée à la date du divorce*, qui devait entraîner l'application de la loi nouvelle. La solution retenue par la cour d'appel de Liège prolonge en outre les effets de l'ancien droit du divorce, ce qui est contraire aux

(270) Voy. not.: Y.-H. LELEU, «Le droit transitoire de la réforme du divorce: un an après», in Y.-H. LELEU (dir.), *Actualités de droit familial. Le point en 2008*, Limal, Anthemis, 2008, p. 94, n° 44; G. VERSCHELDEN, «De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht», *T. Fam.*, 2007, p. 162; V. WYART, «La déchéance des avantages matrimoniaux: conséquence de la réforme du divorce», in *Conjugalité et décès*, Limal, Anthemis, 2011, p. 326. *Contra*: à propos d'une institution contractuelle: P. MOREAU, «La perte des avantages que les époux se sont faits par contrat de mariage ou durant le mariage. Art. 299 et 311bis nouveaux du Code civil», in P. MOREAU (dir.), *Libéralités et successions*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 165-167.

(271) Dans le même sens: P. SENAËVE, «Het overgangsrecht van de echtscheidingswet», in *De hervorming van de echtscheidingswet. Commentaar op de wet van 27 april 2007*, Anvers, Intersentia, 2008, pp. 242-243.

objectifs de la réforme (Liège, 17 décembre 2014, *Rev. not. b.*, 2015, p. 532, note Y.-H. LELEU et A. PAULUS).

E. — LES RÉGIMES SÉPARATISTES

1. — *Composition des patrimoines*

140. — Biens meubles. Présomption d'indivision. — L'article 1468, alinéa 2, du Code civil instaure une présomption légale d'indivision des biens meubles, corporels ou incorporels (272), dont la propriété personnelle d'un des époux n'est pas établie (sur les modes de preuve: *supra*, n^{os} 16-20) (273).

Ainsi, des fonds placés sur un compte bancaire au nom des deux époux sont présumés indivis. Lorsque les époux se disputent la propriété exclusive des fonds, c'est la source d'alimentation du compte (fonds d'origine personnelle, revenus de biens indivis, ...) qui permettra de les départager (Liège, 11 février 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 943, note), pour autant qu'une individualisation soit (encore) possible (*supra*, n^o 93). Selon la cour d'appel de Gand, il ne suffit pas que le mari invoque une absence de revenu dans le chef de son épouse pour prouver contre la présomption d'indivision, le dépôt en compte commun pouvant traduire sa volonté de transférer à son épouse la moitié des avoirs en rémunération d'une collaboration gratuite (Gand, 27 mai 2004, *R.G.D.C.*, 2006, p. 372; *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 319 (somm.), commenté *infra*, n^o 155).

Un véhicule dont le contrat d'achat a été cosigné par les deux conjoints leur appartient en indivision, même si l'épouse démontre avoir financé intégralement l'acquisition (Anvers, 18 février 2015, *R.W.*, 2016-2017, p. 661; *T. Not.*, 2015, p. 636; *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 780 (somm.)).

La présomption d'indivision est impérative à l'égard des tiers qui peuvent en exiger l'application contre les époux (274). Si un créancier saisit un bien en invoquant la propriété de son débiteur,

(272) Voy. Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 307, n^o 241; Y.-H. LELEU, «Examen de jurisprudence (1997 à 2005). Régimes matrimoniaux», *R.C.J.B.*, 2007, p. 149, n^o 111.

(273) Voy. également: C. CASTELEIN, «Eigendomsrecht, eigendomsbewijs en eigendomsverschrijvingen in het stelsel van scheiding van goederen: hoe zuiver is de scheiding van goederen nog?», in R. BARBAIX et N. CARETTE (dir.), *Tendensen vermogensrecht 2017*, Anvers, Intersentia, 2017, pp. 94-107, n^{os} 10-19.

(274) Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 383, n^o 352; Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, «La liquidation et le partage des régimes de sépara-

en tout ou en partie, il appartient à l'autre époux, s'il revendique un droit de propriété exclusif ou indivis sur ce bien, de le prouver selon les modes prévus par l'article 1399, alinéa 2, du Code civil. Dans une affaire où une épouse revendiquait la propriété de fonds consignés auprès de la Caisse des dépôts et consignation à la suite d'une saisie pratiquée par un créancier de son mari, le tribunal de première instance d'Anvers estime, à juste titre, qu'il lui appartient de prouver qu'elle est la propriétaire exclusive des montants consignés. L'épouse n'y parvenant pas, le tribunal fait droit à la position du créancier saisissant et considère que les fonds appartiennent au mari débiteur. La présomption d'indivision aurait, selon nous, dû l'emporter à défaut d'élément établissant une propriété exclusive (Civ. Anvers, 17 janvier 2011, *Ius & Actores*, 2011, p. 171).

Dans un arrêt du 6 mars 2013, la Cour de cassation précise par ailleurs, dans un contexte de vol de biens dépendant d'une succession, que les présomptions civiles régissant la preuve de la propriété entre époux ne s'imposent pas à une juridiction répressive qui n'est pas tenue, en principe, par une hiérarchie de modes de preuve admissibles. L'article 1468 du Code civil n'empêche donc pas à la juridiction répressive de considérer, sur la base de sa libre appréciation des éléments de la cause, qu'un doute subsiste quant à l'appartenance des biens litigieux au patrimoine de l'époux prédécédé et, partant, quant à la réunion de l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction (Cass., 6 mars 2013, *Pas.*, 2013, p. 538; *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 189 (somm.)).

2. — *Gestion des patrimoines*

141. — Mandat entre époux. Reddition de compte. — Suivant l'article 1467 du Code civil, lorsqu'un époux a laissé l'administration de ses biens à son conjoint, ce dernier n'est tenu de rendre compte, à première demande ou à la liquidation, que des fruits existants et non de ceux consommés. Cette règle déroge au droit commun du mandat suivant lequel tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion «et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration» (art. 1993)(275). La *ratio legis* qui la fonde est le principe de confiance entre époux

tion de biens pure et simple», in *Liquidation et partage. Commentaire pratique*, Kluwer, feuil. mob., III.2.1.-4, n° 243.

(275) Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 304, n° 239.

et la présomption que le conjoint mandataire utilisera les fruits dans l'intérêt de la famille ou du mandant.

Le seul fait qu'un époux soit titulaire d'un mandat sur un compte bancaire n'implique pas qu'il administre ce compte au sens de cette disposition. Faute de transfert global de l'administration des biens, le mari ayant « vidé », à l'insu de son épouse, des comptes constitués de fonds présumés indivis, est redevable des fonds et des intérêts, comme tout indivisaire (Cass., 17 juin 2007, *N.F.M.*, 2007, p. 161, note H. CASMAN et A. RENIERS; Cass., 17 juin 2005, *Pas.*, 2005, p. 1352; *T. Not.*, 2008, p. 329, note F. BOUCKAERT; *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 256).

La cour d'appel d'Anvers applique ces principes dans une affaire où l'époux refusait de rendre des comptes sur la manière dont il avait géré et dépensé les revenus locatifs des immeubles propres de son épouse. Elle estime par ailleurs que la preuve d'un mandat n'est même pas rapportée par l'époux, à défaut d'écrit. Ce dernier est donc condamné à restituer l'ensemble des loyers (Anvers, 18 février 2015, *R.W.*, 2016-2017, p. 661; *T. Not.*, 2015, p. 636; *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 780 (somm.); *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 626 (somm.)). Dans une autre affaire, la même cour sanctionne un mari ayant transféré d'importants fonds depuis un compte d'épargne indivis vers un compte personnel. Compte tenu de son comportement frauduleux, l'époux ne peut se prévaloir de la clause du contrat de mariage suivant laquelle les fonds placés sur un compte bancaire ouvert à son nom sont réputés lui appartenir («*fraus omnia corrumpit*»). La cour estime en outre que l'existence d'un mandat est établie, dès lors que l'époux a reconnu, dans ses conclusions et lors de sa comparution personnelle, avoir effectué divers placements avec l'argent indivis (placements dont il soutenait qu'ils avaient fait perdre l'argent du couple). Il s'agit d'un aveu judiciaire qui dispense l'épouse de prouver par écrit l'existence du mandat. Enfin, la cour rejette la thèse du mari selon laquelle il ne devrait rendre des comptes que des fruits encore existants à la dissolution : l'article 1467 du Code civil ne prive pas l'épouse du droit de demander la reddition de comptes. À défaut de justification de l'emploi des fonds, l'époux mandataire doit les rapporter à l'indivision (Anvers, 10 juin 2015, *T. Not.*, 2016, p. 356).

Dans un arrêt du 28 avril 2017, la Cour de cassation fut amenée à poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle sur la compatibilité de l'article 1467 du Code civil avec les principes d'égalité et de non-discrimination, en ce que cette disposition

déroge à la règle générale de reddition de comptes de l'article 1993 du Code civil (Cass., 28 avril 2017, inédit, C.16.0075.N). La Cour constitutionnelle a censuré l'article 1467 dans un arrêt n° 58/2018 du 17 mai 2018 (inédit). La proposition de loi du 13 décembre 2017 corrige aussi cette incongruité, estimant qu'il « n'est pas justifié que la loi exclue la possibilité de cette reddition de comptes », et supprime en conséquence l'article 1467 du Code civil dans sa rédaction actuelle (276).

142. — Conclusion d'un contrat d'assurance incendie. —

La Cour de cassation rappelle que l'article 1416 du Code civil, qui détermine les pouvoirs de gestion concurrente des époux sur les biens dépendant du patrimoine commun, ne s'applique pas à la gestion d'un bien indivis par un époux marié sous le régime de la séparation de biens. Dans cette affaire, l'époux avait contracté seul une police d'assurance incendie pour l'immeuble indivis (277). L'épouse revendiquait la moitié de l'indemnité d'assurance en sa qualité de copropriétaire du bien, alors qu'elle n'avait ni la qualité d'assurée (278) ni de bénéficiaire. La cour d'appel de Liège avait fait droit à sa demande sur la base de l'article 1416, considérant que celui-ci s'appliquait « *mutatis mutandis* » à une police d'assurance souscrite par un époux séparé de biens pour protéger un immeuble dont il est propriétaire avec son épouse et qui constituait le logement familial lors de la souscription du contrat. La Cour de cassation conclut à la violation de cette disposition du régime légal et casse l'arrêt de la cour d'appel (Cass., 23 mai 2016, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1982, note N. SCHMITZ ; *R.W.*, 2017-2018, p. 823).

143. — Pouvoir de conclure un accord avec l'administration fiscale. — Un époux séparé de biens gère ses avoirs personnels et ses dettes, en ce compris ses revenus et les dettes fiscales y afférant. En conséquence, la participation de son conjoint à la

(276) Proposition de loi du 13 décembre 2017 modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 2848/001, p. 74.

(277) L'assurance incendie souscrite en son nom personnel par un des copropriétaires indivis du bien assuré ne couvre que sa part de propriété et ne bénéficie pas aux autres copropriétaires, sauf s'il résulte de l'assurance que le preneur a agi pour leur compte : Cass., 4 février 2013, *Pas.*, 2013, p. 303 ; *J.L.M.B.*, 2014, p. 849 ; *R.D.C.*, 2013, p. 529 ; *R.W.*, 2014-2015, p. 740 (somm.).

(278) Au moment de l'incendie, l'épouse ne vivait plus sous le même toit que son mari et ne pouvait par conséquent bénéficier de l'article 2 de l'arrêté royal du 24 décembre 1992 réglementant l'assurance contre l'incendie et d'autres périls en ce qui concerne les risques simples, qui confère la qualité d'assurés aux personnes qui vivent sous le même toit que l'assuré.

conclusion d'un accord concernant la taxation d'avantages de toute nature n'est pas requise. Selon la cour d'appel de Gand, le fait que le recouvrement de l'impôt ait lieu, comme en communauté, sur les trois patrimoines (art. 394, § 1^{er}, C.I.R./92), n'y change rien, pas plus le fait qu'un tel accord modifie le revenu professionnel imposable globalement des deux conjoints en raison de l'accroissement des revenus imposables de l'un d'eux (Gand, 21 décembre 2010, sélection publiée in *Fiscologue*, 2011, p. 12).

3. — *Correctifs conventionnels*

a. — *Séparation de biens avec patrimoine commun interne adjoint*

144. — Exigence de cohérence. — L'ajout d'un patrimoine commun interne — société ou communauté d'acquêts — à un régime de séparation de biens permet de tempérer la rigueur du régime, tout en préservant sa base séparatiste. L'exigence de cohérence du régime matrimonial impose que cette adjonction ne dénature pas le régime séparatiste, par exemple en raison d'une composition trop large du patrimoine adjoint. La séparation des patrimoines et l'indépendance de gestion des patrimoines personnels doivent également être préservées(279). La sanction d'une incohérence est, selon sa nature et son impact sur l'application du contrat, soit l'annulation de la clause, soit la requalification en régime à base communautaire(280), soit l'annulation du contrat de mariage. Dans les deux derniers cas, le régime légal s'applique en appui ou en substitution du contrat (art. 1451).

Une sentence arbitrale du 17 mai 2005 opte pour l'annulation de la clause incohérente qui qualifiait les dettes de personnelles au débiteur, tandis que la société d'acquêts était largement composée à l'actif (bénéfices et économies et tous les biens acquis pendant le mariage sauf preuve de propriété exclusive). L'arbitre ne s'estime pas lié par la qualification donnée par les parties au contrat et recherche la nature du régime au départ de leur volonté commune (art. 1156). Il estime la corrélation entre l'actif et le passif essentielle au sein d'un patrimoine commun et juge la composition très

(279) Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., p. 317, n° 297.

(280) Une communautarisation des revenus professionnels ou un principe de qualification commune résiduaire ferait, à notre avis, basculer la totalité du régime en régime de communauté. En ce sens : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., p. 447, n° 401 ; R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2017, p. 321, n° 564.

large de la communauté incohérente avec la volonté de maintenir propres les dettes. Toutefois, il n'annule ni requalifie le régime, mais répute non écrit l'article du contrat relatif aux dettes. En conséquence, celles-ci sont communes, comme l'actif (Sent. Arb., 17 mai 2005, *Rev. not. b.*, 2006, p. 639).

