

LA RÉFORME DES RÉGIMES MATRIMONIAUX PAR LA LOI DU 22 JUILLET 2018 : PRÉSENTATION, ÉVALUATION¹

Yves-Henri LELEU

Doyen de la Faculté de droit de l'Université de Liège

Chargé de cours à l'Université libre de Bruxelles

Avocat

Introduction

1. La loi du 14 juillet 1976 qui modernisa le régime légal de communauté fut une œuvre majeure du législateur.

Elle concilia les intérêts des époux et des tiers en réalisant un double objectif d'égalité entre homme et femme et de solidarité sur les acquêts.

Réduite aux acquêts, la communauté laisse aux époux les biens qu'ils possèdent mais impose un partage de la valeur qu'ils créent ensemble.

La réforme de 1976 négligea la séparation de biens en délaissant les séparatistes au droit des contrats et des obligations.

Le message donné à une époque où le mariage avait encore un grand succès était que le régime de communauté est le seul conforme aux besoins de la majorité des couples.

2. Les familles ont changé. Les individus veulent s'épanouir personnellement dans le couple, les mariages se raréfient, durent moins longtemps, se forment à tout âge, avec ou sans enfants, des enfants d'origines variées.

De plus en plus de couples vivent sans régime matrimonial. La séparation de biens progresse chez ceux qui se marient, la cohabitation légale est populaire car on s'y sent protégé, l'union libre accueille des couples qui pensent n'avoir pas besoin de droit.

Pour répondre à un vœu largement partagé d'adapter le droit patrimonial des couples aux nouvelles familles et aux nouveaux rapports affectifs (ou de force) dans

¹ Cette contribution, initialement parue dans N. DANDOY, S. PFEIFF, Y.-H. LELEU et A.-Ch. VAN GYSEL, *États généraux du droit de la famille III. Actualités législatives et judiciaires en 2017 et 2018*, Bruxelles/Limal, Larcier/Anthemis, 2018, est ici reproduite avec l'aimable autorisation des Éditions Anthemis.

celles-ci, le législateur réforme à présent la loi du 14 juillet 1976 (loi du 22 juillet 2018) après avoir réformé le droit des successions (loi du 31 juillet 2017).

Ces réformes sont liées par un objectif commun : rééquilibrer la position du conjoint survivant par rapport aux enfants du couple et par rapport aux enfants de chacun des époux.

3. Le travail législatif s'est déroulé sans encombre : la proposition de loi n° 2848² a été soumise au Conseil d'État pour avis rendu le 15 février 2018³, et amendée en Commission de la justice pour en respecter les principales recommandations⁴. D'autres amendements ont été introduits pour modifier la loi sur des points clivants⁵ ; ceux de la majorité ont été retenus.

La loi du 22 juillet 2018 est entrée en vigueur avec la réforme des successions le 1^{er} septembre 2018.

A été provisoirement laissée de côté la réforme de la cohabitation légale, alors que celle-ci bénéficie (ou souffre, selon les points de vue) d'un succès proche du mariage. Or elle est bien moins qu'un mariage et traîne des stigmates d'une loi « anti-mariage-pour-tous » qui complique son alignement sur le mariage⁶.

4. Nous commencerons par exposer les objectifs de la loi du 22 juillet 2018 et ses interactions avec la réforme des successions, en approuvant la plupart des innovations, mais en formulant le regret que la séparation de biens ait encore été négligée au bénéfice de la liberté contractuelle.

Les développements seront structurés de manière classique : régimes primaire, secondaires, et conventionnels. L'approche par thématique (biens professionnels, biens sociétaux) fait l'objet de la suite de l'ouvrage.

I. – Objectifs. Lignes directrices

A. – Clarifier les règles du régime légal

5. Le premier objectif de la réforme est technique : *clarifier les règles du régime légal*. La réforme a rempli cet objectif et fait œuvre scientifique.

² Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2848/001.

³ Avis du Conseil d'État n° 62.729/2, du 15 février 2018, sur une proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2848/002.

⁴ Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2848/007 et 54-2848/008.

⁵ Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, Amendement, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2048/004 et 54-2048/005. Les amendements rejetés concernaient principalement la position privilégiée du conjoint survivant et de l'extension des avantages matrimoniaux à la séparation de biens.

⁶ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 527-528, n° 456.

La conception de la loi est largement due aux travaux du Professeur Hélène Casman, tandis que sa préparation pré-parlementaire a donné un large écho aux avis du monde académique belge. Ce fut, de notre point de vue, un modèle du genre⁷.

La jurisprudence et la doctrine portant sur les quelques imperfections de la loi du 14 juillet 1976 sont intégrées dans la réforme, suivant une méthodologie cohérente, une « logique interne claire »⁸.

La réforme résout des problématiques concrètes (assurances-vie, indemnités pour dommage corporel, biens professionnels...) par une méthodologie commune (trois lignes directrices) qui partage l'idéal de la loi du 14 juillet 1976 : concilier tous les intérêts en présence, principalement l'autonomie et la solidarité entre époux.

6. Une *première ligne directrice* des améliorations techniques du régime légal est la systématisation de la distinction « titre et finance », « qualité et valeur patrimoniale », pour tout bien lié à l'un des époux (autonomie) mais dont la valeur ne peut sortir du patrimoine commun car c'est un acquêt (solidarité).

La généralisation de cette distinction aux biens de la sphère professionnelle ou aux biens produisant des revenus professionnels facilitera sa mise en application par les praticiens, notamment lors de l'évaluation et de l'attribution de ces biens dans le partage. On pratiquait cette distinction, on en discutait, les particuliers se disputaient sur ses enjeux, vraisemblablement parce qu'elle n'était pas systématisée par le législateur. Voici par ailleurs une nouvelle catégorie de biens dans le « *numerus clausus* » des droits réels.

7. La *deuxième ligne directrice* est l'« allocation correcte des revenus professionnels », chaque fois que le patrimoine commun peut être privé de revenus à cause des particularités d'un bien générateur ou représentatif de revenus. La réforme répare des carences importantes de la loi du 14 juillet 1976 et adresse un message qui touche le cœur de la communauté : seule la communauté réalise une solidarité sur les acquêts, une solidarité qui doit être renforcée.

Pour quelles situations la loi doit-elle allouer plus correctement qu'auparavant les revenus professionnels au patrimoine commun ? Quand un époux perçoit ou a droit à un capital d'assurance-épargne individuelle, quand il prétend valoriser une clientèle débutée avant le mariage, quand il perçoit une indemnité de préavis mais divorce pendant la période de préavis, ou encore quand il a droit à des indemnités réparant un dommage corporel et une perte de revenus.

⁷ A. VERBEKE, « Een consequenter en meer solidair huwelijks-vermogensrecht », *Juristenkrant*, 2018, n° 371, p. 8 ; *contra* : J.-L. RENCHON, cité in *Doc. parl.*, Ch. repr., 2013-2014, n° 53-2998/002, pp. 13 et s.

⁸ Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2848/001, p. 5.

Il est toutefois regrettable que le législateur ait renforcé la solidarité sur les revenus dans le seul cadre communautaire, et ait complètement négligé d'introduire une solidarité impérative dans le cadre séparatiste, alors que les couples séparatistes collaborent souvent et comme les autres à la constitution du patrimoine d'acquêts.

8. La *troisième ligne directrice* est la « neutralisation des effets de l'exercice en société de la profession sur les revenus professionnels ».

Cette ligne directrice aurait pu se fondre dans la précédente, car elle en partage l'objectif : éviter que le patrimoine commun soit privé de revenus professionnels, notamment en réduisant des rémunérations dues par une société dont les actions sont propres à son dirigeant.

La loi opte pour une récompense compensatoire (art. 1432, al. 2). Si l'actionnaire maintient trop de bénéfices dans sa société et augmente la valeur de ses parts propres, la loi n'oblige pas le conjoint à agir immédiatement pour contraindre la société à augmenter ses versements (autonomie), mais lui réserve un droit à récompense à la liquidation qui compensera le déséquilibre entre le patrimoine propre (qui s'est s'enrichi) et le patrimoine commun (qui s'est appauvri).

L'esprit de la loi du 14 juillet 1976 est très présent : un des intérêts en présence est la paix des ménages, ce qui fait préférer au législateur des solutions en termes de liquidation (ex. : art. 1433) par préférence aux procès sur la gestion des biens communs (ex. : art. 1420 et s.)⁹.

B. – Encadrer la séparation de biens

9. Le deuxième objectif de la réforme – *un meilleur encadrement légal du régime de la séparation de biens et des clauses que les époux peuvent y adjoindre* – est inabouti.

La communautarisation des séparations de biens fut à l'ordre du jour de la préparation scientifique de la réforme, notamment grâce à la diffusion de travaux de droit comparé montrant que nulle part ou presque la séparation de biens n'est aussi potentiellement inique que chez nous.

Malheureusement, il n'y eut aucune volonté politique ni corporatiste pour induire un changement de paradigme. L'idée que la liberté de choisir la séparation de biens devait être fortement encadrée, voire corrigée, par une intervention judiciaire correctrice en équité, n'a toujours pas été concrétisée.

⁹ Sur les sanctions indirectes par déclaration de dette propre et octroi d'une récompense-indemnité, voy. Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples, op. cit.*, pp. 213-214, n° 210 et 211.

10. Les promoteurs de la loi, appuyés par une doctrine majoritairement néerlandophone, à laquelle nous nous rallions depuis le début de nos recherches, n'ont pourtant pas ménagé leur peine pour que la réforme améliore le non-régime séparatiste.

Les améliorations retenues empruntent quatre voies.

- Une première action est d'encourager la communautarisation de la séparation de biens par des clauses du contrat de mariage. C'est à présent fait par une mesure forte sur le plan du symbole : promouvoir la participation aux acquêts au rang de régime conventionnel-légal (contrat-type réglementé). La pratique notariale est encouragée à la proposer aux couples qui veulent demeurer indépendants ou se protéger contre les passifs, sans accepter que l'un puisse appauvrir l'autre.
- D'autres actions sont les extensions à la séparation de biens d'instruments de liquidation réservés aux époux communs en biens : l'attribution préférentielle, le recel, la théorie des avantages matrimoniaux, le droit successoral *ab intestat* du conjoint survivant. Nous ne comprenons pas que la Cour constitutionnelle¹⁰ invoque un prétendu choix séparatiste pour priver le couple d'institutions qui, sauf exception, n'étaient jamais entrées dans le champ de leurs « négociations » contractuelles ni dans celui de l'information notariale.
- Le troisième axe d'amélioration de la séparation de biens passera (ou pas) par le notariat. Comme suggéré depuis vingt ans, le devoir de conseil du notaire en matière de séparation de biens doit être aggravé et mieux sanctionné. Il y a en effet faute professionnelle à conseiller de signer un contrat de séparation de biens pure et simple sans se ménager la preuve de la connaissance par les deux époux de tout ce à quoi ils renoncent¹¹. Un tel contrat a pu être souscrit sans garantie d'équilibre des forces de négociation en présence¹² et ne pourra être modifié unilatéralement si les circonstances ont changé (profils de gains, profils de risques, valeur du risque par rapport aux gains...). Aussi la loi oblige-t-elle à présent le notaire à fournir une information plus étendue et détaillée sur les risques de la séparation de biens, les avantages des clauses qui le communautarisent, et en particulier la possibilité d'y adjoindre le nouveau correctif en équité. Le non-respect de ces obligations, ou la stipulation

¹⁰ C. const., 7 mars 2013, n° 28/2013, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 61 ; *Rec. gen. enr. not.*, 2013, p. 167 ; *R.W.*, 2012-2013, p. 1359 (somm.) ; *T. not.*, 2013, p. 415, note J. VERSTRAETE ; *R.W.*, 2013-2014, p. 59 (somm.), note ; *J.T.*, 2014, p. 170, note F. DEGUEL ; *A.C.C.*, 2013, p. 501 ; *R.A.B.G.*, 2013, p. 947 ; *R.G.D.C.*, 2014, p. 511.

¹¹ A. VERBEKE, *Le contrat de mariage de séparation de biens. Plaidoyer pour une solution équitable*, Anvers, Kluwer, 1997, pp. 12 à 18 ; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., p. 376, n° 346.

¹² A. VERBEKE, « Het wilsgebrek van de liefde », *T.E.P.*, 2015, p. 105 ; Y.-H. LELEU, *Les collaborations économiques au sein des couples séparatistes. Pour une indemnisation des dommages collaboratifs envers et contre tous choix*, Montréal, Thémis, 2014, pp. 62 et s.

de clauses de style, engage la responsabilité du professionnel à hauteur du dommage éventuellement causé par le contrat séparatiste.

- Le dernier encadrement de la séparation de biens est désespérant : un correctif en équité facultatif permet au juge de réallouer les acquêts jusqu'à maximum un tiers de ceux-ci en cas de modification des circonstances au détriment d'un des époux qui demande cette correction (art. 1474/1). Alors qu'un tel système ne se conçoit évidemment que « *opting out* », obligatoire sauf dérogation, le législateur a privilégié l'autonomie contractuelle en le stipulant « *opting in* ». Le notaire doit attirer l'attention des candidats à la séparation de biens sur l'existence de cette correction, et sur l'opportunité de la stipuler « ou non »...

C. – Rééquilibrer les intérêts du conjoint survivant et des enfants

11. Le troisième et dernier objectif de la réforme – *la quête de nouveaux équilibres entre le couple et les enfants autour du couple* – a cristallisé d'autres tensions qu'entre communautaristes et séparatistes : flamands et francophones ont poursuivi leurs échanges de vues sur la position du conjoint survivant entamés dans le cadre de la réforme des successions (loi du 31 juillet 3017)¹³.

Si tous partagent le constat que les deux réformes doivent encadrer des rapports familiaux qui ont évolué, certains, plus latins de culture juridique, estiment que les enfants sont lésés par les nouveautés en successions, et qu'en régimes matrimoniaux les nouveautés vont attiser les tensions dans les familles entre membres de lignages différents¹⁴.

D'autres, vus comme germains par les plus latins, estiment que le centre de gravité des nouvelles familles est le couple, et que le couple est une somme de deux individus qui collaborent à la construction d'un patrimoine d'acquêts, et que les enfants, surtout ceux du couple, doivent attendre le décès du parent survivant avant d'émettre des prétentions, surtout sur les acquêts¹⁵.

Nous avons défendu cette dernière solution, qui s'inscrit dans le mouvement d'autodétermination en droit des personnes et des familles et la promotion de l'égalité homme-femme¹⁶.

¹³ Pour une analyse de ces courants : A.-C. VAN GYSEL, « Le conjoint et le cohabitant légal survivant », in P. MOREAU (dir.), *La réforme du droit des successions, Actes du XV^e colloque de l'Association « Famille & Droit »*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 404-407 ; A. VERBEKE, « Langstlevende echtgenoot versus kinderen. Een nieuwe communautaire twist in België? », *T.P.R.*, 2013, p. 2471.

¹⁴ Principalement : J.-L. RENCHON, « Regard d'ensemble sur la réforme du droit des successions », in P. MOREAU (dir.), *La réforme du droit des successions, Actes du XV^e colloque de l'Association « Famille & Droit »*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 59 et s. ; J.-F. TAYMANS, Exposé, in Rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2848/007, pp. 102 et s. ; et A.-C. VAN GYSEL, « Le conjoint et le cohabitant légal survivant », *op. cit.*, pp. 404 et s.

¹⁵ Principalement : A. VERBEKE, « Aanwinsten en huwelijksvoordelen in een evenwichtig huwelijksvermogensrecht », *T.E.P.*, 2014, pp. 306-307.

¹⁶ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, *op. cit.*, p. 20, n° 4.