La cour d'appel de Bruxelles est, au contraire, parvenue à concilier les clauses relatives à l'actif et au passif malgré certaines incohérences : les dettes étaient stipulées personnelles ; la composition de la société était large, mais moins que dans l'exemple précédent (limitée aux meubles par nature, à l'exclusion des effets personnels, argent comptant, souvenirs de famille et biens mobiliers à caractère professionnel). La cour considère que le patrimoine interne demeure accessoire et ne dénature pas le régime. Elle combine les clauses du contrat, moyennant des amendements : les dettes afférentes aux biens qui composent l'actif de la société d'acquêts peuvent faire l'objet d'un recours sur ces biens. Tel n'était pas le cas des dettes de l'époux prédécédé, ses créanciers étant dès lors privés de tout recours sur l'actif du patrimoine commun interne, qu'une clause du contrat de mariage attribuait intégralement à l'épouse survivante (Bruxelles, 30 mars 2006, *J.T.*, 2007, p. 504, note P. PIRON).

145. — Application supplétive des dispositions du régime légal. — L'arrêt précité de la cour d'appel de Bruxelles reconnaît implicitement l'applicabilité du régime des *récompenses* du régime légal à une séparation de biens avec communauté d'acquêts largement composée (en commettant toutefois une erreur de droit transitoire quant à l'applicabilité des dispositions actuelles). Il adhère ainsi à la thèse, que nous défendons, selon laquelle un patrimoine adjoint à un régime séparatiste peut fonctionner entre époux comme une communauté, en préservant la base séparatiste, sans préjudice des droits des tiers qui demeurent autorisés à considérer le patrimoine adjoint comme une indivision⁽²⁸¹⁾ (Bruxelles, 30 mars 2006, précité).

La cour d'appel de Mons s'inscrit également dans cette tendance et applique la sanction du *recol* de communauté à une dissimulation de biens dépendant d'une société d'acquêts (Mons,

(281) Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., p. 449, n° 402.

23 décembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 80 ; *Rev. not. b.*, 2009, p. 778, note, commenté *supra*, n° 111) (282).

La cour d'appel de Gand se positionne en sens inverse dans un arrêt du 2 avril 2015 et refuse d'appliquer, à défaut de stipulation contractuelle, le régime des *récompenses* et de *l'attribution préférentielle* aux biens composant le patrimoine interne adjoint (le logement familial, quelques biens meubles et un compte bancaire). Selon la cour, la société d'acquêts *in casu* se différencie par deux critères d'un patrimoine commun : l'absence d'entrée automatique des revenus professionnels et l'absence de caractère résiduaire. Cette société serait dès lors une indivision de droit commun accessoire à un régime à base séparatiste, à laquelle ne pourraient s'appliquer les règles du régime de communauté (Gand, 2 avril 2015, *R.G.D.C.*, 2016, p. 82, note J. LARUELLE ; *T. Not.*, 2015, p. 620) (283). La cour renouvelle sa jurisprudence dans un arrêt du 3 septembre 2015 et ajoute que les dispositions supplétives du régime légal (art. 1390) ne trouvent pas à s'appliquer lorsque le contrat n'est ni contradictoire ni équivoque (Gand, 3 septembre 2015, *T. Not.*, 2015, p. 671).

146. — Attribution intégrale au conjoint survivant. —

Dans un litige opposant les héritiers du mari décédé après son épouse à l'administration fiscale, les premiers soutenaient qu'un immeuble avait été acquis par le couple en indivision de droit commun — et donc escomptaient ne déclarer qu'une moitié indivise dans la succession de leur père —, tandis que la seconde arguait que l'immeuble dépendait de la société d'acquêts, en l'espèce attribuée intégralement au mari lors du décès de l'épouse, pour taxer l'intégralité dans sa succession lors de son décès. Le contrat prévoyait que la société d'acquêts était composée des fruits et revenus nets des propres et des « économies faites ensemble ou séparément pendant le mariage ». Vainement les héritiers ont prétendu que par « économies », il fallait comprendre seulement des valeurs mobilières, espèces ou titres, et exclure de la société d'acquêts les immeubles achetés au moyen de telles économies, les

(282) Pour rappel, la proposition de loi du 13 décembre 2017 modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 2848/001) rend la sanction de recel applicable à tous les régimes matrimoniaux (*supra*, n° 109), de même en ce qui concerne l'attribution préférentielle (*infra*, n° 153).

(283) Pour plus de détails et une critique du raisonnement de la cour : 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, pp. 88-94.

acquêts au sens strict. Le tribunal de première instance de Namur fait droit à la thèse de l'administration fiscale en appliquant une règle de subrogation réelle au sein du patrimoine adjoint, reconnue par la doctrine(284), d'autant qu'en l'espèce les époux avaient expressément acquis l'immeuble « pour compte de la société d'acquêts » (Civ. Namur, 15 décembre 2010, *Rec. gén. enr. not.*, 2011, p. 149, note M.P.).

Implicitement, mais certainement, le tribunal reconnaît la possibilité d'attribuer intégralement la société d'acquêts au conjoint survivant. Cette clause véhicule un avantage matrimonial et est soumise au régime qui en découle, notamment à la protection des droits des enfants communs ou non communs (art. 1458, al. 2, 1464, al. 2, et 1465) et à l'article 5 du Code des droits de succession. La cour d'appel d'Anvers a également reconnu, à diverses reprises, la possibilité de stipuler des avantages matrimoniaux dans les régimes séparatistes, indépendamment de l'existence d'un patrimoine commun interne(285) (Anvers, 24 juin 2008 — clause de la maison mortuaire, arrêt pourtant prononcé en régime de communauté, *supra*, n^{os} 133 et 135; Anvers, 5 octobre 2004 — clause « comme si », *infra*, n^o 147).

b. — Participation aux acquêts

147. — Clause de participation aux acquêts. Clause « comme si ». — La clause de participation aux acquêts permet à chaque conjoint de participer, en valeur, aux accroissements de patrimoine de son époux, sans modifier la propriété personnelle des biens visés ni leur gestion indépendante(286). À la dissolu-

(284) Ph. PIRON, « La séparation de biens avec société d'acquêts », in Y.-H. LELEU et L. RAUCENT (dir.), *Rép. Not.*, t. V, *Les régimes matrimoniaux*, liv. 4, *Les régimes conventionnels. Le droit transitoire*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 96, n^o 1149; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 337, n^o 261.

(285) En ce sens not. : H. CASMAN et A. VERBEKE, « Wat is een huwelijksvoordeel? », *N.F.M.*, 2005, p. 294; Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux. Notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », in A.-C. VAN GYSEL (dir.), *Conjugalité et décès*, Limal, Anthemis, 2011, pp. 56-62, n^{os} 34-39; A. VERBEKE, « Le conjoint survivant, prolongement du couple. Protection du conjoint survivant par contrat de mariage », p. 28, n^o 20 et « Séparation de biens avec clause de participation relative aux acquêts : avantage matrimonial ou avantage réductible? », pp. 202-203, n^{os} 181-183, in Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS et M. BOURGEOIS (dir.), *Manuel de planification patrimoniale. Le couple. Décès. Livre 4*, Bruxelles, Larcier, 2009. *Contra* : C. DE WULF, « Een kritische doorlichting van de recente rechtspraak en rechtsleer in verband met de sterfhuisclausule », *T. Not.*, 2008, p. 471; W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH, « Huwelijksvoordelen in scheidings- en participatiestelsels. Tussen droom en daad », in *Patrimonium 2009*, Anvers, Intersentia, 2009, pp. 395-398.

(286) Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, *op. cit.*, p. 456, n^o 408; N. BAUGNIET, « La séparation de biens avec société d'acquêts : rêve d'un régime matrimonial idéal? », in

tion du régime, une « communauté comptable » est réalisée à partir des acquêts du couple et ensuite partagée entre les époux selon la clé de répartition déterminée dans le contrat, en attribuant au conjoint qui s'est constitué moins d'acquêts au cours du mariage une créance finale de participation (287). La clause peut être modulée à la fois quant aux acquêts sur lesquels sera calculée la créance de participation, quant à la clé de répartition entre les époux, et quant aux modalités et moment (périodique ou final) de la participation.

La réforme des régimes matrimoniaux devrait insérer dans le Code civil un cadre légal supplétif pour le régime de la participation aux acquêts, directement inspiré de l'Accord franco-allemand du 4 février 2010 instituant un régime matrimonial optionnel de la participation aux acquêts (288). Elle impose également une obligation d'information renforcée de la part du notaire, qui devra expressément mentionner dans le contrat de mariage qu'il a attiré l'attention de chacun des époux sur les conséquences juridiques de l'adoption ou non d'une clause de participation aux acquêts (nouvel article 1469, § 3).

Pour optimiser la transmission du patrimoine conjugal, les époux peuvent stipuler la clause, le cas échéant à titre optionnel, « comme si les époux étaient mariés sous le régime de la communauté universelle » et attribuer en valeur au conjoint survivant la moitié, voire la totalité, de la masse ainsi constituée. Sur le plan civil, la cour d'appel d'Anvers reconnaît dans le fonctionnement de la clause « comme si » (*alsof beding*) un avantage matrimonial à titre onéreux. En l'espèce, la créance de participation s'élevait à la moitié de la valeur de la communauté universelle fictive. La cour précise que la clause ne peut jamais être considérée comme une libéralité pour autant que ce que l'époux reçoit par la créance de participation, combinée à ses propres acquêts, ne dépasse pas la valeur de la totalité des acquêts des deux époux ensemble (ou de la moitié s'il y a des enfants d'un précédent mariage). Le seuil de l'article 1464 du Code civil n'est pas dépassé, même en présence

Liber amicorum Jean-François Taymans, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 2-5.

(287) Pour plus de détails sur le mode de calcul de la créance: Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., pp. 460-466, n^{os} 410-412; T. VAN HALTEREN, «Du nouveau en matière de séparation de biens avec créance de participation aux acquêts?», in M. VAN MOLLE (coord.), *La famille et son patrimoine en questions*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 51-59.

(288) Proposition de loi du 13 décembre 2017 modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n^o 2848/001, pp. 23-26 et 78-95.

d'apports du prémourant, puisque la clause n'attribue que la contre-valeur de la moitié des acquêts (Anvers, 5 octobre 2004, *F.J.F.*, 2006, p. 185; *N.F.M.*, 2004, p. 268, note A. VERBEKE; *Rec. gén. enr. not.*, 2005, p. 301, note; *Rev. not. b.*, 2005, p. 706, note L. VOISIN; *T.F.R.*, 2005, p. 374, note M. DELBOO et G. DEKNUDT; *T. Not.*, 2007, p. 510).

L'arrêt consacre la thèse de Mme Casman, pour qui la notion d'avantage matrimonial n'est pas liée à l'existence d'un régime de communauté mais à celle d'acquêt, à savoir tout bien acquis ou créé pendant le mariage grâce aux efforts conjugués des époux, fussent-ils de nature différente. Cette qualification dispense de tout examen concret du caractère libéral ou onéreux de la clause, pour autant que le bénéfice retiré de la créance, ajouté aux propres acquêts du créancier, n'excède pas la valeur de la totalité des acquêts du couple, ou de la moitié en présence d'enfants non communs.

148. — Détermination de la créance de participation. Prescription. — Pour éviter les difficultés d'interprétation, le notaire veillera à libeller le contrat de mariage avec précision, notamment quant à la prise de cours de la prescription de l'action en réclamation de la créance de participation. Dans une affaire soumise aux juridictions liégeoises, le contrat stipulait que la prescription était acquise « à l'échéance de la deuxième année de la date de dissolution du régime ». La citation en divorce était datée du 16 octobre 2009, la signification du jugement de divorce avait eu lieu le 25 janvier 2011 et l'épouse avait manifesté son intention de se prévaloir de la créance de participation par lettre recommandée du 23 mars 2012. Le mari invoquait l'effet rétroactif de l'article 1278, alinéa 2, du Code judiciaire pour conclure à la prescription de la demande. Le tribunal de la famille de Liège (division Huy), confirmé sur ce point par la cour d'appel de Liège, déclare la demande non prescrite car cette disposition ne concerne pas la prescription de l'action en réclamation de la créance de participation aux acquêts. Il serait d'ailleurs paradoxal que l'action puisse être prescrite avant même que le divorce n'ait acquis autorité de chose jugée. L'épouse avait donc 2 ans à dater du moment où le jugement de divorce avait acquis force de chose jugée pour introduire sa demande, le contrat de mariage n'imposant par ailleurs aucun formalisme pour ce faire (Liège, 13 avril 2016, *Act. dr. fam.*, 2016, p. 208; Trib. fam. Liège (div. Huy), 19 janvier 2015, *Rev. not. b.*, 2015, p. 182, obs. Y.-H. LELEU).

Quant au calcul de la créance de participation, le mari soutenait que seuls les biens faisant partie du patrimoine originaire et se retrouvant dans le patrimoine final devaient être pris en considération, à l'exclusion des biens acquis pendant le mariage, plus particulièrement les parts de la société constituée après le mariage suite à l'apport de son activité professionnelle de chirurgien. Tant le tribunal que la cour d'appel lui donnent tort sur ce point. La seconde réforme toutefois la position du premier juge qui avait refusé de prendre en compte, à titre d'élément composant le patrimoine originaire, le *know-how* du chirurgien au motif qu'il s'agirait d'une « fiction comptable ».

Les clauses de participation périodique, lorsqu'elles ne sont pas couplées à une clause de participation finale, sont critiquées par la doctrine car rares sont les époux qui procèdent aux comptes de participation périodique durant le mariage, transformant la clause en coquille vide lorsqu'elle est couplée à un terme de déchéance (289). Face à une clause stipulant le partage annuel des économies réalisées sur les revenus d'origine professionnelle, après contribution aux charges du mariage, la cour d'appel d'Anvers rejette l'argument de prescription soulevé par le mari. Elle estime que le contrat ne contient aucune déchéance ou prescription conventionnelle, outre que la prescription de droit commun ne court pas entre époux (art. 2253). L'épouse est donc fondée à réclamer le partage des économies durant les opérations de liquidation, alors que le délai d'un an est écoulé, ce qui aboutit, en quelque sorte, à transformer la participation périodique en participation finale. Quant à la qualification des revenus professionnels (« *inkomsten uit hun beroep* »), la cour estime, à juste titre, que celle-ci comprend les dividendes de la société au travers de laquelle l'époux exerce son activité professionnelle (Anvers, 17 février 2016, *T. Not.*, 2016, note N. RAEMDONCK).