12. Les débats vifs sur la réserve héréditaire en régression et sur la promotion des pactes successoraux ont trouvé un écho, limité, dans la réforme des régimes matrimoniaux.

Certains redoutent l'extension nouvelle des avantages matrimoniaux aux régimes séparatistes, n'y voyant principalement qu'une manière ou un risque d'exhérer les enfants¹⁷.

D'autres considèrent que les époux sont des associés économiques sur les acquêts, peu importe le régime, et que s'ils s'allouent le patrimoine qu'ils ont constitué, leurs enfants n'ont aucun droit sur ce patrimoine tant qu'un des « *founding partners* » vit encore.

Nous nous rallions à ce second courant.

L'on formule enfin de graves prédictions sur les conséquences pour les familles de la libéralisation du droit successoral et de la rupture du lien entre l'héritier et les biens (quotité disponible de 1/2, réserve en valeur, renonciations contractuelles, pactes successoraux). Or ce mouvement se retrouve en régimes matrimoniaux dans l'augmentation des droits du conjoint survivant en séparation de biens sur le patrimoine indivis (art. 745bis, § 1^{er}, al. 2) et dans la généralisation des avantages matrimoniaux (art. 1469, § 1^{er}, al. 4).

On notera que les auteurs de la réforme ont bien veillé à la conciliation des intérêts en présence : la liberté croissante d'exhérer s'applique aussi au conjoint, qui peut maintenant être privé de sa réserve concrète par un « pacte Valkeniers » (art. 1388 ; *infra*, n° 17).

II. – Régime primaire

13. Le régime primaire n'est pas touché par la réforme, centrée sur la composition et le partage des patrimoines dans le régime secondaire.

L'article 1466 stipule à présent que l'ensemble du régime primaire s'applique aux époux séparés de biens, alors que dans son ancienne version il ne réservait que l'application de l'article 215, paragraphe 1^{er}.

Art. 1466. Lorsque les époux ont stipulé par contrat de mariage qu'ils seront séparés de biens, chacun d'eux a seul tous pouvoirs d'administration, de jouissance et de disposition, **sans préjudice des dispositions relatives à leurs droits et devoirs respectifs** ; il garde propres ses revenus et économies.

¹⁷ F. TAINMONT, « La réserve héréditaire », in P. MOREAU (dir.), *La réforme du droit des successions, Actes du XV^e colloque de l'Association « Famille & Droit »*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 228.

14. L'article 299 du Code civil relatif à la caducité des avantages matrimoniaux, de statut proche du régime primaire, a été remplacé par une disposition plus claire qui précise quels avantages matrimoniaux sont caducs ou maintenus en cas de divorce.

Art. 299. 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.

L'ancienne rédaction posait un double problème :

- Les *donations entre époux de biens actuels* étaient couvertes par l'article 299 et donc révoquées de plein droit par le divorce. Cela pouvait ne pas correspondre à la volonté des époux, libres de révoquer les donations de biens présents à condition d'en exprimer la volonté (art. 1096), ou être disproportionné. La loi maintient cette liberté, mais n'érige pas le divorce en facteur révocatoire de plein droit. Cela préserve la solidarité mise en place au départ des propres ou en séparation de biens, ou impose au révocateur d'assumer pleinement son acte.
- Les *avantages matrimoniaux* visés par la caducité dans la disposition ancienne étaient limités par l'arrêt de la Cour de cassation du 23 novembre 2001 qui excluait de la caducité l'apport en communauté. La doctrine en inférait qu'étaient seuls caducs les avantages matrimoniaux sous condition de survie, c'est-à-dire les clauses de partage inégal au profit du survivant, les institutions contractuelles, mais aussi les assurances-vie. La logique était que le conjoint divorcé ne devait pas être avantagé par des mesures de prévoyance en cas de décès après un mariage intact. La rédaction actuelle consacre cette interprétation limitée aux « droits de survie ». Elle ne vise notamment pas une clause de participation aux acquêts, qui produira donc ses effets en cas de divorce¹⁸.

15. La réserve d'une convention contraire est maintenue. Il demeure donc possible de stipuler un partage inégal de communauté « en cas de divorce » au profit d'un époux déterminé, de même qu'une participation inégale aux acquêts. Ces dérogations sont sans condition de survie et doivent faire l'objet d'une information précise du notaire¹⁹.

¹⁸ Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2848/001, p. 30.

¹⁹ Une clause de la mortuaire, sans condition de survie mais liée au décès, n'est pas caduque par l'effet de l'article 229, mais ne sortira pas ses effets en cas de divorce si elle est rédigée avec la précision de son seul octroi en cas de décès du conjoint bénéficiaire. On rappellera que cette clause est inutile dans les deux régions car abusive.

III. – Dispositions générales des régimes secondaires (art. 1387-1397/1)

16. De profondes modifications améliorent les dispositions transversales des régimes secondaires, celles qui gouvernent l'autonomie de la volonté et celles qui portent des institutions valables pour tout régime.

A. – Pacte Valkeniers sur la réserve concrète du conjoint survivant (art. 1388)

17. Le nouvel article 1388 permet de priver contractuellement le conjoint survivant de sa réserve concrète, l'usufruit du logement principal de la famille. Avant ce n'était pas possible, ce qui faisait perdre au pacte sa principale utilité, vue la configuration standard du patrimoine moyen des Belges (essentiellement l'immeuble d'habitation).

Art. 1388. Les époux ne peuvent déroger aux règles qui fixent leurs droits et devoirs respectifs, ni à celles relatives à l'autorité parentale et à la tutelle ou déterminant l'ordre légal des successions.

Les époux peuvent, par contrat de mariage ou par acte modificatif, si l'un d'eux a à ce moment un ou plusieurs descendants issus d'une relation antérieure à leur mariage ou adoptés avant leur mariage ou des descendants de ceux-ci, conclure, même sans réciprocité, un accord complet ou partiel relatif aux droits que l'un peut exercer dans la succession de l'autre. **Cet accord ne porte pas préjudice au droit de l'un de disposer, par testament ou par acte entre vifs, au profit de l'autre. Il ne peut en aucun cas priver le conjoint survivant du droit d'habitation portant sur l'immeuble affecté au jour de l'ouverture de la succession du prémourant au logement principal de la famille et du droit d'usage des meubles meublants qui le garnissent pour une période de six mois à compter du jour de l'ouverture de la succession du prémourant.**

Les articles 1100/2 à 1100/6 s'appliquent à l'accord visé à l'alinéa 2.

18. Depuis les récentes réformes des successions, surtout celle de 2017, le législateur promeut la liberté de tester. Il n'y a donc aucune raison de ne pas l'étendre aux droits du conjoint survivant, surtout quand il s'agit de réaliser l'objectif de pacifier le règlement successoral dans les familles recomposées.

Il fallait aussi ne pas décourager les remariages en permettant aux parties de « libérer » la propriété du logement familial en cas de décès du propriétaire au profit des enfants d'une précédente union.

Comme le souligne l'exposé des motifs et comme précédemment, la loi n'empêche pas de modaliser les droits laissés au conjoint sur le logement (ex. : limiter l'usufruit dans le temps, le ramener à un droit d'habitation...).

La loi octroie en toute hypothèse au conjoint survivant un droit d'habiter l'ancien logement et d'utiliser les meubles pendant six mois. Ce droit n'est pas un usufruit, car sa finalité est de permettre au conjoint de trouver un nouveau logement, pas de conserver l'ancien. Le juge de paix compétent pour statuer sur une demande d'expulsion du conjoint survivant ne peut pas prolonger ce délai, mais peut accorder les délais généralement d'usage en matière d'expulsion²⁰.

19. La réforme de 2018 n'a pas été jusqu'à supprimer la condition de présence d'enfant d'une relation antérieure au mariage, ce qui eût été cohérent avec la libéralisation des pactes successoraux exhérédatifs.

Le législateur considère que les couples sans enfants et les enfants issus des couples doivent accepter que le survivant profite d'un prolongement de solidarité conjugale (ici l'usufruit réservataire sur le logement familial).