149. — Aspects fiscaux. — La validité des clauses de participation aux acquêts adjointes à un régime de séparation de biens a été examinée ci-dessus ; elles le sont sans le moindre doute possible. En cas de décès, leurs incidences successorales et fiscales retiennent l'attention : 1. sont-elles des avantages matrimoniaux ou des donations réductibles ? 2. Engendrent-elles des dettes

(289) A. VERBEKE, « La séparation de biens avec clause de participation », in Y.-H. LELEU et L. RAUCENT (dir.), *Rép. Not.*, t. V/II, *Les régimes matrimoniaux. 4. Les régimes conventionnels. Le droit transitoire*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 135, n° 1206.

déductibles de la masse taxable ? Tant la cour d'appel d'Anvers que celle de Gand, saisies en matière fiscale uniquement, qualifient implicitement la créance de participation d'avantage matrimonial, à titre onéreux sous réserve de la protection des enfants, et admettent la déductibilité fiscale de la dette de participation.

La clause déferée à la cour d'appel d'Anvers était une *participation aux acquêts 0/100* optionnelle au profit du conjoint survivant, les époux ayant précisé que la clause portait exclusivement sur des acquêts et non sur des biens propres au sens des articles 1399 à 1404 du Code civil. Économiquement, cette clause a le même effet qu'une attribution intégrale de communauté composée d'acquêts, sans apport de propres. La qualification civile de la clause en avantage matrimonial est, à lire l'arrêt, implicite mais certaine : la cour signale en *obiter dictum* que les époux n'ont pas d'enfants communs ni d'une autre union et que la dette de participation ne dépasse pas la totalité des acquêts.

Quant au *traitement fiscal* de la clause, l'Administration entendait d'abord diminuer la créance de participation en soutenant qu'elle ne portait que sur une partie des acquêts, ceux à dater de la modification du régime matrimonial, et non sur tous les acquêts constitués depuis le mariage comme les époux le précisaient dans l'acte modificatif, et aussi que les époux avaient stipulé lors de la modification « ne plus rien se devoir ». La cour considère que la créance de participation sur les acquêts constitués depuis le mariage n'est pas éteinte par la modification de régime car elle naît lors de la levée de l'option par le conjoint survivant. Elle porte donc « sans aucun doute possible » sur les acquêts constitués pendant tout le mariage. La cour admet ensuite la créance au passif successoral fiscal (art. 27 à 34 C. succ.) sans entrer dans plus de détails (Anvers, 24 avril 2012, *N.F.M.*, 2012, p. 216, note Ch. DECLERCK et S. MOSSELMANS; *Rec. gén. enr. not.*, 2012, p. 332, note R. BARBAIX et A. VERBEKE; *Rev. not. b.*, 2012, p. 873, note Ph. DE PAGE et N. GEELHAND DE MERXEM; *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 347 (somm.); dans le même sens : Gand, 4 octobre 2011, *T.E.P.*, 2012, p. 36, note N. GEELHAND DE MERXEM (« clause *alsof 50/50* », « comme si » les époux étaient mariés en communauté universelle)).

L'Administration fiscale s'est pourvue en cassation contre cet arrêt, au motif que la cour d'appel ne pouvait considérer *à la fois* que la dette était née au moment où le conjoint survivant avait fait valoir sa créance de participation *et* l'admettre au passif de la succession, celui-ci étant limité aux dettes existantes au moment

du décès et aux frais funéraires (art. 27 C. succ.). La Cour de cassation lui donne raison, estimant que « les juges d'appel qui ont ainsi décidé que la dette était née après le décès, n'ont pu reprendre cette dette dans le passif de la succession sans violer l'article 27, alinéa 1^{er}, du Code des droits de succession » (290) (Cass., 31 octobre 2014, *Cour. fisc.*, 2015, p. 707, note C. DE BRUYN; *F.J.F.*, 2015, p. 267 (somm.), note; *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 441 (somm.); *T. Not.*, 2015, p. 518; *T.F.R.*, 2015, p. 529, note G. CEENAEME).

La contradiction relevée par la Cour de cassation résulte d'une erreur de motivation de la cour d'appel d'Anvers, qui rectifiera d'ailleurs le tir dans ses arrêts ultérieurs (Anvers, 19 mai 2015, *Cour. fisc.*, 2015, p. 866, note; Anvers, 16 juin 2015, *Rec. gén. enr. not.*, 2017, p. 375; *F.J.F.*, 2016, p. 33 (somm.)). Il faut en réalité admettre que la dette de participation soit inscrite au passif successoral dès lors qu'elle trouve sa cause dans l'adoption ou la modification du contrat de mariage, de sorte qu'elle naît et est déterminable à ce moment (bien que non encore déterminée ni exigible) et non au moment de l'exercice de l'option par le conjoint survivant (291). La Cour de cassation validera cette interprétation dans un arrêt du 24 mars 2017 (Cass., 24 mars 2017, *T. Not.*, 2017, p. 507; *Rec. gén. enr. not.*, 2017, p. 375, note L. STAS).

La cour d'appel d'Anvers rejette également l'argument de l'administration visant à exclure la dette sur la base de l'article 33 du Code des droits de succession au motif, dans l'arrêt du 19 mai 2015, que la preuve de la sincérité de la dette résulte à suffisance de l'acte modificatif du contrat de mariage (292) ou, dans l'arrêt du 16 juin 2015, que la dette de participation n'est pas une dette de la succession mais de la liquidation du régime matrimonial.

Pour le surplus, dès lors que la clause n'affecte pas la propriété réelle des biens, mais constitue un correctif interne en valeur, elle

(290) La Cour n'a pas suivi les conclusions de l'avocat général Thijs qui avait conclu au rejet du pourvoi.

(291) Dans le même sens: R. BARBAIX et A. VERBEKE, « Finaal verrekenbeding: civilrechtelijk en fiscaalrechtelijk performant bevonden! », *N.F.M.*, 2012, p. 212, n° 7; Ph. DE PAGE et N. GEELHAND DE MERXEM, note sous Anvers, 24 avril 2012, *Rev. not. b.*, 2012, pp. 883 et 888; concl. de l'avocat général THIJIS sous Cass., 31 octobre 2014, *T.F.R.*, 2015, pp. 530-532.

(292) Dans le même sens: 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 des biens », in *Le contrat de séparation des biens. Risques actuels et perspectives nouvelles*, Limal, Anthemis, 2012, p. 150; T. VAN HALTEREN, « Du nouveau en matière de séparation de biens avec créance de participation aux acquêts ? », in M. VAN MOLLE (coord.), *La famille et son patrimoine en questions*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 61-62, n° 18.

échappe à l'article 5 du Code des droits de succession, l'existence d'une « communauté » faisant défaut (293). Les articles 2 (institution contractuelle) ou 7 (libéralité entre vifs) ne sont pas davantage applicables puisque la clause véhicule un avantage matrimonial et non une libéralité.

4. — *Liquidation et partage*

150. — Liquidation antérieure à la dissolution du mariage. Rachat de part indivise entre époux. — S'il est certain que les époux séparés de biens peuvent liquider et partager tout ou partie de leur patrimoine sans attendre la dissolution du régime (294), une autorisation du tribunal de la famille est cependant nécessaire pour le rachat par un époux de la part de son conjoint dans un bien indivis pendant le mariage (art. 1469, al. 2). La vente entre époux est interdite (art. 1595) et les mêmes risques, notamment de collusion entre époux contre leurs créanciers (295), existent en cas de cession de part indivise entre époux hors cette procédure judiciaire (art. 1595, 4^o). Le tribunal appréciera si le prix payé est conforme à la valeur du bien racheté (296). Cette disposition, restrictive de l'autonomie contractuelle, ne s'applique pas si les époux procèdent à un partage en nature (297).

(293) Dans ce sens : R. BARBAIX et A. VERBEKE, « Finaal verrekenbeding: civilrechtelijk en fiscaalrechtelijk performant bevonden! », *op. cit.*, p. 214, n^o 13 ; 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 des biens », *op. cit.*, p. 149 ; S. VAN DEN HOVE D'ERTSENRYCK, « Les clauses relatives aux effets du régime matrimonial au jour du décès. Les régimes de séparation de biens », in J.-L. RENCHON et F. TAINMONT (dir.), *L'autonomie de la volonté et les conventions entre époux ou cohabitants*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 92-93, n^{os} 74-75 ; V. DEHALLEUX, « Avantages matrimoniaux et droits de succession », *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 733, n^o 36.

(294) A. VERBEKE, « La séparation de biens pure et simple », in Y.-H. LELEU et L. RAUCENT (dir.), *Rép. Not.*, t. V, *Les régimes matrimoniaux*, liv. 4, *Les régimes conventionnels. Le droit transitoire*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 51, n^o 1080.

(295) Sur la quadruple *ratio legis* de la prohibition de la vente entre époux (protection du consentement, prévention de chantages en cas de divorce, abus de droit, collusion, déguisement d'une donation qui serait irrévocable), voy. N. TORFS, note sous C. const., 23 juin 2010, *R. W.*, 2011, 1515.

(296) Pour une application : Civ. Liège, 23 avril 1990, *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 70 (autorisation accordée) ; Civ. Hasselt, 20 février 1996, *R.G.D.C.*, 1997, p. 322 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 181 (somm.) (rejet de l'autorisation).

(297) Selon certains, elle ne s'applique pas davantage lorsque les époux procèdent à un véritable partage du bien, même moyennant soulte, pour autant que celle-ci puisse être considérée comme un accessoire du partage : Civ. Verviers, 21 février 2000, *J.L.M.B.*, 2003, 1783. *Contra* : Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, p. 326, n^o 251 ; A. VERBEKE, « La séparation de biens pure et simple », *op. cit.*, p. 51, n^o 1082.

L'opération réalisée sans autorisation du tribunal est annulable à la demande des conjoints (nullité relative). De telles demandes sont souvent formées dans le cadre d'une procédure ultérieure en divorce et la responsabilité du notaire ayant instrumenté une cession de part sans autorisation judiciaire peut être engagée.

A. Tel a été le cas devant la cour d'appel de Gand, à la demande de l'époux vendeur, contre l'époux acheteur et le notaire. La cour a correctement appliqué les principes et ses motifs indiquent qu'elle constate la nullité de l'opération. Elle énonce en effet que l'exécution du contrat, pendant le mariage, ne confirme pas la nullité car l'article 1469 du Code civil est impératif. Avant dire droit, elle interroge toutefois la Cour constitutionnelle, à la demande de l'époux défendeur, pour savoir si les articles 1469 et 1595, 4^o combinés du Code civil, inapplicables aux cohabitants légaux, ne sont pas discriminatoires (Gand, 24 septembre 2009, *N.j.W.*, 2010, p. 114, note MD; *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 963 (somm.)).

Dans sa réponse — négative —, la Cour constitutionnelle procède à une analyse minutieuse de la raison d'être de la restriction de l'autonomie contractuelle, tant en cas de vente que de rachat de parts indivises entre époux. Elle expose aussi les principes du (non-)régime patrimonial de la cohabitation légale et constate sa comparabilité au régime matrimonial de la séparation de biens (B.8.1). Elle déplore la différence de traitement entre époux et cohabitants légaux quant à l'absence pour ces derniers de toute limitation de rachat de parts indivises. Elle signale même que les motifs de limiter celle-ci seraient tout aussi présents entre cohabitants légaux qu'entre époux. Elle ne trouve aucune justification objective à la différence de traitement, mais ne constate pas de violation de la Constitution, car la discrimination n'a pas son siège dans les articles 1469 et 1595 du Code civil, mais découle de l'absence de restrictions analogues affectant les cohabitants légaux (C. const, 23 juin 2010, *R.W.*, 2011, p. 1511, note N. TORFS; *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 478 (somm.)).

B. La cour d'appel de Bruxelles n'a pas invalidé une cession de part indivise dans un appartement, stipulée dans la convention «à titre de récompense (*sic*)», avec comme autre contrepartie la renonciation de l'épouse à toute pension alimentaire après divorce (Bruxelles, 29 mars 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1428, note J.-L. RENCHON). Bien qu'on puisse regretter que la cour n'ait pas examiné la validité de la convention au regard de l'article 1469, alinéa 2, il nous paraît que l'opération, en l'espèce, était plus l'élé-

ment d'un partage anticipé (et conditionné au divorce) qu'une cession de parts à titre onéreux pendant le mariage. La contrepartie « récompense » visait à solder un compte existant entre époux, tandis que la renonciation à la pension alimentaire ne se concevait que dans le cadre de la dissolution du mariage emportant liquidation et partage. Au surplus, la nullité n'était pas demandée pour cette raison, et la raison d'être de la protection de l'article 1469, alinéa 2, semble moins présente dans un tel contexte qu'en cours de (vif) mariage.

Quant à la validité de l'accord relatif à la pension alimentaire, cause de nullité de la convention selon le mari (débouté quant à ce), la cour estime, en se fondant sur la jurisprudence de la Cour de cassation (298), qu'il est valable s'il a été approuvé par un juge chargé de vérifier la licéité des mobiles des époux pour s'assurer qu'ils n'ont pas influencé la volonté de divorcer. L'originalité de l'arrêt est de poser que ce juge ne doit pas nécessairement être celui du divorce mais peut, comme en l'espèce, être celui chargé d'arbitrer un litige sur l'exécution ou sur validité de la convention. On précisera que sous l'empire du nouveau droit du divorce, de tels accords sur la pension alimentaire antérieurs au divorce sont nuls (art. 301, § 9, al. 1^{er}), mais que le juge peut entériner, en cours de procédure, tout accord sur tout effet du divorce (art. 301, § 1^{er}, et 301, § 9, al. 2) (299).

C. La finalité de l'article 1469 étant de protéger les tiers contre une collusion des époux, les créanciers peuvent contester une licitation frauduleuse par voie paulienne (art. 1167). Ainsi, la cour d'appel de Bruxelles accueille l'action paulienne du curateur à la faillite de la société du mari au motif que l'autorisation de rachat de part indivise a été donnée par le tribunal sur la base d'informations délibérément incomplètes et erronées. Elle déclare applicable l'article 882 du Code civil, qui restreint le droit des créanciers de contester un partage auquel ils n'auraient pas fait opposition ou dans lequel ils ne seraient pas intervenus, mais se rallie à la jurisprudence souple de la Cour de cassation : un créancier peut encore diriger une action paulienne contre un partage auquel il n'aurait pas fait opposition, si le partage est fictif ou a été accompli fraudu-

(298) Cass., 14 novembre 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 304.

(299) Voy. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 502, n° 493.

leusement en vue d'empêcher une telle opposition (300) (Bruxelles, 22 juin 2006, *N.F.M.*, 2008, p. 141, note S. RENIERS; dans le même sens en matière successorale: Liège, 31 mai 2006, *N.F.M.*, 2008, p. 139; voy. également *supra*, n° 113).