En revanche, dans des deuxième ou troisième mariages, la présence d'enfants d'un seul époux est souvent concomitante à l'existence d'un patrimoine constitué avant le mariage. Il y a donc un lien, à privilégier, entre ces enfants et ce patrimoine. C'est ce lien que reconnaît le législateur en protégeant mieux ces enfants contre les affres de l'usufruit d'un beau-parent²¹.

20. Quant aux conditions, la loi renvoie aux articles 1100/6 et 1100/7 du Code civil, relatifs au « pacte successoral global » issu de la réforme des successions (art. 1388, al. 3).

Cela implique deux choses. Sur le fond, les membres d'une famille « traditionnelle », sans enfant d'une relation antérieure, pourront aussi modaliser les droits successoraux du conjoint survivant. Ils pourront notamment renoncer avant l'ouverture de la succession à demander la réduction de certaines donations (art. 918 ou 1100/7, § 7, réd. loi du 31 juillet 2017). Ces pactes n'auront pas l'ampleur d'un pacte Valkeniers qui permet une renonciation générale à la réserve.

En la forme, le formalisme très lourd des nouveaux pactes successoraux s'applique aux pactes Valkeniers²².

Les aménagements au pacte Valkeniers sont un des contrepois au renforcement des droits du conjoint survivant par les réformes de 2017 et 2018. Deux

²⁰ Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, Rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2848/007, p. 21.

²¹ Le Conseil d'État n'y a pas vu de discrimination mais un choix d'opportunité.

²² Pour plus de détails : V. WYART, « Les pactes sur successions future », in P. MOREAU (dir.), *La réforme du droit des successions, Actes du XV^e colloque de l'Association « Famille & Droit »*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 306 et s., et V. WYART, « Le renoncement anticipatif à ses droits successoraux par le conjoint de secondes nocces », *Droit familial. Actualité législative et jurisprudentielle*, coll. UB3, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 131.

autres contrepoids sont l'interdiction faite au conjoint survivant de demander la réduction des libéralités consenties par le défunt avant son mariage (art. 915*bis*, § 2/1, réd. loi du 31 juillet 2017)²³ et la simplification de la procédure de conversion de l'usufruit dans les familles recomposées (art. 745*quater*, § 1^{er}/1, réd. loi du 31 juillet 2017)²⁴.

B. – *Attribution préférentielle des biens indivis entre époux séparés de biens (art. 1389/1 et /2)*

21. Une demande doctrinale pressante, traduisant un besoin social réel, réclamait l'extension de l'attribution préférentielle aux biens indivis en séparation de biens.

La jurisprudence a osé l'étendre *de lege lata* contre un arrêt très clair de la Cour constitutionnelle²⁵, sur la base de l'article 1390²⁶ qui stipule que le régime légal est le « droit commun des régimes matrimoniaux »²⁷.

Le législateur consacre cette jurisprudence et contredit ce courant constitutionnel mal justifié par le prétendu choix des époux et par la localisation des dispositions légales²⁸. Sauf exception rarissime, aucun couple ne contracte en ayant à l'esprit les conséquences pour leur futur partage d'une absence d'attribution préférentielle.

Art. 1389/1. Lorsque le régime matrimonial prend fin par le décès d'un des époux, le conjoint survivant peut, moyennant soulte s'il y a lieu, se faire attribuer par préférence, pour autant qu'ils appartiennent au patrimoine commun ou au patrimoine qui est en indivision exclusivement entre les époux :

- 1° un des immeubles servant au logement de la famille ;
- 2° les meubles meublants qui le garnissent ;
- 3° les biens qu'il utilise pour l'exercice de sa profession ou l'exploitation de son entreprise.

²³ Voy. F. TAINMONT, « La réserve héréditaire », *op. cit.*, p. 232.

²⁴ Voy. F. TAINMONT, « La conversion de l'usufruit du conjoint et du cohabitant légal dans le cadre des familles recomposées », *Rev. not. b.*, 2018, p. 248.

²⁵ C. const., 7 mars 2013, n° 28/2013, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 61 ; *Rec. gen. enr. not.*, 2013, p. 167 ; *R.W.*, 2012-2013, p. 1359 (somm.) ; *T. not.*, 2013, p. 415, note J. VERSTRAETE ; *R.W.*, 2013-2014, p. 59 (somm.), note ; *J.T.*, 2014, p. 170, note F. DEGUEL ; *A.C.C.*, 2013, p. 501 ; *R.A.B.G.*, 2013, p. 947 ; *R.G.D.C.*, 2014, p. 511.

²⁶ Trib. fam. Namur, 14 novembre 2016, R.G. n° 15/2528/A, inédit.

²⁷ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, *op. cit.*, p. 304, n° 283, et 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, Bruylant, 2012, pp. 239 et s.

²⁸ La Cour précisait toutefois que l'on ne pourrait pas reprocher au législateur d'étendre le champ d'application de l'attribution préférentielle au logement indivis.

Art. 1389/2. § 1^{er}. Lorsque le régime matrimonial prend fin par le divorce sur la base de l'article 229, par la séparation de corps ou par la séparation de biens judiciaire, chacun des époux peut au cours des opérations de liquidation, demander au tribunal de la famille de faire application à son profit des dispositions visées à l'article 1389/1.

§ 2. Le tribunal statue en considération des intérêts que chacun des époux peut faire valoir et en tenant compte des capacités financières de celui qui, le cas échéant, devra payer la soulte.

Il est fait droit, sauf circonstances exceptionnelles, à la demande formulée par l'époux qui a été victime d'un fait visé aux articles 375, 398 à 400, 402, 403, 405, 409, §§ 1^{er} à 3 et 5, et 422*bis* du Code pénal ou d'une tentative de commission d'un fait visé aux articles 375, 393 à 397, 401, 404 et 409, § 4, du même Code, si l'autre époux a été reconnu coupable de ce chef comme auteur, coauteur ou complice par décision coulée en force de chose jugée.

22. Les articles 1446 et 1447 sont déplacés vers les dispositions transversales et retouchés pour accueillir les biens indivis et intégrer certains acquis de jurisprudence.

23. Il faut que les biens appartiennent « en indivision exclusivement entre les époux ». La loi exclut l'attribution de parts qu'un époux aurait dans un bien indivis avec des tiers.

La logique est de privilégier les droits du couple sur les acquêts, le produit de leur collaboration²⁹. Si des tiers sont présents dans l'indivision, cette logique est absente : il n'y a pas de volonté présumée d'avantager le conjoint ; il faut protéger les autres copartageants.

Cette logique se retrouve dans d'autres dispositions, par exemple l'article 745*bis* qui augmente les droits *ab intestat* du conjoint séparé de biens sans enfants, pour les aligner sur ceux du conjoint survivant commun en biens sans enfants. Ces conjoints héritent dorénavant « la pleine propriété de la part du prémourant dans le patrimoine commun et dans le patrimoine *en indivision exclusivement entre les époux* » (art. 745*bis*, § 1^{er}, al. 2, 1^o).

La loi n'exclut pas que le bien indivis soit un ancien bien propre « apporté » en indivision par son propriétaire. L'apport manifeste l'affectation au couple d'un bien qui n'est pas un acquêt.

24. La loi élargit et simplifie les critères en cas de divorce en retenant les « intérêts que chacun des époux peut faire valoir » et les « capacités financières » du demandeur. Elle saisit une diversité plus grande de familles et de contextes.

²⁹ Ou sur les biens issus de leur volonté de transformer un propre en acquêt (apport en communauté, « apport » en indivision) (proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2848/001, pp. 32 et 40).

La référence aux capacités financières plutôt qu'aux droits de créance et de récompense est judicieuse : d'autres éléments financiers peuvent être prépondérants, notamment les revenus du demandeur ou ses capacités de reclassement professionnel.