151. — Indemnité d'occupation. — La date de prise de cours de l'indemnité d'occupation en régime séparatiste — la séparation de fait ou la demande en divorce — est controversée. Conformément au droit commun de l'indivision, les indivisaires séparés de biens doivent rendre compte de leur gestion à la masse, sans que la date de la première demande en divorce soit pertinente. Une indemnité d'occupation est donc due par l'époux séparé de biens qui occupe le logement indivis *dès la séparation de fait* (art. 577-2, § 5) et non seulement à partir de la demande en divorce (art. 1278, al. 2, C. jud.) (Liège, 16 décembre 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 968; Civ. Nivelles, 20 février 2014, *Rev. not. b.*, 2014, p. 706, note L. STERCKX; Trib. fam. Namur (div. Namur), 14 novembre 2016, inédit, R.G. n° 15/2528/A (l'occupant doit alors recevoir corrélativement le remboursement de la moitié des mensualités hypothécaires qu'il assume depuis cette date); dans le même sens à propos du paiement des primes d'assurances incendie et solde restant dû à partir de la séparation de fait: Anvers, 2 février 2005, *N.j.W.*, 2006, p. 849, note G.V.). Toutefois, avant la dissolution du régime, les époux restent soumis au régime primaire et à l'obligation de contribution aux charges du mariage en proportion de leurs facultés (art. 221). Les comptes relatifs à la jouissance du logement familial durant cette période devront donc être appréciés, et le cas échéant compensés, au regard de cette contribution (301).

Une partie de la jurisprudence retient néanmoins la date de la demande en divorce comme point de départ de l'indemnité d'occupation, par application de l'article 1278, alinéa 2, du Code judiciaire. La cour d'appel de Bruxelles statue en ce sens et précise que l'indemnité cesse d'être due lorsque l'époux quitte l'immeuble, la perte liée à l'inoccupation en attendant la vente du bien devant être supportée par les deux époux (Bruxelles, 8 septembre 2016, *Rev. not. b.*, 2017, p. 502). Selon la cour d'appel de Mons, c'est en raison de la clause du contrat de mariage qui présume que les comptes entre époux sont réglés au jour le jour à défaut d'écrit

(300) Cass., 3 décembre 1999, *J.T.*, 2001, p. 74; *R.W.*, 1999-2000, p. 980, concl. X. DE RIEMAECKER; *Bull.*, 1999, p. 1625.

(301) En ce sens: J.-L. RENCHON, « La jouissance du logement familial après la séparation du couple », in *Le logement familial*, Diegem, Kluwer, 1999, pp. 157-161, n° 27-28.

que l'indemnité d'occupation ne peut courir qu'à dater de la demande en divorce (Mons, 30 juin 2014, *R.G.D.C.*, 2016, p. 99, note F. DEGUEL).

152. — Partage des meubles. — Nous avons rappelé les règles de preuve de propriété des biens meubles (*supra*, n^{os} 16-20). Lorsqu'un époux revendique des biens qu'il prétend être en possession de l'autre, la preuve de la propriété ne suffit pas, il faut aussi apporter une preuve de cette possession. Dans une espèce soumise à la cour d'appel de Bruxelles, l'époux revendiquait huit tableaux, un briquet en or Dunhill, deux boîtes d'allumettes en argent et une bouteille de parfum victorienne. L'épouse reconnaissait posséder quatre tableaux, mais contestait la possession des autres biens. Pour ceux-ci, la cour estime que l'époux reste en défaut de prouver la possession des biens par l'épouse, les pièces déposées concernant la seule propriété des biens. La demande de restitution de l'époux est donc rejetée, sauf pour les quatre tableaux (Bruxelles, 9 juin 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 969, également commenté *infra*, n^o 161). Cette décision est critiquable dans ses potentialités extrêmes, car il suffirait à un époux d'affirmer qu'il ne possède plus les biens qu'on lui réclame pour les conserver secrètement.

153. — Attribution préférentielle. Champ d'application. — La question de l'application de l'attribution préférentielle en régime de séparation de biens a agité la doctrine (302). La Cour constitutionnelle l'a tranchée par la négative dans un arrêt du 7 mars 2013 où elle raisonne en deux temps (C. const., 7 mars 2013, *J.T.*, 2014, p. 170, note F. DEGUEL; *T. Not.*, 2013, p. 415, note J. VERSTRAETE; *Act. dr. fam.*, 2013, p. 61; *Rec. gén. enr. not.*, 2013, p. 167; *R.A.B.G.*, 2013, p. 947; *R.W.*, 2012-2013, p. 1359 (somm.); *R.W.*, 2013-2014, p. 59 (somm.), note; *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 807, note J.-L. R.; *R.G.D.C.*, 2014, p. 511). D'abord, la Cour tire argument de *la situation* de l'article 1447 parmi les articles du Code civil régissant les régimes en communauté pour exclure son application à un immeuble indivis en séparation de biens (à défaut de stipulation contractuelle) (B.2.2). L'on objectera que cette interprétation est trop systématique et aurait pu céder le pas à une interprétation plus téléologique, davantage de nature

(302) Soulevant l'existence d'une discrimination entre époux communs ou séparés de biens: M. DE CLERCQ, «De preferentiele toewijzing: ook voor onverdeelde goederen die niet tot de gemeenschap behoorden?», *T. Not.*, 2007, p. 28, n^o 25; N. GEELHAND DE MERKEM, «Rareiten in successieplanning-land», *T.E.P.*, 2009, p. 82, n^o 89. *Contra*: F. BUYSENS, «Wettelijke samenwoning: het recht is geen zaak van billijkheid», *T. Fam.*, 2009, p. 66.

à garantir l'équité (303). Ensuite, la Cour considère que cette non-application aux époux séparatistes n'est pas discriminatoire, car la différence de traitement repose sur un critère objectif: *le choix* des conjoints d'un régime matrimonial avec ou sans patrimoine commun (B.4.1.). En choisissant le régime de la séparation de biens, les époux ont opté pour une autonomie accrue et une solidarité moindre (B.6.1.). Ils ont dérogé de leur plein gré au régime matrimonial légal et sont réputés accepter les effets de leur choix, puisqu'ils auront été informés par le notaire notamment des «risques» liés à la séparation de biens (B.6.2.). Ils sont d'ailleurs libres de prévoir contractuellement la faculté d'attribution préférentielle. Ces motifs sont également critiquables car rien ne prouve que le choix des conjoints ait porté sur l'exclusion de cet avantage lié au régime légal (304).

Bien que cet arrêt soit critiqué par la doctrine, la jurisprudence de fond s'y conforme majoritairement (Gand, 2 avril 2015, commenté *supra*, n° 145; Mons, 25 juin 2013, inédit, 2012/G/903; Civ. Liège (div. Liège), 30 juin 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 886. En ce sens déjà: Anvers, 12 mai 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1787, note C. VERGAUWEN; *R.W.*, 2005-2006, p. 261; *T. Not.*, 2007, p. 11, note M. DE CLERCQ. En régime de communauté, pour un immeuble ne dépendant pas du patrimoine commun: Anvers, 27 mai 2015, *supra*, n° 101).

Dans un arrêt du 24 février 2017, la Cour de cassation confirme la jurisprudence constitutionnelle, sans toutefois s'y référer, au seul motif que les articles 1446 et 1447 font partie des dispositions du régime légal. Elle ajoute que, contrairement aux régimes conventionnels en communauté, aucune disposition du régime de séparation de biens ne prévoit que les époux demeurent soumis aux dispositions du régime légal auxquelles leur contrat de mariage ne déroge pas (Cass., 24 février 2017, inédit, C.16.0125.N). Ce raisonnement est tout aussi critiquable. Si le chapitre IV consacré à la séparation de biens ne contient pas de disposition similaire à l'article 1451, alinéa 3, du Code civil, il nous semble en revanche que l'article 1390, suivant lequel les dispositions du régime légal forment le droit commun des régimes matrimoniaux, autorise l'application de l'article 1447 en séparation de biens, même en

(303) En ce sens: F. DEGUEL, « Attribution préférentielle et logement familial indivis », note sous C. const., 7 mars 2013, *J.T.*, 2014, p. 173, n° 4.

(304) Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 373-378, n° 346.

l'absence de stipulation contractuelle(305). L'article 1390 ne fait en effet pas partie des dispositions du régime légal (chapitre II), ni des dispositions des régimes conventionnels en communauté (chapitre III), mais bien des dispositions générales du chapitre I^{er}.

Nous approuvons donc la décision rendue par le tribunal de la famille de Namur qui, en l'absence de disposition contractuelle, considère que le mécanisme de l'attribution préférentielle s'applique à la résidence conjugale des époux séparés de bien par application de l'article 1390 du Code civil. À juste titre, le tribunal souligne que cette application s'impose d'autant plus qu'elle est inspirée par l'équité, visant à assurer la protection des intérêts familiaux prépondérants, et ne modifie en rien le calcul des droits de chaque époux (Trib. fam. Namur (div. Namur), 14 novembre 2016, inédit, R.G. n° 15/2528/A).

La réforme des régimes matrimoniaux devrait apporter la solution en déplaçant les articles 1446 et 1447 du Code civil dans le chapitre I^{er}, autorisant ainsi l'application de ces dispositions protectrices du cadre de vie à l'ensemble des régimes matrimoniaux, pour autant que le bien fasse partie de la communauté dissoute ou d'une indivision entre les (seuls) époux (306).

5. — Créances entre époux

154. — Enrichissement sans cause. Principes. — En régime séparatiste, les comptes entre époux résultant des transferts patrimoniaux opérés durant le mariage sont souvent laborieux, car la loi ne contient pas de régime similaire à celui des récompenses en communauté, tandis que le contrat de mariage porte souvent des clauses qui contrarient l'établissement de tels comptes.

La réforme des régimes matrimoniaux introduit dans le Code civil un mécanisme intitulé « de la correction judiciaire en équité », destiné à compenser les effets inéquitables du régime de la sépa-

(305) 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, p. 246, n° 14. Dans le même sens : N. GEELHAND DE MERXEM, « Rariteiten in successieplanning-land », *T.E.P.*, 2009, p. 83, n° 90 ; W. DELVA, « De contractuele en de gerechtelijke scheiding van goederen », *T.P.R.*, 1978, p. 543, n° 31.

(306) Nouveaux articles 1389/1 et 1389/2 du Code civil (proposition de loi du 13 décembre 2017 modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 2848/001, pp. 39-43).

ration de biens par l'octroi au conjoint lésé d'une indemnisation, sous forme de créance de participation aux acquêts, à solliciter devant le tribunal de la famille(307). Le législateur a toutefois opté pour une correction facultative, les époux qui adoptent un régime de séparation de biens devant faire figurer dans le contrat de mariage leur choix quant à l'insertion ou non de ce droit à indemnisation (*opting in*). Le devoir d'information du notaire est renforcé à cet égard.

À défaut de protection contractuelle, les époux n'ont d'autre choix que de se tourner vers le droit commun des obligations, pourtant inadapté à la preuve de créances entre partenaires affectifs(308). Nous avons développé ailleurs l'analyse des outils tirés du droit des contrats, des libéralités ou des quasi-contrats, dont disposent les époux pour faire valoir de tels comptes(309). L'enrichissement sans cause est le fondement juridique le plus utilisé par les créanciers en restitution. Les conditions de subsidiarité, et plus encore celle d'absence de cause au transfert patrimonial, continuent d'alimenter la jurisprudence, certains juges s'obstinant à voir dans la volonté de l'appauvri ou encore la vie de couple elle-même les causes d'un enrichissement d'un époux au détriment de son conjoint.

La Cour de cassation a apporté des clarifications salutaires, voire définitives, à ce sujet. Dans un arrêt du 9 juin 2017, à propos de créances entre partenaires non mariés, elle précise que la volonté de l'appauvri peut être une *cause* faisant obstacle à l'action *de in rem verso*, pour autant qu'il ait eu la « volonté d'opérer un glissement de patrimoine définitif » en faveur de l'enrichi. Elle ajoute quant à la condition de *subsidiarité*, qu'elle ne prive pas le demandeur d'invoquer l'enrichissement sans cause « à titre subsidiaire » après avoir invoqué d'autres fondements pour sa demande de restitution (Cass., 9 juin 2017, *R.G.D.C.*, 2017, p. 502, note F. DEGUEL)(310). Il est ainsi possible, contrairement à ce que nous

(307) Proposition de loi du 13 décembre 2017 modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 2848/001, pp. 95-97.

(308) Sur cette inadaptation et ses évolutions récentes : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 394-396, n° 362.

(309) Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 394-429, n° 362-389 et « Les outils du séparatiste. Réclamations et contestations de créances en liquidation d'un régime de séparation de biens pure et simple », in M. BOELEN (coord.), *Questions particulières en matière de partage judiciaire*, Limal, Anthemis, 2016, pp. 81-119.

(310) Dans le même sens, mais étranger au droit patrimonial des couples : Cass., 23 octobre 2014, *Pas.*, 2014, p. 2328 ; *R.G.D.C.*, 2015, p. 559, note J. LAMBRECHTS ; *J.L.M.B.*,

affirmions avant cet arrêt(311), d'invoquer à titre principal la révocation d'une donation entre époux (art. 1096) et subsidiairement l'enrichissement sans cause.

Dans un arrêt antérieur du 22 janvier 2016, rendu à nouveau entre partenaires non mariés, la Cour valide la décision du juge d'appel selon laquelle la vie de couple ne saurait à elle seule constituer la cause de l'appauvrissement et de l'enrichissement corrélatif, spécialement lorsqu'elle a été de courte durée (Cass., 22 janvier 2016, *J.L.M.B.*, 2017, p. 306).

L'on tiendra par ailleurs ici pour acquis que la clause Grégoire, présente dans la quasi-totalité des contrats de séparation de biens suivant laquelle les comptes entre époux sont « réputés réglés au jour le jour à défaut d'écrit », ne peut plus faire obstacle à l'établissement de ces comptes, notamment sur la base de l'enrichissement sans cause. L'on doit en effet admettre que les époux doivent toujours pouvoir renverser, par toutes voies de droit, une présomption du contrat de mariage de règlement des comptes au jour le jour, sauf s'ils ont établi un écrit excluant expressément tel ou tel compte(312), ou que leur volonté en ce sens (acte d'opérer un transfert définitif) est prouvée autrement (en ce sens : Bruxelles, 9 février 2017, *Rev. not. b.*, 2017, p. 547, confirmant Trib. fam. Brabant wallon, 12 février 2015, *Rev. not. b.*, 2017, p. 533 ; Bruxelles, 8 septembre 2016, *Rev. not. b.*, 2017, p. 502 ; Liège, 10 juin 2015, inédit, 2014/RG/1025 ; Liège, 2 octobre 2012, *Rev. not. b.*, 2013, p. 430, note L. STERCKX ; Trib. fam. Brabant wallon, 12 janvier 2017, *Rev. not. b.*, 2017, p. 513 ; Trib. fam. Brabant wallon, 17 décembre 2015, *Rev. not. b.*, 2016, p. 528 ; Civ. Nivelles, 20 février 2014, *Rev. not. b.*, 2014, p. 706, note L. STERCKX ; Civ. Nivelles, 20 juin 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 996, note J.-L. RENCHON ; *Rev. not. b.*, 2014, p. 729).

La cour d'appel de Mons persiste dans sa conception inverse, rigoriste, inadaptée à la vie patrimoniale des époux, selon laquelle les conjoints ne peuvent établir de comptes que s'ils peuvent se prévaloir d'un écrit pour prouver contre la clause de contrat de

2016, p. 834 ; *R.W.*, 2016-2017, p. 225 (somm.).

(311) Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 399, n° 366.

(312) En ce sens : F. DEGUEL, « Les (clauses relatives aux) comptes entre ex-époux séparés de biens et l'enrichissement sans cause », note sous Mons, 8 juin 2010, *Rev. not. b.*, 2011, p. 363, n° 7. *Contra* : C. CASTELETIN, « Eigendomsrecht, eigendomsbewijs en eigendomsverschuijvingen in het stelsel van scheiding van goederen: hoe zuiver is de scheiding van goederen nog? », in R. BARBAIX et N. CARETTE (dir.), *Tendensen vermogensrecht 2017*, Anvers, Intersentia, 2017, pp. 125-134, n° 36-39.

mariage (Mons, 30 juin 2014, *R.G.D.C.*, 2016, p. 99, note F. DEGUEL ; Mons, 8 juin 2010, *Rev. not. b.*, 2011, p. 352, note F. DEGUEL ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 747, note N. BAUGNIET ; *Act. dr. fam.*, 2011, p. 15).

La cour d'appel de Gand partage cette analyse dans plusieurs décisions. Dans un arrêt du 25 février 2016 où l'époux réclamait une créance pour avoir contribué plus qu'il ne devait au financement du logement indivis avec des capitaux familiaux, la cour rejette, à défaut d'écrit, sa demande fondée notamment sur l'enrichissement sans cause, au motif que le contrat de mariage constitue la loi des parties, dont le juge ne peut s'écarter, même pour des raisons d'équité (Gand, 25 février 2016, *T.E.P.*, 2016, p. 481 ; Gand, 2 avril 2015, commenté *supra*, n° 145 ; dans le même sens : Trib. fam. Luxembourg (div. Arlon), 7 novembre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 1002 ; Civ. Bruxelles, 27 janvier 2012, *Rev. not. b.*, 2012, p. 638, note ; comp. Gand, 9 février 2017, *infra*, n° 158). Dans un autre arrêt du 30 mars 2017, elle rejette également, à défaut d'écrit, les demandes de restitutions d'un époux pour des transferts de fonds durant le mariage. Les extraits de compte sporadiques et accompagnés d'annotations personnelles produits par l'époux demandeur ne constituent pas un écrit suffisant pour renverser la présomption du contrat de mariage. En revanche, les restitutions sont admises pour les transferts de fonds (paiement de dettes indivises par un époux) survenus après la dissolution du régime, puisque la clause du contrat ne s'applique plus (Gand, 30 mars 2017, *T. Not.*, 2017, p. 969).

Dans les lignes qui vont suivre, nous traçons les contours de la jurisprudence sur les conditions d'établissement de créances entre époux séparés de biens, selon le type de bien ayant profité des investissements (logement familial, autre bien indivis, ...) d'une part, et l'origine des fonds investis ou des efforts fournis (capitaux familiaux, revenus professionnels, collaboration gratuite...) d'autre part, sans revenir sur les conditions de l'action *de in rem verso* (313).

(313) Pour plus de détails sur celles-ci : F. DEGUEL, « L'enrichissement sans cause et les relations affectives devant les cours d'appel », *R.G.D.C.*, 2016, p. 102 et « Enrichissement sans cause : précisions attendues dans les relations familiales », *R.G.D.C.*, 2017, p. 503 ; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 400-405, n° 367-368 ; Ph. DE PAGE, « La séparation des biens – jurisprudences récentes », in *La liquidation-partage*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 203.

155. — Suite. Investissements dans le logement familial indivis de revenus ou d'économies sur les revenus. — L'hypothèse de l'acquisition indivise du logement familial financée au moyen d'un emprunt remboursé à l'aide des revenus d'un époux a été tranchée par la Cour de cassation dans l'arrêt du 22 avril 1976 (314) : la restitution du financement doit être refusée si l'autre époux a contribué selon ses facultés aux charges du mariage, qui comprennent l'acquisition du logement familial indivis. Nous assimilons aux revenus les économies réalisées sur ceux-ci, comme en régime de communauté, suivant la distinction entre propres et acquêts (315).

La cour d'appel de Gand applique cette jurisprudence, sans toutefois s'y référer, dans un arrêt du 27 mai 2004, et confirme que le paiement par un époux de l'entièreté du prix d'acquisition du logement familial indivis est sa contribution aux charges du mariage. Il n'y a pas lieu à restitution (sous réserve de capitaux familiaux employés à des remboursements anticipés de l'emprunt hypothécaire — *infra*, n° 156) car l'épouse a contribué en nature aux charges pour la famille et dans la pratique médicale du conjoint (Gand, 27 mai 2004, *R.G.D.C.*, 2006, p. 372; *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 319 (somm.)).

La cour d'appel de Liège statue dans le même sens dans un arrêt du 19 décembre 2007 et rejette la demande de restitution du mari pour les remboursements de l'emprunt ayant permis de financer l'acquisition et les transformations du logement familial indivis. L'analyse de la vie patrimoniale des époux révélait que l'épouse avait contribué davantage que son mari, jeune indépendant durant les premières années du mariage, pour ensuite mettre entre parenthèse son activité professionnelle et s'occuper du ménage et des enfants. La cour retient le critère de l'intention des époux, estimant qu'ils ont fait entrer dans leur sphère conjugale le prix et les charges de l'immeuble (Liège, 19 décembre 2007, *R.R.D.*, 2007, p. 263).

Ce même critère intentionnel conduit également la cour d'appel d'Anvers à refuser la restitution, à condition que chaque époux

(314) Cass., 22 avril 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 914; *R.W.*, 1996-1997, p. 993, note H. CASMAN; *J.T.*, 1977, p. 98; *Rev. not. b.*, 1977, p. 297; *Rec. gén. enr. not.*, 1977, n° 22165, p. 317; *R.C.J.B.*, 1978, p. 127, note Cl. RENARD.

(315) Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 427, n° 388. La question est toutefois débattue, voy. not. : J.-L. RENCHON, « Les comptes entre époux séparés de biens relatifs à leurs immeubles indivis et propres », in *La liquidation des régimes de séparation de biens*, Liège, Éd. du Jeune Barreau de Liège, 2000, pp. 66-68, n° 19.

ait contribué aux charges du mariage selon ses facultés. Comme le contrat de mariage présumait la contribution des époux au jour le jour et que le mari n'apportait pas la preuve que la contribution de son épouse avait été inférieure à ce qu'elle aurait dû être, la créance demandée par celui-ci est refusée (Anvers, 4 novembre 2009, *N.F.M.*, 2011, p. 87, note P. Taelman; *T. Fam.*, 2010, p. 190, note Ch. Declerck; *R.W.*, 2012-2013, p. 465; *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 787 (somm.) — origine des fonds et modes de financements non précisés).

La cour d'appel de Bruxelles estime elle aussi que cette preuve n'est pas rapportée par un mari qui se prévalait d'avoir financé le logement familial à concurrence de 54,5 %, alors que les parties avaient fixé dans l'acte d'acquisition leur droit de propriété à concurrence de 40 % pour Monsieur et 60 % pour Madame. En l'espèce, l'épouse avait financé 45,50 % du bien par un apport en capital, tandis que le solde avait été financé par un emprunt contracté au seul nom de Monsieur. La cour estime d'abord que le partage inégal 40-60 du prix de vente n'est pas sans cause puisqu'il trouve son fondement dans le titre de propriété lui-même. Ce raisonnement serait critiquable s'il n'était pas complété par une motivation sur la contribution aux charges du mariage, car la répartition des droits de propriété dans l'acte n'est une cause de l'appauvrissement que si elle reflète la volonté d'opérer un glissement de patrimoine définitif. Ensuite, la cour souligne, à juste titre, la différence de nature entre l'apport personnel de l'épouse en capital et les remboursements d'emprunt par le mari au départ d'un compte indivis alimenté par ses revenus professionnels. Ces remboursements s'analysent comme sa contribution aux charges du mariage, compte tenu de ce que l'épouse contribuait en nature à l'entretien des enfants et du ménage, et alimentait également régulièrement le compte indivis ou finançait diverses dépenses ménagères. La répartition du prix de vente conformément au titre de propriété est confirmée (Bruxelles, 8 septembre 2016, *Rev. not. b.*, 2017, p. 502).

Dans un contexte similaire (financement du logement indivis par le mari avec son épargne personnelle), la cour d'appel de Mons rejette aussi la demande de l'époux fondée sur l'enrichissement sans cause, mais au motif, critiquable, que la clause du contrat de mariage présumant le règlement des comptes au jour le jour empêche de se prévaloir d'une créance à défaut d'écrit. La demande aurait dû être appréciée dans une analyse comparative

des facultés contributives (Mons, 30 juin 2014, *R.G.D.C.*, 2016, p. 99, note F. DEGUEL ; dans le même sens : Trib. fam. Luxembourg (div. Arlon), 7 novembre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 1002 ; Civ. Bruxelles, 27 janvier 2012, *Rev. not. b.*, 2012, p. 638, note).

Une décision du tribunal de première instance de Nivelles est à contre-courant de ce mouvement et accorde une créance à l'époux ayant remboursé plus que sa part de l'emprunt ayant financé l'immeuble indivis, vraisemblablement au moyen de revenus. Les indices d'une inclusion du financement de l'immeuble dans les charges du mariage étaient convergents, mais le défendeur n'a pas soulevé ce moyen, pourtant évident dans son efficacité (Civ. Nivelles, 20 février 2014, *Rev. not. b.*, 2014, p. 706, note L. STERCKX).

156. — Suite. Investissements dans le logement familial indivis de capitaux personnels, familiaux ou antérieurs au mariage. — L'origine propre (par opposition aux acquêts) des fonds investis — capitaux familiaux ou antérieurs au mariage — dans le logement familial est souvent déterminante pour apprécier la demande de restitution (316), ce qui favorise la cohérence des régimes sur le plan des restitutions, sans être synonyme de « communautarisation » du régime séparatiste puisqu'il s'agit, au contraire, de permettre le rétablissement de transferts qui eussent été indus en régime communautaire.

Dans un arrêt du 2 février 2005, la cour d'appel de Liège reconnaît que chaque époux a le droit de faire valoir une créance à raison des fonds propres (« économie propre ») et donation en avance d'hoirie de chacun d'eux investis dans l'acquisition d'une ferme qui semble avoir abrité le logement familial. La demande du mari est en revanche rejetée en ce qui concerne le paiement des factures pour les travaux réalisés dans l'immeuble, car le libellé des factures à son nom est insuffisant s'il ne démontre pas les avoir réglées au moyen de fonds propres, ses revenus étant, du reste, supérieurs à ceux de son épouse (Liège, 2 février 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 816).

La cour d'appel de Gand opère la même distinction entre propres et acquêts dans l'arrêt précité du 27 mai 2004 (*supra*,

(316) En ce sens : C. CASTELEIN, « Eigendomsrecht, eigendomsbewijs en eigendomsverschuivingen in het stelsel van scheiding van goederen: hoe zuiver is de scheiding van goederen nog? », in R. BARBAIX et N. CARETTE (dir.), *Tendensen vermogensrecht 2017*, Anvers, Intersentia, 2017, p. 117, n° 28.

n° 155) et autorise le mari à reprendre, à titre de capitaux personnels, le produit de la vente de deux appartements hérités de sa mère qu'il avait affectés à des remboursements anticipés du prêt hypothécaire relatif au logement indivis.

Dans une affaire soumise au tribunal de première instance de Liège, l'épouse avait financé à l'aide de capitaux familiaux et de fonds antérieurs au mariage l'acquisition du terrain indivis, les frais d'acte du crédit contracté pour la construction du logement, les remboursements ultérieurs de cet emprunt ainsi que le solde du coût de la construction. Il était établi qu'outre les fonds dont elle disposait avant le mariage, les parents de l'épouse opéraient des versements réguliers sur son compte personnel utilisé pour le remboursement de l'emprunt. La créance lui est accordée à juste titre, car il était par ailleurs démontré que l'épouse contribuait aux autres dépenses communes à concurrence de ses facultés, par son salaire (légèrement inférieur à celui de son époux) ainsi que sa contribution en nature à l'entretien des enfants (Civ. Liège, 30 juin 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 886, note J.-L. R.).

Le tribunal de première instance de Nivelles accorde également une créance *de in rem verso* à l'époux ayant investi des fonds qu'il possédait avant le mariage (capitaux reçus lors de la fin de sa carrière ainsi que sa part dans la vente d'un immeuble dépendant de l'indivision avec sa précédente épouse) dans l'acquisition de l'immeuble indivis, financé pour le surplus par un emprunt conjoint. Parmi les éléments de fait venant appuyer la motivation de la cour, l'on relèvera la courte durée du mariage, l'âge avancé des parties au moment de celui-ci, l'absence de comptes entre époux au moment de l'acquisition et le fait que chacun d'eux contribuait par ailleurs selon ses facultés (Civ. Nivelles, 20 juin 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 996, note J.-L. RENCHON; *Rev. not. b.*, 2014, p. 729).