Il n'est plus obligatoire de demander l'attribution de l'immeuble et des meubles meublants, comme le soutenait certaine doctrine³⁰. Cela présente un intérêt si le mobilier est une charge ou a une grande valeur.

25. Les biens professionnels éligibles sont élargis (meubles et immeubles, profession ou exploitation d'entreprise) et mis en correspondance avec ceux nouvellement réglementés (*infra*, n^{os} 37 et s.).

Les biens professionnels qui sont qualifiés propres pour le « titre » mais communs pour la « finance » (art. 1401, § 1^{er}, 5 et 6) sont attribués *de droit* au détenteur du « titre », en général l'époux titulaire de la profession ou seul actionnaire. L'attribution préférentielle est donc inutile à leur égard.

Ne sont donc concernés par l'attribution préférentielle que les biens communs ou indivis utiles à la profession qui ne remplissent *pas* les conditions de la distinction « titre/finance » (ex. : immeuble mixte professionnel et de logement, ordinateur portable à usage mixte, exercice conjoint de la profession). Le juge doit pouvoir arbitrer les intérêts parce que le bien présente un intérêt potentiel pour les deux époux.

Enfin, selon les travaux préparatoires, certains biens professionnels communs ne pourront pas faire l'objet d'une attribution préférentielle en raison de leurs spécificités³¹ :

- les *parts et actions de société* communes pour le tout doivent suivre les règles légales ou statutaires d'attribution (*infra*, n^o 42) ;
- les *clientèles* communes pour le tout ne peuvent pas être attribuées à un époux, même en cas de profession conjointe, car les clients ne peuvent être contraints de changer de prestataire ou de fournisseur³² (*infra*, n^o 50).

26. La loi maintient le principe d'une attribution préférentielle de droit en cas de violences conjugales, moyennant une condamnation pénale. Elle ajoute à la liste des infractions, celles qui seraient constitutives d'indignité de succéder

³⁰ Voy. Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 212, n^o 180 ; Anvers, 18 mai 1999, R.W., 1999-2000, p. 682. *Contra* : R. DEKKERS et H. CASMAN, *Handboek Burgerlijk recht*, d. IV, *Huwelijksstelsels – Erfrecht – Giften*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 176, n^o 273 ; Y.-H. LELEU, « L'attribution préférentielle du logement familial », in P. DELNOY, Y.-H. LELEU et E. VIEUJEAN (dir.), *Le logement familial*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1999, p. 221, n^o 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^o 8.

³¹ *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n^o 54-2848/001, p. 42.

³² Pour une critique : F. DEGUEL, « L'extension des outils communautaires en régime de séparation de biens », *infra*, n^o 12.

ou de bénéficier d'avantages matrimoniaux (art. 1429*bis*, réd. loi du 10 décembre 2012, également modifié par cette réforme ; *infra*, n° 81).

C. – *Recel de biens indivis par des époux séparés de biens (art. 792, 1389/3)*

27. Tout aussi évidente était la nécessité de sanctionner le recel de biens indivis comme celui de biens communs (art. 1448 ancien). Seul un excès de légalisme justifiait l'impunité du receleur séparé de biens. Pour nous, l'article 1390 du Code civil autorisait déjà l'extension du recel.

28. Nous ne nous attardons pas aux nouveautés en matière de *recel successoral*, car l'article 792, qui irrigue l'article 1389/3, est également toiletté par la réforme.

Art. 792. L'héritier qui, de mauvaise foi, dissimule des informations ou fait de fausses déclarations en ce qui concerne la composition ou l'étendue de la succession, pour en retirer un avantage pour lui-même au préjudice de ses cohéritiers ou des créanciers de la succession, est coupable de recel.

L'héritier qui est coupable de recel est déchu de la faculté de renoncer à la succession ; même s'il voulait y renoncer, il demeure héritier pur et simple, sans pouvoir prétendre à aucune part dans les biens ou valeurs recelés.

Cette sanction ne peut être invoquée à l'encontre de l'héritier qui fournit, spontanément et en temps utile, l'information exacte et complète ou rectifie ses fausses déclarations.

29. Comme pour l'attribution préférentielle, la loi ne se contente pas d'étendre l'institution à tous les époux, mais ancre également les acquis de la jurisprudence.

Art. 1389/3. L'époux qui, de mauvaise foi, dissimule des informations ou fait de fausses déclarations en ce qui concerne la composition ou l'étendue de la communauté, des indivisions existant entre les époux ou, dans le cas d'un régime de séparation de biens avec clause de participation, de la masse de participation, pour en retirer un avantage pour lui-même au préjudice de l'autre époux, est coupable de recel.

L'époux qui est coupable de recel est privé de sa part dans les biens ou valeurs recelés ou est, le cas échéant, sanctionné à concurrence des biens ou valeurs recelés dans le calcul de la créance de participation.

Cette sanction ne peut être invoquée à l'encontre de l'époux qui fournit, spontanément et en temps utile, l'information exacte et complète ou rectifie ses fausses déclarations.

Le *recel entre époux* concerne toute masse de biens ou patrimoine auquel sont intéressés les deux époux : communauté, indivision, société d'acquêts, masse de participation...

La sanction est la « privation de part » dans l'objet du recel, avec des précisions pour le recel par dissimulation fautive d'un acquêt ou d'une plus-value assimilable à un acquêt : l'époux sera sanctionné en valeur, à concurrence des biens ou valeurs recelés dans le calcul de la créance de participation³³.

Les améliorations issues de la jurisprudence et de la doctrine visent les conditions et la sanction du recel : remplacement de termes obsolètes (« diverti ou recelé ») ; intégration de la jurisprudence sur la mauvaise foi du receleur, sur la loyauté attendue des copartageants, sur le droit de repentir – en « temps utile »³⁴. On inclut aux actes constitutifs de recel les fausses déclarations, les dissimulations d'informations, la recherche d'un avantage pour soi-même uniquement.

D. – *Publicité des contrats de mariage dans le RCCM (art. 1395)*

30. Après les modifications récentes de la publicité des conventions matrimoniales³⁵, la loi ajoute aux conventions publiables la nouvelle clause d'apport anticipé en communauté (art. 1452, § 2).

Cette clause est insérée, à la demande du couple, dans un acte d'acquisition immobilière indivise afin que, en cas de mariage subséquent, le bien indivis soit apporté au patrimoine commun sans nouvelle formalité (*infra*, n° 90).

Art. 1395. § 1^{er}. Le notaire qui a reçu le contrat de mariage ou l'acte modifiant le régime matrimonial procède à l'inscription prescrite par l'article 4, § 2, 1^o, de la loi du 13 janvier 1977 portant approbation de la Convention relative à l'établissement d'un système d'inscription des testaments, faite à Bâle le 16 mai 1972 et portant introduction d'un registre central des contrats de mariage, sous peine d'une amende de vingt-six euros à cent euros, sous peine de destitution et sous peine d'engager sa responsabilité envers les créanciers s'il est prouvé que l'omission résulte d'une collusion.

§ 1^{er}/I. La même obligation incombe au notaire devant qui est passé un acte d'acquisition de propriété d'un bien immeuble dans lequel figure une déclaration d'apport anticipé conformément à l'article 1452, § 2, en ce qui concerne cette déclaration.

³³ Suite à un amendement proposé par S. Becq, ces précisions ont remplacé la formule initiale ambiguë : indemniser le conjoint « à concurrence de l'avantage qu'il visait pour lui-même » (voy. proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, Amendement, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2848/005, p. 7).

³⁴ Voy. à ce sujet F. DEGUEL, « L'extension des outils communautaires en régime de séparation de biens », *op. cit.*, n° 19 et la note.

³⁵ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, *op. cit.*, pp. 325 et s., n° 309. Pour une synthèse récente et actualisée : M. VAN MOLLE, « Pot-pourri de dispositions réformant les régimes matrimoniaux ou regards sur quelques dispositions générales applicables à tous les régimes matrimoniaux », *Le notaire face aux réformes des régimes matrimoniaux et des successions*, Journées du notariat du 7 juin 2018, p. 13, n° 24.