Dans une affaire soumise à la cour d'appel de Liège, les époux avaient vendu un immeuble à la suite d'une première séparation entre eux et partagé par moitié le prix de vente. L'épouse avait alors investi cette somme dans un appartement acquis en propre qu'elle a revendu après que le couple s'était réconcilié. Au moyen du produit de cette vente, l'épouse avait alors financé les 3/4 d'un nouvel immeuble acquis en indivision. La cour conclut à un appauvrissement sans cause dans son chef, car son investissement ne peut s'analyser, en l'espèce, comme sa contribution aux charges du mariage. Durant tout le mariage, l'épouse avait en effet contribué en nature aux charges tandis que son mari supportait les charges

financières, ce qu'il devait continuer à faire après la réconciliation (Liège, 16 décembre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 956).

Les difficultés peuvent être évitées en précisant, dans l'acte d'acquisition de l'immeuble ou dans une convention, l'origine des fonds ainsi que les comptes que les époux se devront, le cas échéant. Tel était le cas dans une affaire soumise successivement au tribunal de la famille du Brabant wallon et à la cour d'appel de Bruxelles. Les époux avaient pris soin de signer le jour de la passation de l'acte un document « pour reconnaissance réciproque de dons et de dette », dont il ressortait que le mari avait financé au moyen d'une donation une part importante du terrain, le surplus l'ayant été au moyen de deniers communs et d'un emprunt conjoint. L'épouse contestait que son mari revendique ce montant, au motif que si les parties avaient voulu qu'il soit tenu compte de leurs apports respectifs, elles auraient stipulé des parts inégales dans l'acte d'acquisition. Le tribunal rejette cet argument compte tenu du libellé de la convention valant reconnaissance de dette. Le fait que les parties aient acquis le terrain à parts égales s'expliquait par ailleurs par la volonté d'y ériger le logement familial et ainsi de faire coïncider propriété du sol et du bâtiment. Concernant le financement de la construction, le mari revendiquait une seconde créance pour l'investissement de capitaux familiaux (donation). Après avoir écarté l'argument tiré de la clause du contrat de mariage présumant le règlement des comptes au jour le jour à défaut d'écrit, le tribunal et la cour d'appel accordent la créance, car le mari, qui bénéficiait de revenus professionnels moins importants que son épouse, contribuait déjà aux charges du mariage plus qu'il ne devait en versant sur le compte indivis un montant identique à celle-ci. S'il fallait considérer l'apport de capitaux personnels comme sa contribution aux charges, « celle-ci serait largement excessive ». Rien ne permettait par ailleurs d'établir une intention libérale ou une renonciation définitive à réclamer son appauvrissement, lequel est par conséquent sans cause (Trib. fam. Brabant wallon, 12 février 2015, *Rev. not. b.*, 2017, p. 533, confirmé par Bruxelles, 9 février 2017, *Rev. not. b.*, 2017, p. 547).

157. — Suite. Investissements dans un bien indivis autre que le logement familial. — L'inclusion de la dépense dans les charges du mariage est moins évidente lorsque l'immeuble indivis qui a bénéficié de l'investissement n'est pas le logement familial. La Cour de cassation française s'est prononcée en faveur de cette inclusion en ce qui concerne le financement de la résidence

secondaire, les charges du mariage pouvant inclure « des dépenses d'investissement ayant pour objet l'agrément et les loisirs du ménage ». Elle valide ainsi, à juste titre, la décision du juge du fond selon laquelle le financement par le mari, qui disposait de revenus très confortables, de l'acquisition de la résidence secondaire indivise participait de l'exécution de son obligation de contribution aux charges du mariage (Cass. Fr. (1^{re} ch.), 18 décembre 2013, *Rev. not. b.*, 2014, p. 739, note Y.-H. LELEU). La même Cour refuse en revanche d'admettre que l'achat d'un immeuble de rapport puisse entrer dans les charges du mariage, car il s'agit d'un « investissement locatif destiné à constituer une épargne » (317) (Cass. Fr. (1^{re} ch.), 5 octobre 2016, *D.*, 2017, p. 470, obs. M. DOUCHY-LOUDOT; *R.T.D. civ.*, 2017, p. 105, obs. J. HAUSER; *Defrénois*, 2017, p. 366, obs. G. CHAMPENOIS).

Dans l'arrêt précité du 19 décembre 2007 de la cour d'appel de Liège (*supra*, n° 155), les parties avaient également acquis un terrain en indivision, initialement destiné à la construction du logement familial avant que les parties n'acquiescent un autre immeuble à cet effet. Le mari avait entièrement financé l'achat avec les économies réalisées sur ses revenus d'indépendant, son activité ayant démarré durant le mariage. La cour tire argument de ce que le terrain n'a pas été acquis au moyen d'un emprunt pour l'exclure de la contribution aux charges du mariage (318). Elle rejette néanmoins la demande de restitution fondée sur l'enrichissement sans cause au motif que l'absence de cause doit s'apprécier au moment où l'acte a été passé et non au moment de la rupture conjugale. L'acquisition des époux étant faite aux deux noms, la cause du paiement est « l'affectation de fonds propres à un bien que les parties ont voulu rendre commun » (dans le même sens : Liège, 2 octobre 2012, *Rev. not. b.*, 2013, p. 430, note L. STERCKX). Cette motivation est critiquable car la volonté de l'appauvri n'est

(317) Pour une critique de cette motivation : B. VAREILLE, « Chroniques. Régimes matrimoniaux », *R.T.D. civ.*, 2017, p. 470.

(318) Nous estimons que le mode de financement du bien — par emprunt conjoint — peut être un indice d'inclusion dans les charges du mariage, sans toutefois constituer un critère déterminant : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 426, n° 387. Dans le même sens : B. VAREILLE, « Chroniques. Régimes matrimoniaux », *R.T.D. civ.*, 2017, p. 470, qui doute que l'existence d'une charge périodique d'emprunt soit la clé de distinction. Comp. J.-L. RENÇON, « Les comptes entre époux séparés de biens relatifs à leurs immeubles indivis et propres », in *La liquidation des régimes de séparation de biens*, Liège, Éd. du Jeune Barreau de Liège, 2000, p. 77, pour qui l'absence d'emprunt hypothécaire tend à transformer la dépense en un investissement qui excède la notion de contribution aux charges du mariage.

un motif de rejet de l'action *de in rem verso* que si une volonté certaine de non-restitution est démontrée, comme la Cour de cassation l'a confirmé, notamment dans son arrêt du 9 juin 2017 (*supra*, n° 154).

Dans une affaire soumise à la cour d'appel de Bruxelles, le mari revendiquait une créance pour le sur-financement de l'acquisition et de l'aménagement de la résidence secondaire du couple. La cour distingue entre les deux types de dépenses. Elle rejette tout d'abord la créance réclamée pour l'acquisition au motif que l'époux, à supposer même qu'il ait personnellement financé une part importante du bien, ne rapporte pas la preuve écrite de sa créance. Ce n'est pas la clause-type du contrat de mariage qui est retenue par la cour, mais bien le non-respect des articles 1315 et 1341 du Code civil (la créance étant supérieure à 375 euros). Selon la cour, l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause « reviendrait à vider de leur contenu les dispositions du Code civil relatives à la preuve », « d'autant plus que le souci d'investir des économies réalisées pendant la vie commune ou le seul lien marital constituent déjà des causes du paiement ». Cette motivation est éminemment critiquable et ne cadre pas avec l'évolution de la jurisprudence, notamment de la Cour de cassation (*supra*, n° 154). En ce qui concerne les dépenses d'aménagement de la résidence, la cour estime que celles-ci entrent dans le cadre de la contribution aux charges du mariage compte tenu du standing de la famille. L'époux est donc débouté de sa demande sur ce point également au motif qu'il ne renverse pas la présomption du contrat de mariage selon laquelle la contribution aux charges est censée réalisée au jour le jour, sans que la cour ne fasse référence ici à la nécessité d'un écrit (Bruxelles, 29 juin 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 848).

158. — Suite. Investissements dans un bien propre de l'autre époux. — Lorsqu'un conjoint investit des fonds dans un immeuble propre de l'autre et qui n'est pas destiné au logement principal de la famille, la créance fondée sur l'enrichissement sans cause sera plus facilement admise, surtout s'il s'agit d'un immeuble de rapport (Cass. Fr. (1^{re} civ.), 5 octobre 2016, précité, n° 157), et sans considération particulière quant à l'origine des fonds(319).

(319) En ce sens: J.-L. RENÇON, « Les comptes entre époux séparés de biens relatifs à leurs immeubles indivis et propres », in *La liquidation des régimes de séparation de biens*, Liège, Éd. du Jeune Barreau de Liège, 2000, p. 61, n° 16.

La cour d'appel de Liège se prononce en ce sens en faveur d'une épouse ayant financé la réalisation de travaux dans un immeuble propre de son conjoint (l'origine des fonds n'est pas précisée). La cour partage la position du notaire liquidateur quant au fait que cet investissement ne constitue pas une charge du mariage : non seulement l'immeuble propre est un bien de rapport dont les revenus sont propres, mais il apparaît en outre que l'épouse n'en a pas profité, par exemple par une augmentation de la participation du mari aux charges de la vie commune, vu la brièveté du mariage (Liège, 24 janvier 2012, *J.L.M.B.*, 2012, p. 743, note F. DEGUEL).

Le tribunal de première instance d'Arlon fait lui aussi droit à la demande de restitution d'un époux pour les sommes investies dans l'immeuble propre de son épouse en Italie, à une époque où il ne constituait plus le logement principal de la famille. Ni l'origine des fonds ni l'affectation de l'immeuble (immeuble de rapport ? résidence secondaire ou de vacances ?) ne sont précisées. Le tribunal décide néanmoins qu'en l'absence de remboursement, l'épouse bénéficierait d'un enrichissement de son patrimoine propre alors qu'aucune cause certaine ne ressort du dossier pour ces paiements (Civ. Arlon, 8 avril 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 1117).

C'est sur la base de la révocation des donations entre époux (320) que la cour d'appel de Bruxelles accorde à un époux la restitution de fonds donnés à son épouse pour l'acquisition d'un immeuble propre, fonds issus de la vente d'actions propres, du rachat d'une assurance vie et d'un emprunt hypothécaire contracté au nom de Monsieur seul, mais avec une hypothèque sur le bien à acquérir. La cour estime que l'intention libérale de l'époux ressort à suffisance du « contexte affectif » de l'acquisition de l'immeuble, destiné à rapprocher l'épouse de sa famille, outre le fait que l'époux avait veillé, tout au long de la vie commune, à mettre au nom des deux époux les différents immeubles acquis à l'aide de ses seuls revenus professionnels. Si le mari avait voulu rétribuer le travail au foyer de l'épouse, il aurait veillé, comme par le passé, à acquérir le bien en indivision également. Le contexte de l'acquisition de l'immeuble avait par ailleurs ceci de particulier que l'épouse avait signalé son intention de divorcer une dizaine de jours après l'acquisition (Bruxelles, 15 février 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1329).

(320) Voy. Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 399, n° 366.

La restitution des fonds est moins évidente lorsque l'immeuble propre a constitué le *logement principal de la famille* (321). La cour d'appel de Liège accorde néanmoins une créance à l'époux ayant assumé diverses dépenses pour la construction du logement sur un terrain propre de son épouse, ce qui était d'ailleurs admis par cette dernière à concurrence d'un certain montant. La créance de l'époux pour la main-d'œuvre déployée lors de la réalisation des travaux est en revanche rejetée, car le travail fourni n'était pas disproportionné par rapport aux autres tâches ménagères assumées par l'épouse (Liège, 22 avril 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 961).

Le tribunal de la famille du Brabant wallon octroie lui aussi une créance, revalorisable, à l'époux ayant financé les frais d'acte d'acquisition du logement familial propre à l'épouse. En revanche, la demande de l'époux est rejetée en ce qui concerne le remboursement de factures qu'il avait payées pour la réalisation de travaux dans l'immeuble, au motif que les montants sont de faible importance eu égard à la durée du mariage (7.500 euros en 15 ans) et qu'ils ont contribué à améliorer son confort, lui qui exerçait son activité professionnelle dans l'immeuble, et celui de la famille en général. Le tribunal estime dès lors que ces dépenses ne peuvent être considérées comme de véritables dépenses d'investissement, mais entrent dans la catégorie des charges du mariage et ne donnent pas lieu à créance (Trib. fam. Brabant wallon, 12 janvier 2017, *Rev. not. b.*, 2017, p. 513).

159. — Suite. Collaboration professionnelle gratuite ou au foyer. Cumul éventuel avec une activité professionnelle rémunérée. — A. La collaboration *professionnelle* gratuite d'un époux à l'activité de son conjoint, exercée en personne physique ou en société, peut justifier l'octroi d'une créance sur la base de l'enrichissement sans cause. Lorsque le conjoint aidant n'a pas bénéficié d'acquisitions indivises compensatoires et réclame une créance en numéraire, son appauvrissement peut être comparé au salaire ou à l'émolument que le conjoint aidé a pu économiser (toutes charges fiscales et sociales prises en considération), ou à tout ou partie du différentiel d'épargne (322).

(321) Voy. à ce sujet *ibid.*, p. 435, n° 394.

(322) Pour plus de détails: Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 406-411, n° 370-373; Y.-H. LELEU et Ph. DE PAGE, «Les collaborations non rémunérées entre époux: solutions contractuelles et judiciaires», in *Travail et relation. Congrès des Notaires 2013. Rapports Congrès Notarial 2013*, Bruxelles, Larcier, 2013,

C'est ainsi que la cour d'appel de Liège accorde une créance de 42.075 euros à l'épouse ayant travaillé durant 17 ans, sans aucune rémunération, dans la société (un commerce de boulangerie) dont son mari était l'administrateur (avec sa sœur et le mari de celle-ci). L'actif net de la société, et donc la valeur des parts, aura augmenté grâce à l'économie durant 17 ans des salaires et charges sociales d'une personne à temps plein. Non seulement l'épouse est écartée de ce bénéfice compte tenu du caractère propre des parts, mais en plus elle n'a perçu aucune rémunération et n'a pas cotisé pour bénéficier d'une couverture sociale ni se constituer une pension. Elle a certes profité d'un train de vie confortable durant le mariage, mais n'a pu se constituer aucun patrimoine mobilier ou immobilier. La cour en conclut que l'aide professionnelle de l'épouse a dépassé sa contribution aux charges du mariage. Quant à l'évaluation de la créance, la cour valide le calcul du notaire à partir du salaire mensuel moyen net qu'elle aurait pu promériter dans le secteur (1.100 euros), en tenant compte de l'absence de pension dans son chef, de sa contribution aux charges du ménage, de son train de vie et de l'économie d'impôt dont elle aurait profité. L'économie de dépense de l'époux est chiffrée à 6.600 euros par an, comptabilisés à concurrence de moitié pour la société et de moitié pour l'époux. Celui-ci a donc bénéficié d'un enrichissement de 3.300 euros durant 17 ans (soit 56.100 euros), dont il convient de déduire un précompte mobilier de 25 % (Liège, 11 mars 2015, *R.G.D.C.*, 2016, p. 94, F. DEGUEL).

La même cour s'était déjà prononcée en ce sens dans un arrêt du 16 novembre 2009, indemnisant une épouse pour les treize années où elle avait collaboré dans l'étude notariale de son mari en plus de son travail au foyer. La méthode de calcul de l'indemnisation n'est pas précisée, mais les prétentions de l'épouse sont minorées compte tenu de ce que ce sont les revenus de l'étude du mari qui ont permis l'acquisition indivise du logement familial qui sera repris par le mari, ce qui lui laisse un capital important, outre le fait que les époux se sont partagés leurs avoirs financiers (Liège, 16 décembre 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 968).

La cour d'appel de Gand admet elle aussi le principe d'une créance fondée sur l'enrichissement sans cause au profit d'une épouse ayant collaboré durant près de 20 ans au commerce de son

pp. 66-68, n° 42; N. TORFS, « De met scheiding van goederen gehuwde meewerkende echtgenoot: veroordeeld tot gratis werk? », *R.G.D.C.*, 2006, p. 270.

mari (un garage), sous le statut de conjoint-aidant, sans percevoir de rémunération. Alors qu'elle rejette traditionnellement ce fondement en raison de la clause présumant le règlement des comptes au jour le jour (voy. not. Gand, 25 février 2016, *supra*, n° 154), la cour estime que cette clause n'est pas applicable en l'espèce car le contrat de mariage ne vise que les relations matrimoniales des parties et pas leurs relations professionnelles. Puisque les prestations professionnelles de l'épouse présentaient un caractère structurel et économique et excédaient le devoir de contribution aux charges du mariage, elle est en droit de faire valoir une créance à concurrence de cet excès (Gand, 9 février 2017, *T. Not.*, 2017, p. 414). Cette distinction entre relations matrimoniales, patrimoniales et professionnelles nous semble artificielle, notamment lorsque la cour admet qu'une partie des prestations professionnelles relève de la contribution aux charges du mariage. Sans doute aura-t-elle voulu tempérer, dans les circonstances de l'espèce, sa jurisprudence stricte sur la clause Grégoire et l'absence de possibilité d'établir des comptes entre époux à défaut d'écrit.

La cour d'appel d'Anvers a, au contraire, rejeté la demande d'un époux qui prétendait à une part de la plus-value acquise par le commerce de son épouse auquel il disait avoir collaboré. La cour rejette la demande d'une créance fondée sur l'enrichissement sans cause au motif, critiquable, que la relation contractuelle entre des époux ayant opté pour le régime de la séparation de biens pure et simple ferait obstacle aux conditions de subsidiarité et d'absence de cause (323). Elle aurait pu se contenter de rejeter la demande du mari eu égard au contexte factuel du dossier : la collaboration de l'époux était normale au début du mariage lorsqu'il était sans emploi, et douteuse ensuite lors de périodes où il avait une autre activité ou lorsque l'entente entre les époux était perturbée (Anvers, 30 novembre 2005, *N.j.W.*, 2006, p. 948, note G. VERSCHELDEN ; *T. Not.*, 2006, p. 247, note N. TORFS ; *R.W.*, 2006-2007, p. 882).

La collaboration *au foyer*, éventuellement cumulée avec une activité professionnelle rémunérée, peut également constituer le fondement d'une créance lorsqu'elle procure un enrichissement à l'autre conjoint corrélatif à l'appauvrissement du colla-

(323) Sur ces conditions, voy. Cass., 9 juin 2017, *R.G.D.C.*, 2017, p. 502, note F. DEGUEL (*supra*, n° 154).

borant(324). Suivant la cour d'appel de Liège, le demandeur doit alors établir soit que ses revenus étaient suffisants pour se constituer, au-delà de la contribution aux charges du mariage, une épargne qui a été affectée au patrimoine propre de l'autre (en l'espèce des constructions érigées sur des terrains propres), soit que son travail ménager a dépassé sa quote-part dans la contribution en nature aux charges et que ce surplus de travail a permis à son conjoint d'augmenter ses revenus propres à son détriment (Liège, 16 novembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1572 (somm.)).

B. La collaboration d'un époux à la profession de l'autre ou au foyer peut également servir de moyen de défense pour contrer une demande de restitution formulée par ce dernier et permettre ainsi de stabiliser certaines acquisitions indivises.

Dans l'arrêt du 19 décembre 2007, déjà commenté (*supra*, n^{os} 155 et 157), la cour d'appel de Liège constate que, lorsque les revenus de l'ex-époux ont été plus importants, la décision commune a été que l'ex-épouse réduise son activité professionnelle pour se consacrer au foyer et à la profession de son mari. Dans cette mesure, aucune restitution n'est accordée à l'ex-mari ayant financé les emprunts liés à l'acquisition et à la rénovation du logement indivis.

160. — Suite. Transfert de fonds sur un compte propre de l'autre époux / cession de parts sociales. — Le transfert de fonds appartenant à un époux sur un compte propre de l'autre peut susciter des difficultés lorsque ces fonds ne sont plus présents sur le compte et que leur affectation n'est pas précisée. Dans une telle hypothèse, la cour d'appel de Bruxelles estime que la demande de restitution du mari, fondée à titre principal sur la révocation d'une donation indirecte et à titre subsidiaire sur l'enrichissement sans cause, doit être rejetée. L'épouse contestait toute intention libérale dans le chef du mari, celui-ci ayant selon elle souhaité mettre des avoirs successoraux « à l'abri » sur un compte ouvert au nom de son épouse au Luxembourg, les fonds ayant ensuite été dépensés au fur et à mesure du mariage pour des charges de la vie commune. Aucun justificatif de l'historique de ce compte n'était produit. Aucune des parties ne rapportant la preuve de ses dires, la cour estime que le mari reste en défaut

(324) Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 441, n^o 398. Pour une proposition de solution passant par une réforme législative et l'instauration d'un régime obligatoire de compensation économique : Ch. DECLERCK, « De normaalste zaak van de wereld. Valorisatie van huishoudelijke arbeid in het huwelijksvermogensrecht », in *Patrimonium 2015*, Bruges, die Keure, 2015, pp. 389-392.

de prouver une intention libérale dans son chef et que le versement peut s'expliquer par une *obligation naturelle* envers l'épouse, qui avait sacrifié sa carrière pour se concentrer sur les tâches au foyer et ne disposait de ce fait d'aucune ressource personnelle. La théorie de l'enrichissement sans cause est rejetée également, car si les fonds ont été affectés aux besoins du ménage, il n'y a pas d'enrichissement de l'épouse et, dans l'autre hypothèse, l'exécution d'une obligation naturelle, constitue une cause suffisante de l'enrichissement, à supposer celui-ci établi (Bruxelles, 15 février 2007, *supra*, n° 158).

La cour d'appel d'Anvers rejette elle aussi la demande d'un époux, fondée uniquement sur la révocation d'une donation, visant à obtenir la valeur de parts sociales qu'il avait cédées à son épouse et qui avaient ensuite été vendues à un tiers. La cour estime que la preuve d'un *animus donandi* n'est pas rapportée par la seule absence de contrepartie économiquement équivalente. Les transferts patrimoniaux entre époux séparés de biens visent à réaliser un juste équilibre entre la solidarité qui résulte du mariage et l'autonomie des époux et ainsi à permettre à l'époux économiquement faible de participer aux accroissements de patrimoine réalisés par son conjoint durant le mariage. En présence de doute sur la qualification de donation, celle-ci est rejetée (Anvers, 3 décembre 2014, *T. Not.*, 2015, p. 128; *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 779 (somm.); *R.W.*, 2015-2016, p. 666).

Le tribunal de première instance de Nivelles accorde en revanche la restitution d'une somme de 20.000 euros au conjoint qui avait financé la prime d'un contrat d'assurance vie souscrit par son épouse. Ce transfert ne pouvait se justifier par l'obligation de contribution aux charges du ménage, l'époux contribuant par ailleurs aux frais quotidiens du couple. Il n'était pas davantage démontré que celui-ci aurait eu une intention libérale ou une volonté de payer une somme pour autrui en renonçant définitivement à en réclamer le remboursement (Civ. Nivelles, 20 juin 2013, *supra*, n° 156).

Cette seconde décision est conforme aux principes dégagés par la Cour de cassation dans son arrêt du 9 juin 2017 rendu à propos de partenaires non mariés. Dans cette affaire, l'un des partenaires avait transféré une somme de 120.000 euros sur le compte épargne de l'autre, qui l'avait utilisée pour réaliser des travaux dans son immeuble propre. La Cour sanctionne la décision d'appel qui avait trouvé une cause à l'enrichissement dans la volonté du partenaire

appauvri, sans toutefois avoir constaté que cette volonté était de procurer un enrichissement définitif à son compagnon. La condition de subsidiarité est également précisée : elle ne s'oppose pas à ce que l'enrichissement sans cause soit invoqué à titre subsidiaire, à la suite d'autres fondements (Cass., 9 juin 2017, *R.G.D.C.*, 2017, p. 502, note F. DEGUEL, également commenté *supra*, n° 154).

161. — Suite. Financement de charges du mariage. — Les *frais de soins de santé* font partie des charges du mariage et sont régis par l'obligation de contribution en fonction des facultés (art. 221). L'importance de frais d'hospitalisation à l'étranger et le fait qu'ils aient dû être financés par un emprunt ne permettent pas de déroger à ces principes lorsque l'opération était requise par l'état de santé de l'époux. La cour d'appel de Bruxelles accorde néanmoins à l'épouse qui a remboursé seule les mensualités de l'emprunt contracté à cet effet une créance en raison de sa surcontribution aux charges du mariage. À défaut d'être informée sur la manière dont les époux remplissaient leur devoir de contribution au jour le jour, la cour estime que l'excédent payé par l'épouse est égal à la moitié des remboursements (Bruxelles, 9 juin 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 969).

Dans un jugement du 26 mars 2014, le tribunal de première instance de Namur accorde une créance sur la base de l'enrichissement sans cause à l'épouse ayant intégralement financé l'achat du *véhicule* de son conjoint. Le dossier avait pour particularités que les époux s'étaient mariés à un âge relativement avancé et que l'union avait été de courte durée sans qu'il n'y ait jamais eu de cohabitation. Selon le tribunal, l'achat du véhicule ne peut constituer une charge du mariage puisqu'il n'y avait pas de mise en commun des revenus, en l'absence de toute cohabitation, l'épouse disposant par ailleurs de son propre véhicule, alors que rien n'indiquait qu'elle avait été guidée par une intention libérale ou avait eu la volonté de payer sans espoir de restitution le véhicule personnel de son conjoint. De façon critiquable, le tribunal évalue la créance de l'épouse au montant décaissé pour l'achat au motif que celle-ci doit récupérer « *a minima* le montant de son appauvrissement ». Suivant la théorie de l'enrichissement sans cause, c'est en effet la plus petite des deux sommes entre l'appauvrissement et l'enrichissement qui doit être restituée, le cas échéant revalorisée (*infra*, n° 162).

Dans la même affaire, l'épouse revendiquait également une créance pour avoir financé l'intégralité des *frais de la cérémonie de mariage*. Le tribunal estime que ces dépenses ne participent pas de la contribution aux charges du mariage, puisque les parties n'étaient pas encore mariées quand elles ont été exposées. Faisant application de l'enrichissement sans cause, il considère ensuite que si la disproportion entre les apports des futurs époux n'a pas été compensée par des prestations du mari, cette disproportion n'est pas pour autant illégitime, l'épouse étant à l'époque mue par une intention libérale envers son conjoint, cause du transfert (Civ. Namur, 26 mars 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 328).

162. — Suite. Revalorisation de la créance. — Une fois admis le principe de restitution sur la base de l'enrichissement sans cause, reste à déterminer si la créance doit être évaluée à son montant nominal ou suivant la valeur du bien que le transfert a permis d'acquérir.

La cour d'appel de Liège est la première à avoir admis le principe d'une revalorisation dans un arrêt du 22 octobre 2008 : bien que la créance ne constitue pas une récompense, le seul montant nominal de l'apport ne peut être retenu lorsque cet apport a permis une plus-value. À défaut, cela créerait un enrichissement (supplémentaire) dans le chef du patrimoine de l'époux qui a profité de l'apport de l'autre et un appauvrissement de ce dernier. Ainsi, il n'est pas justifié qu'un époux profite seul de la plus-value d'un investissement qu'il n'a pas réalisé. Dès lors que l'épouse a financé à concurrence de 70 % l'acquisition de l'immeuble, elle a droit à 70 % de sa valeur actuelle⁽³²⁵⁾ (Liège, 22 octobre 2008, *R.G.D.C.*, 2009, p. 414, note Y.-H. LELEU et F. DEGUEL; *Act. dr. fam.*, 2010, p. 89, note Ch. DECLERCK et D. PIGNOLET; *N.F.M.*, 2010, p. 231, note Ch. DECLERCK; *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 336, note N. BAUGNIET; *T. Not.*, 2011, p. 234. En faveur de la revalorisation également : Civ. Liège, 30 juin 2014, commenté *supra*, n° 156).

Dans un arrêt du 27 septembre 2012, la Cour de cassation a confirmé que la créance née de l'enrichissement sans cause est une *créance de valeur* et non de somme. Elle valide la revalorisation, par la cour d'appel de Liège, d'une créance pour investissements (travaux d'agrandissement) dans un immeuble indivis en

(325) Pour une critique de cette méthode de réévaluation et d'autres propositions : Ph. DE PAGE, « La séparation des biens — jurisprudences récentes », in *La liquidation partage*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 217-221.

fonction du prix de vente de l'immeuble (Liège, 8 novembre 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 512). Bien que l'arrêt concernait les revendications d'un époux pour des fonds propres investis après le divorce, sa portée s'étend selon nous aux transferts réalisés pendant le mariage (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.).