§ 2. Les modifications conventionnelles ont effet entre époux à dater de l'acte modificatif. Elles n'ont effet à l'égard des tiers que du jour de l'inscription visée à l'article 4, § 2, 1^o, de la loi du 13 janvier 1977 portant approbation de la Convention relative à l'établissement d'un système d'inscription des testaments, faite à Bâle le 16 mai 1972 et portant introduction d'un registre central des contrats de mariage, sauf si, dans leurs conventions conclues avec des tiers, les époux ont informé ceux-ci de la modification.

§ 3. Un acte étranger portant modification du régime matrimonial peut, s'il remplit les conditions requises pour sa reconnaissance en Belgique, être mentionné en marge d'un acte établi par un notaire belge et être joint à cet acte. Cette formalité est effectuée à titre de publicité de la modification et n'a pas pour effet de rendre celle-ci opposable aux tiers.

IV. – Régime légal (art. 1399-1450)

A. – Preuve des créances (art. 1399, al. 3)

31. La preuve entre époux de la propriété des *biens* est déjà simplifiée par rapport au droit commun : tous les modes de preuve sont admissibles, y compris le témoignage et les présomptions. La loi facilite la détermination des masses de liquidation et l'établissement des comptes de récompense. La séparation de biens est assujettie au même régime : l'article 1468 renvoie aux modes de preuve de l'article 1399³⁶.

Mais aucun de ces modes de preuve ne s'appliquait aux *créances* entre époux, ce qui était très préjudiciable aux époux séparés de biens qui n'ont pas droit aux récompenses³⁷. Les créances devaient être prouvées par écrit en principe (art. 1341 et s.), sauf impossibilité morale, sujette à des interprétations divergentes, et sauf les créances d'enrichissement sans cause (art. 1348, al. 2, 12^o).

À présent, les créances entre époux peuvent être prouvées de la même façon que la propriété des biens.

Art. 1399. Sont propres, les biens et créances appartenant à chacun des époux au jour du mariage et ceux que chacun acquiert au cours du régime, par donation, succession ou testament.

³⁶ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., p. 381, n^o 349, et A. VERBEKE, « La séparation de biens pure et simple », in Y.-H. LELEU et R. RAUCENT (dir.), *Les régimes matrimoniaux. 4. Les régimes conventionnels. Le droit transitoire*, Rép. not., t. V, I. II/4, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 33, n^o 1054.

³⁷ En communauté, les faits générateurs de récompenses sont prouvés par toutes voies de droit.

À l'égard des tiers, la propriété dans le chef de chacun des époux d'un bien qui n'a pas de caractère personnel doit être établie, à défaut d'inventaire ou à l'encontre d'une possession réunissant les conditions de l'article 2229, par des titres ayant date certaine, des documents émanant d'un service public ou des mentions figurant dans des registres, documents ou bordereaux imposés par la loi ou consacrés par l'usage et régulièrement tenus ou établis.

Entre époux, la preuve de la propriété des mêmes biens **ou des créances** peut se faire par toutes voies de droit, témoignages et présomptions compris et même par commune renommée.

32. Le nouvel article 1399, alinéa 3, prend acte de l'extrême rareté de la préconstitution de preuves entre époux, et des critiques sur l'application sans nuances du droit commun aux partenaires affectifs³⁸. Nous ne comprenions pas que les époux séparés de biens étaient soumis au droit commun de la preuve, car les époux sont en couple et pas en relation d'affaires.

Les stratégies de demandes de créances en séparation de biens seront profondément modifiées, car c'est bien la preuve de créances *contractuelles* qui est modifiée et l'article 1341 écarté. Un prêt peut être prouvé par témoignages ou présomptions. Une reconnaissance de dette aussi.

P. De Page estime que le nouvel article 1399, alinéa 3, ne supprime pas les difficultés de preuve en l'absence d'écrit à propos de la cause juridique du transfert de fonds entre époux aux fins de leur restitution³⁹. Nous pensons au contraire que cette modification, jointe à la nouvelle conception jurisprudentielle de la subsidarité de l'enrichissement sans cause, rapproche la preuve des créances de celle des récompenses⁴⁰. C'est à notre avis la seule réelle avancée de la réforme en matière de séparation de biens, les autres étant subordonnées à la liberté contractuelle.

B. – Biens propres sous réserve de récompense (art. 1400)

33. La qualification des biens est ventilée sur trois dispositions lorsqu'il convient de concilier l'intérêt particulier d'un époux pour le bien avec l'intérêt de l'autre époux à ce que sa valeur soit commune.

Les articles 1400, 1401 et 1405 demeurent le siège des qualifications en régime légal mais sont modifiés en profondeur pour accueillir avec clarté tous les biens qui causaient des soucis aux praticiens et dont devait s'occuper la réforme : les biens scindés « titre/finance », les biens professionnels, les biens visés par le programme d'allocation correcte des revenus professionnels.

³⁸ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., pp. 397-398, n° 364.

³⁹ Ph. DE PAGE, « Les nouveautés apportées au régime de la communauté », *Le notaire face aux réformes des régimes matrimoniaux et des successions*, Journée du notariat du 7 juin 2018, p. 2, n° 2.

⁴⁰ Comp. : Cass., 9 juin 2017, *R.G.D.C.*, 2017, p. 502, note F. DEGUEL ; *T. Fam.*, 2017, p. 268, note J. LAMBRECHTS ; *T.B.O.*, 2017, p. 528 ; *T. Fam.*, 2017, note J. LAMBRECHTS.

Nous trouverons modernisés par ces trois articles :

- les prestations d’assurance-vie individuelle ;
- les parts et actions de sociétés privées ;
- les biens utiles à la profession ou l’entreprise ;
- les clientèles ;
- les indemnités réparatrices du dommage corporel ;
- les indemnités de préavis.

En règle, l’article 1400 qualifie propre « sauf récompense » des biens-acquêts qui doivent être gérés par un seul époux ; l’article 1401 qualifie propre le « titre » à certaines conditions ; l’article 1405 rappelle l’importance des revenus, des indemnités, et qualifie commune la « valeur » des biens dont le « titre est propre ». Quand un bien n’est pas rattaché à ces dispositions ou ne satisfait pas aux conditions de distinction « titre/finance », il est commun par « qualification résiduaire » (art. 1405, § 2).

1° *Accessoires de biens propres (art. 1400, 1)*

34. La réforme élargit la notion d’accessoire de biens propres en ne la limitant plus aux immeubles « par accession » ni aux accessoires de « valeurs mobilières » propres.

Art. 1400. Sont propres, quel que soit le moment de l’acquisition et sauf récompense s’il y a lieu :

1. les accessoires de biens ou de droits propres.

Au vu des travaux préparatoires, tant la notion juridique d’accessoire (ex. : accession) que celle plus économique (ex. : pièce d’une collection) sont prises en charge par la loi⁴¹.

Si l’accessoire est financé par le patrimoine commun, une récompense sera due (art. 1432), réévaluable (art. 1435).

2° *Assurances-vie non exigibles à la dissolution du régime, ou exigibles au décès du conjoint du souscripteur (art. 1400, 6 et 7)*

35. Les assurances-vie, que nous retrouvons dans les trois dispositions, font l’objet de distinctions précises visant à concilier la nature commune des capitaux ou des rentes perçues par un époux et qui sont de l’épargne, avec la

⁴¹ Pour plus de détails : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., pp. 95-97, n° 73.

propriété personnelle des prestations qui rencontrent un objectif de prévoyance, et avec l'exclusivité de gestion des contrats d'assurance par leur souscripteur⁴².

Cet exercice a été imposé par la jurisprudence constitutionnelle rendue depuis 1999⁴³. Il suit les lignes directrices qui généralisent la distinction « titre/finance » et veillent à l'allocation correcte des revenus.

Le législateur s'est attaché à rapatrier ces qualifications issues de la loi du 4 avril 2014 dans le Code civil, et s'est gardé de toucher au régime de l'assurance-groupe, trop proche des pensions, contre l'avis du Conseil d'État et des représentants de l'opposition⁴⁴. Ce choix est regrettable, et donnera probablement matière à de nouvelles censures constitutionnelles⁴⁵.

Ces dispositions ne sont pas impératives et peuvent faire l'objet de dérogations, déjà encouragées par la doctrine⁴⁶.

36. Une première disposition relative aux assurances-vie vise deux hypothèses où les prestations d'assurance-vie individuelle *ne sont pas versées pendant le mariage*. Les contrats ne sont pas dénoués, mais des primes ont été versées, avec des fonds communs, qui alimentent une réserve mathématique.

Il s'agit de concilier les droits strictement personnels des souscripteurs sur le contrat avec les intérêts de la communauté qui a financé la réserve mathématique.

La loi qualifie propre, sous réserve de récompense, la prestation ou la valeur de rachat selon que l'assurance-vie est exigible ou non à la dissolution du régime matrimonial⁴⁷.

⁴² Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, Rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2848/007, p. 25.

⁴³ C.A., 26 mai 1999, *M.B.*, 18 août 1999, p. 30783 ; *J.L.M.B.*, 1999, 1456 ; *Bull. ass.*, 1999, p. 474, note Y.-H. LELEU et D. SCHUERMANS ; *Rev. not. b.*, 1999, p. 710 ; *E.J.*, 2000, p. 22, note F. BUYSSENS ; *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 691, note ; *T. not.*, 2000, 257 ; *R.D.C.*, 1999, 849, note K. TERMOTE ; pour une synthèse : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, *op. cit.*, pp. 105 et s., n° 87 et s., et les références citées.

⁴⁴ *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2848/002, p. 9 ; proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, Rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2848/007, pp. 23 et s.

⁴⁵ En ce sens également : C. PARIS, « Les assurances sur la vie », *infra*, n° 15.

⁴⁶ Ph. DE PAGE, « Les nouveautés apportées au régime de la communauté », *op. cit.*, p. 6, n° 6.

⁴⁷ Le législateur se justifie d'avoir recouru à la qualification propre sous réserve de récompense plutôt qu'à la qualification commune préconisée à la suite des arrêts de la Cour constitutionnelle par le fait que la qualification propre de la valeur de rachat ou de la prestation sont « plus proches de la technique de l'assurance » que le caractère commun. La loi du 4 avril 2014 accorde en effet l'exclusivité de nombreux droits et prérogatives au preneur d'assurance, par exemple sur la réserve technique et le rachat. Des amendements visant à inverser la logique et à restaurer au patrimoine commun des droits sur ces valeurs et prestations ont été rejetés (proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, Amendement, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2848/006, p. 5).

Art. 1400. Sont propres, quel que soit le moment de l'acquisition et sauf récompense s'il y a lieu :

(...)

6. la valeur de rachat nette exigible, au moment de la dissolution du régime, liée à un contrat d'assurance sur la vie individuel qui a été conclu par un des époux pendant le régime, lorsque la prestation d'assurance n'est pas due à la dissolution du régime.

7. la prestation d'assurance liée à un contrat d'assurance sur la vie individuel qui a été conclue par un des époux pendant le régime, et qui est due au profit de cet époux à la dissolution du régime.

Le point 6 de l'article 1400 vise l'assurance-vie dont la prestation *n'est pas exigible à la dissolution du régime*. Les hypothèses visées sont celles où le contrat se poursuit après le divorce, où les deux époux sont co-souscripteurs, où l'époux qui décède le premier n'est pas la tête assurée⁴⁸. La valeur de rachat est propre, sous réserve de récompense.

Le point 7 de l'article 1400 vise l'assurance-vie dont la prestation *est exigible à la dissolution du régime*. L'hypothèse visée est l'assurance au profit du conjoint souscripteur pour le cas du décès de son conjoint. Elle est assez rare en communauté, mais on peut imaginer qu'un époux veuille se protéger contre les conséquences pécuniaires du décès de son conjoint. Le contrat est dénoué et c'est la prestation qu'il faut qualifier. Elle est également propre sous réserve de récompense, car c'est une mesure d'épargne plus que de prévoyance.

La récompense sera égale au minimum à la valeur des primes payées par le patrimoine commun (art. 1435, al. 1^{er}). Elle pourra les excéder si la valeur de rachat nette exigible excède cette somme (art. 1435, al 2)⁴⁹. La valeur de rachat sera estimée au jour de la dissolution du régime matrimonial, et non du mariage comme exprimé maladroitement par la loi⁵⁰.

A contrario les autres cas d'assurance-vie sont régis par les autres dispositions qualificatives :

- les contrats souscrits *avant le mariage* génèrent un bien propre du preneur d'assurance, moyennant récompense pour les primes payées par le patrimoine commun (art. 1399) ;

⁴⁸ Ph. DE PAGE, « Les nouveautés apportées au régime de la communauté », *op. cit.*, p. 6, n° 6.

⁴⁹ C. PARIS, « Les assurances sur la vie », *op. cit.*, n° 21 ; proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54 2848/001, p. 49.

⁵⁰ C. PARIS, « Les assurances sur la vie », *op. cit.*, n° 22.

- si contrairement au cas visé dans l'article 1400, 7, le décès du *souscripteur* rend la prestation exigible *au profit du conjoint survivant*, la prestation sera propre *sans récompense* car la mesure est de prévoyance (art. 1401, § 2, 2 ; *infra*, n° 55) ;
- si des prestations sont versées pendant le mariage (exigibilité antérieure à la dissolution du régime), elles seront *communes* par application de l'article 1405, paragraphe 1^{er}, 8° (*infra*, n° 75).

C. – Biens propres sans récompense (art. 1401)

37. Sont propres sans récompense, quel que soit le moment de leur acquisition et leur financement, les biens liés exclusivement à un époux.

Art. 1401 § 1^{er}. Sont propres, quel que soit le moment de l'acquisition :

1. les vêtements et objets à usage personnel ;
2. le droit de propriété littéraire, artistique ou industrielle ;
3. le droit à réparation d'un préjudice corporel ou moral personnel ;
4. le droit aux pensions, rentes viagères ou allocations de même nature, dont un seul des époux est titulaire ;

5. les droits résultant de la qualité d'associé liés à des parts ou actions de société acquises avec des fonds communs et qui ont été inscrites au nom d'un des époux, en ce compris le droit d'agir en tant que propriétaire de ces parts ou actions, pour autant qu'il s'agisse soit d'une société qui est soumise à des règles légales ou statutaires, ou à des conventions entre actionnaires, qui restreignent la cession des parts ou actions, soit d'une société au sein de laquelle seul cet époux exerce son activité professionnelle en tant que gérant ou administrateur ;

6. le droit aux biens qu'un époux utilise exclusivement pour l'exercice de sa profession ou l'exploitation de son entreprise, en ce compris le droit d'agir en tant que propriétaire de ces biens professionnels, à moins que les époux n'exercent ensemble cette profession ou n'exploitent ensemble cette entreprise ;

7. le droit à la clientèle, en ce compris le droit d'agir en tant que propriétaire de la clientèle, à moins que la clientèle n'ait été constituée dans le cadre d'une profession que les époux exercent ensemble ou d'une entreprise qu'ils exploitent ensemble.

§ 2. Sont également propres :

1. l'indemnité payée à un époux en réparation d'un dommage, dans la mesure où cette indemnité vise à réparer son incapacité personnelle, qui concerne les conséquences non économiquement quantifiables de l'atteinte à son intégrité physique et psychique dans sa vie quotidienne ;

2. la prestation d'assurance liée à un contrat d'assurance sur la vie individuel qui a été conclu par un des époux pendant le régime, et qui est due au profit de l'autre époux à la dissolution du régime.

L'article 1401 comprend toujours les vêtements et objets à usage personnel (point 1). Leur valeur est souvent négligeable, de sorte qu'il n'y a pas lieu de distinguer « titre » et « finance ». S'ils sont de grande valeur, des bijoux-investissement, ils seront communs pour le tout⁵¹.