À la suite de cet arrêt, M. Van Molle a proposé deux méthodes d'évaluation de la créance⁽³²⁶⁾. Selon une première conception qualifiée de « financière », l'appauvrissement consiste non seulement en la perte des fonds nominaux ayant bénéficié à l'enrichi, mais aussi en la perte de la plus-value que l'investissement aurait permis de générer si la répartition de la propriété entre époux avait respecté la finance. Selon une seconde conception dite « monétaire », l'appauvrissement serait limité au montant nominal décaissé par l'appauvri, majoré d'une allocation complémentaire destinée à compenser à la fois la perte de valeur de la monnaie avec le temps (application d'un taux d'indexation) et la perte des revenus qu'auraient pu produire les fonds s'ils étaient restés dans le patrimoine de l'appauvri (application d'un taux de rendement).

C'est la seconde méthode qu'a choisi d'appliquer la cour d'appel de Liège dans une affaire où des parts de société appartenant à l'épouse avaient été financées par le compte indivis. Si le principe de la créance fondée sur l'enrichissement sans cause n'était pas contesté, l'épouse soutenait que celle-ci devait être évaluée au montant nominal de la dépense lors de l'acquisition, tandis que le mari postulait la réévaluation compte tenu de la valeur des parts sociales au jour du partage. La cour d'appel exclut expressément l'application par analogie de la méthode de revalorisation de l'article 1435 du Code civil⁽³²⁷⁾. Elle considère que le montant de la créance doit être égal à la moitié de la somme dont le compte

(326) M. VAN MOLLE, « La (re)valorisation des créances entre ex-époux séparés de biens », note sous Cass., 27 septembre 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, pp. 526-528, n° 18-20.

(327) Dans le même sens : D. PIGNOLET, « L'arrêt de la Cour de cassation du 27 septembre 2012 — Les créances fondées sur l'enrichissement sans cause sont des créances de valeur », note sous Cass., 27 septembre 2012, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 49. *Contra* : Y.-H. LELEU, « La réévaluation des créances d'enrichissement sans cause entre ex-époux séparés de biens », note sous Cass., 27 septembre 2012, *J.T.*, 2012, p. 765; M. VAN MOLLE, « La (re)valorisation des créances entre ex-époux séparés de biens », note sous Cass., 27 septembre 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 527, n° 19.

indivis s'est appauvri, à majorer d'un intérêt annuel de 5 % à dater du décaissement, destiné à compenser à la fois la perte de pouvoir d'achat liée à l'inflation et le rendement que la somme aurait pu rapporter à l'époux si elle avait été placée dans un produit financier sans risque (Liège, 18 février 2015, *Act. dr. fam.*, 2015, p. 128, note D. PIGNOLET).

163. — Créance d'un parent. Intervention volontaire. —

Il est fréquent que les parents qui ont aidé financièrement les époux du temps de la vie commune souhaitent, une fois le lien matrimonial dissous, récupérer les fonds avancés ou prêtés. Il leur appartient alors d'intervenir personnellement dans le partage, au même titre que tout autre créancier. La cour d'appel de Liège reçoit ainsi, dans le cadre des opérations de liquidation, l'intervention volontaire de la mère de l'épouse en application de l'article 882 du Code civil, qui permet à un créancier de s'opposer à ce que le partage se réalise hors de sa présence, et déclare fondées les prétentions de la mère à l'égard de l'indivision. On observera que la cour applique ici l'article 882 du Code civil par l'intermédiaire de l'article 1430, disposition du régime communautaire. Elle s'inscrit donc, indirectement, en faveur de l'application en régime de séparation de biens de certaines dispositions du régime légal (328). Elle s'écartera toutefois de cette thèse en ce qui concerne l'application par analogie de l'article 1450 (*infra*, n° 164) (Liège, 30 juin 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 960).

164. — Intérêts. Mise en demeure. — Dans l'arrêt du 30 juin 2009 précité, la cour d'appel de Liège soumet les créances entre époux séparés de biens au *droit commun* en ce qui concerne la prise de cours des intérêts, refusant l'application de l'article 1450 en tant que disposition du régime légal. En conséquence, les créances portent intérêts de plein droit à partir de la mise en demeure, et non à partir de la dissolution du mariage.

Dans un arrêt ultérieur, la cour rappelle les conditions que doit revêtir cette mise en demeure : le créancier doit avoir exprimé clairement et de manière non équivoque sa volonté de voir exécuter l'obligation (329). En l'espèce, le conseil d'une des parties avait

(328) 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. 239-257.

(329) Cass., 18 décembre 1986, *J.T.*, 1987, p. 162; Cass., 28 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 317.

communiqué par courrier, aux notaires et au conseil de l'autre partie, le relevé des versements effectués dans le cadre du remboursement de l'emprunt, ce qui a fait connaître sa volonté d'obtenir le remboursement de la moitié de ces versements. Par ailleurs, si la dette doit être exigible, elle ne doit pas nécessairement être certaine et liquide. C'est donc à tort que l'ex-époux soutenait que les intérêts ne commenceraient à courir que lors de l'homologation de l'état liquidatif (Liège, 9 novembre 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 979; *Rev. not. b.*, 2011, p. 580).

Dans le premier arrêt du 30 juin 2009, la cour avait considéré que la demande de désignation des notaires liquidateurs (en l'espèce par un procès-verbal de comparution volontaire) constituait la demande de reddition de comptes entre époux et valait donc mise en demeure.

PARTIE VI. — Le droit transitoire de la loi du 14 juillet 1976

165. — Régimes conventionnels en communauté. Droit / obligation d'acceptation de la communauté par l'épouse (art. 1463 anc.). — La période commentée a encore été témoin de quelques décisions importantes relatives au droit transitoire de la loi du 14 juillet 1976.

La Cour de cassation avait (mal) tranché la controverse relative à la survie du droit d'acceptation de la communauté par l'épouse en régime conventionnel de communauté antérieur à 1976 (art. 1453 ancien), survie qui permettait surtout aux maris de se prévaloir d'une prétendue inertie de plus trois mois de leur épouse pour priver celle-ci de toute part dans la communauté (art. 1463 ancien) (330). Elle avait voulu être fidèle à sa ligne restrictive quant à l'interprétation des dispositions transitoires (art. 1^{er}, 3^o, al. 1^{er}, et 47, § 3) excluant, pour ces époux seulement, l'application des règles de partage du nouveau régime légal. Cela avait choqué car un vif courant doctrinal abreuvait une interprétation de ces

(330) Cass., 6 juin 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, 1264, note N. BAUGNIET; *Rev. not. b.*, 2005, p. 539, obs.; *Div. Act.*, 2005, p. 104, note O. VANHULST; *R.W.*, 2006-2007, p. 837; *T. Not.*, 2007, p. 36, commenté par Y.-H. LELEU in *Chroniques notariales*, vol. 42, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 211, n° 98. *Addé*: 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. 3; Y.-H. LELEU, «Du mauvais vin dans de vieilles outres», *Rev. not. b.*, 2005, p. 618.

dispositions transitoires dans le sens de l'abrogation implicite du droit d'acceptation/de privation de part de la communauté(331).

Les suites de cette affaire ont heureusement démenti cette prévision. La cour d'appel de Liège statuant sur renvoi n'a eu aucune difficulté à appliquer cet arrêt, sans faire droit aux demandes du mari, car l'acceptation tacite de la communauté par l'épouse, jadis et actuellement par sa prolongation transitoire(332), résultait en l'espèce, notamment, de la connaissance par le mari de la demande en liquidation-partage formée par son épouse. La cour ne devait pas motiver plus avant en fait, mais en a pris la peine, et a en outre précisé, révélant l'impraticabilité du raisonnement de la Cour de cassation, que l'immixtion de l'épouse dans la gestion commune, constitutive d'acceptation tacite, est une conséquence inévitable de la loi nouvelle (Liège, 7 mars 2007, *Div. Act.*, 2007, p. 150, note; *Rev. not. b.*, 2007, p. 647, note D. STERCKX; *T. Not.*, 2008, p. 229, note M. DE CLERCQ).

Le tribunal de première instance de Malines considère également comme une acceptation tacite la demande en liquidation-partage de la communauté formée par l'épouse dans le délai de 3 mois et 40 jours, prenant cours, suivant l'ancienne jurisprudence, à la date de transcription du divorce. Ce tribunal a pu «sauver» l'épouse de la demande déraisonnable du mari, mais ses motifs relatifs à l'impossibilité de prendre en considération les actes (de gestion) de l'épouse durant le régime, sauf à titre d'interprétation de ses comportements dans le délai légal d'acceptation, nous paraissent excessivement sévères, et de nature à exclure l'acceptation tacite par demande en liquidation-partage formée tardivement ou seulement dans la citation en divorce (Civ. Malines, 12 mars 2008, *R.W.*, 2009-2010, p. 1056).

À force d'être respectueux de ce droit ancien si mal adapté au contexte actuel, certains juges et des épouses se sont effectivement trouvés dans l'impossibilité de trouver des actes d'acceptation tacite dans cette fenêtre temporelle étroite. Tel a été le cas du tribunal de Nivelles, qui a dû constater que l'épouse avait renoncé

(331) Not. S. MOSSELMANS, «Le droit transitoire relatif aux régimes matrimoniaux: un état actuel des choses», in *Régimes matrimoniaux*, Malines, Kluwer, III.7-26; J.-L. RENÇON, in *R.P.D.B.*, v° «Régimes matrimoniaux (droit interne)», compl. VI, Bruxelles, Bruylant, 1983, n° 284; L. ROUSSEAU, «Dispositions transitoires (application de la loi du 14 juillet 1976 aux époux mariés avant le 28 septembre 1976)», *Rép. Not.*, t. V/II, n° 1302.

(332) Voy. à ce sujet: J. RENAULD, *Régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Larcier, 1971, pp. 685 et s., n° 1153 et s. (épouse) et p. 701, n° 1190 (mari); H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, X, *Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Bruylant, 1949, p. 760, n° 893.

à la communauté, aucun de ses actes antérieurs au divorce ne prouvant le contraire, et que le mari n'avait pas renoncé à se prévaloir de la sanction de l'article 1463 ancien. Heureusement elle a saisi la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle relative à la discrimination portée par la disposition transitoire, dans l'interprétation qu'en a fait la Cour de cassation (Civ. Nivelles, 7 mai 2008, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 34, note A.-M. BOUDART).

La paix judiciaire est donc venue de la Cour constitutionnelle, qui enseigne qu'un droit inégalitaire, même revigoré par une interprétation de dispositions transitoires au plus haut niveau jurisprudentiel, viole le principe constitutionnel d'égalité. Dans ses considérants principaux (B.7.2 et B.7.3), la Cour juge que la différence de traitement — constatée sans ambiguïté plus haut (B.7.1) — pouvait se justifier en tant que correctif à l'inégalité des époux en matière de gestion de la communauté (art. 1421 ancien) 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, risquant d'être privée d'une part de communauté gérée, depuis 1976, concurremment avec son ex-mari (art. 1416) (C. const., 19 mars 2009, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 65; *J.L.M.B.*, 2009, p. 1056, obs. Y.-H. LELEU; *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 897; *R.W.*, 2009-2010, p. 1533, (somm.); *Rec. gén. enr. not.*, 2009, p. 212).

166. — Séparation de biens avec société d'acquêts. Revalorisation des récompenses (art. 1435). — Nous avons commenté dans la précédente livraison la jurisprudence de la Cour de cassation (333) qui prive les époux mariés sous un ancien régime conventionnel de communauté de la revalorisation des récompenses (334).

La Cour constitutionnelle a confirmé cette interprétation pour des époux mariés sous un ancien régime de séparation de biens avec société d'acquêts. L'absence de discrimination est justifiée par le *choix contractuel* opéré par les époux avant l'entrée en vigueur de la loi du 14 juillet 1976. Le but du législateur était alors

(333) Cass., 27 avril 2001, *Pas.*, 2001, p. 715; *R.G.D.C.*, 2002, p. 128; *E.J.*, 2002, p. 2, note S. MOSSELMANS; *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 606, note Y.-H. LELEU, note J.-L. RENCHON; *J.T.*, 2003, p. 81; *Rec. gén. enr. not.*, 2003, p. 142.

(334) Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997 à 2005). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2007, p. 169, n° 129. Pour une critique actualisée: Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 482, n° 428.

de concilier l'adaptation des régimes matrimoniaux à la nouvelle capacité de la femme mariée avec le respect de l'autonomie des volontés. Puisque la confirmation de cette capacité ne s'imposait aux volontés qu'en ce qui concerne les règles de gestion et de règlement du passif, cette adaptation n'exigeait pas nécessairement, selon la Cour, l'application des règles nouvelles de liquidation et de partage. Le législateur a donc pu raisonnablement considérer que l'évaluation des récompenses demeurerait régie par les dispositions applicables au moment du choix du régime matrimonial (C. const., 27 novembre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 954 (somm.)) (335).

Nous avons déjà critiqué cet argument du choix contractuel en matière d'attribution préférentielle (*supra*, n° 153) et formulons des réserves identiques en ce qui concerne le droit transitoire de la revalorisation des récompenses. La pertinence du critère de la nature contractuelle du régime peut d'autant plus être mise en doute que le valorisme tend à présent à régir même les comptes d'époux séparés de biens (*supra*, n° 162). Nous revenons donc sur notre approbation de la jurisprudence de la Cour de cassation exprimée dans la précédente livraison.

167. — Séparation de biens avec société d'acquêts. Ordre des prélèvements (art. 1471 anc.). — C'est le même argument du choix contractuel qui conduit la Cour constitutionnelle à maintenir l'application de l'article 1471 ancien du Code civil, suivant lequel les prélèvements de la femme sur la masse des biens à partager s'exercent avant ceux du mari, à des époux mariés avant le 28 septembre 1976 sous le régime conventionnel de la séparation de biens avec société d'acquêts. Le législateur a pu considérer, sur la base du principe de prévisibilité, que cette problématique demeurerait régie par les dispositions applicables au moment du choix du régime matrimonial. Les époux avaient du reste la possibilité de modifier leur régime conventionnel pour y inclure les mesures que le législateur n'avait pas prévues pour eux. L'atteinte portée au droit de l'époux n'est par ailleurs pas disproportionnée puisqu'il s'agit tout au plus d'une règle de priorité dans l'attribution d'un bien (C. const., 25 mai 2016, *R.W.*, 2015-2016, p. 1680 (somm.)).

(335) Voy. pour plus de détails: Y.-H. LELEU, «Le droit des régimes matrimoniaux devant la Cour constitutionnelle», in N. MASSAGER et J. SOSSON (dir.), *Cour constitutionnelle et droit familial*, Limal, Anthemis, 2015, p. 216, n° 45.