Les autres biens de l'article 1401 intéressent beaucoup plus l'autre époux, car ils ont une valeur intrinsèque ou génèrent des profits, en revenu ou en capital. Une solidarité doit être installée *via* le patrimoine commun, sans limiter l'autonomie du titulaire. Telle est la fonction de la distinction « titre/finance » bien connue mais à présent légalisée et étendue.

Cette scission concernait déjà les droits de propriété littéraire et artistique (point 2), les droits aux pensions et rentes viagères (point 4) et les parts et actions de société (point 5). Elle est étendue aux droits à réparation d'un préjudice moral (point 3), aux biens professionnels (point 6) et aux clientèles (point 7).

La ventilation des qualifications sur plusieurs textes est ici aussi de mise pour plus de clarté. La « finance » qui n'est pas qualifiée propre sera qualifiée commune par une disposition expresse de l'article 1405 du Code civil (*infra*, nos 64 et s.), et plus comme actuellement par la qualification commune résiduaire.

1° *Actions de société (art. 1401, § 1^{er}, 5)*

38. La qualification des « droits d'associés » dans les sociétés *intuitu personae* devait être modernisée tant les controverses se multipliaient autour des conditions et des effets de l'ancien article 1401, 5⁵².

Cet article était perfectible, mais avait le grand mérite d'être un premier ancrage de la distinction titre/finance en droit des régimes matrimoniaux. Il conciliait l'autonomie de gestion de l'actionnaire, la personnalité de la société et la solidarité sur la valeur des actions.

La Cour de cassation venait de consacrer l'interprétation majoritaire de l'article 1401, 5, par un arrêt du 20 février 2015⁵³ : la qualification propre des droits d'associés réglait la propriété des droits et pas leur gestion, et n'était pas modifiée par la dissolution du régime. La gestion exclusive d'époux associé était une conséquence de la qualification propre des droits (art. 1425).

Restaient entières les controverses sur les pouvoirs de gestion sur les actions pendant l'indivision post-communautaire, et sur le moment de leur

⁵¹ Voy. Anvers, 17 décembre 2014, *T. Not.*, 2016, p. 273, note L. WEYTS.

⁵² Pour plus de détails : Y.-H. LELEU et S. LOUIS, *Sociétés et régime matrimonial de communauté*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 29 et s.

⁵³ Cass., 20 février 2015, *T. Fam.*, 2015, p. 234, note J. DU MONGH ; *T.R.V.*, 2015, p. 222, note R. TAS ; *J.L.M.B.*, 2016, p. 580, note R. AYDOGDU ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 325, note Ph. DE PAGE.

valorisation – dissolution ou partage –, car leur valeur peut fluctuer en raison de la bonne ou mauvaise gestion de l'époux propriétaire.

39. La formulation de la qualification est repensée, mais sans grand changement au fond.

Art. 1401 § 1^{er}. Sont propres, quel que soit le moment de l'acquisition :

(...)

5. les droits résultant de la qualité d'associé liés à des parts ou actions de société acquises avec des fonds communs et qui ont été inscrites au nom d'un des époux, en ce compris le droit d'agir en tant que propriétaire de ces parts ou actions, pour autant qu'il s'agisse soit d'une société qui est soumise à des règles légales ou statutaires, ou à des conventions entre actionnaires, qui restreignent la cession des parts ou actions, soit d'une société au sein de laquelle seul cet époux exerce son activité professionnelle en tant que gérant ou administrateur ;

Le contenu des droits d'associé n'est pas précisé dans la réforme, mais la loi énonce que ces droits comprennent aussi « le droit d'agir en tant que propriétaire ».

Ainsi est reconnu par la loi le pouvoir (exclusif) de l'associé de vendre les parts ou actions. Cette précision est importante car elle est faite par la loi pour tous les biens concernés par la distinction « titre/finance ». En ce qui concerne les parts et actions, elle intègre la jurisprudence précitée de la Cour de cassation. *A contrario*, seule la valeur revient au patrimoine commun, et non les parts, ce que confirment les nouveaux articles 1405, paragraphe 1, 5 et 1430, paragraphe 2, 1^o (*infra*, n^o 68 et n^o 84).

40. Le champ d'application de la qualification propre des droits d'associé dépend de plusieurs conditions précises⁵⁴, qui visent à privilégier l'autonomie de l'associé et de la société, sans négliger la solidarité économique des époux, pour des raisons liées à la société, à la profession, et au mode d'acquisition des parts :

1. la société doit être soumise à des restrictions légales, statutaires ou conventionnelles de cession de ses parts ou actions ;
2. si la société n'est pas soumise à de telles restrictions, un seul des époux doit exercer à titre professionnel une fonction de gérant ou d'administrateur ;

⁵⁴ Pour encore plus de clarté, la notion de « société privée » initialement retenue fut remplacée sur avis du Conseil d'État par la formulation actuelle « société qui est soumise à des règles légales ou statutaires, ou à des conventions entre actionnaires, qui restreignent la cession des parts » (avis du Conseil d'État n^o 62.729/2 du 15 février 2018 sur une proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n^o 54-2848/002, p. 14).

3. les parts doivent être acquises au moyen de fonds communs ;
4. les parts doivent être inscrites au nom d'un seul époux.

41. Les deux premières conditions concernent la nature de la société et le statut professionnel de l'actionnaire. Les deux suivantes concernent la propriété et le financement des actions.

La doctrine relève déjà de sérieuses difficultés d'interprétation de ces conditions. En résumé et sans prendre parti à défaut d'approfondir ces questions⁵⁵ :

- si les statuts permettent la cession des parts au conjoint et que l'actionnaire n'est pas dirigeant de la société, la société ne serait en principe plus privée, et les parts seraient communes pour le tout⁵⁶ (solidarité > autonomie) ;
- si l'actionnaire est dirigeant de la société, en qualité d'administrateur ou de gérant, la distinction s'applique (autonomie > solidarité) ;
- si l'actionnaire est employé, dirigeant ou pas, les parts devraient être qualifiées communes (solidarité > autonomie) ;
- si le conjoint de l'actionnaire-gérant ou -administrateur exerce une autre fonction, non dirigeante, dans la société, les droits d'associés demeureraient propres⁵⁷ (autonomie > solidarité) ;
- si les deux époux sont administrateurs ou gérants, un seul étant actionnaire, la distinction ne devrait plus être applicable (solidarité > autonomie)⁵⁸ ;
- si les deux époux sont actionnaires les actions seront communes pour le tout (solidarité > autonomie). Si la société est le support de l'exercice d'une profession par les deux époux, la gestion des actions sera conjointe (art. 1417, al. 2). Si la société n'est pas professionnelle (ex. : société immobilière), la gestion des actions sera concurrente (art. 1416)⁵⁹ ;
- si les deux époux sont actionnaires, mais qu'un seul est gérant ou administrateur (l'autre pouvant être actif dans la société mais pas gérant ni administrateur), l'article 1401, paragraphe 1^{er}, 5, s'appliquerait à l'époux gérant/administrateur, mais pas aux parts ou actions de l'autre, qui seraient communes pour le tout⁶⁰ ;
- si les parts et actions de sociétés ont été reçues ou acquises avant le mariage (art. 1399), elles sont propres. La solidarité n'est pas pour autant négligée en ce qui les concerne, mais *via* le principe d'allocation correcte

⁵⁵ Pour plus de détails : S. LOUIS, « Les sociétés : neutralité sociétale – revenus des associés », *infra*, n^{os} 12-13.

⁵⁶ Ph. DE PAGE, « Les nouveautés apportées au régime de la communauté », *op. cit.*, p. 10, n^o 10.

⁵⁷ Ph. DE PAGE, « Les nouveautés apportées au régime de la communauté », *op. cit.*, p. 9, n^o 10.

⁵⁸ *Contra* : Ph. DE PAGE, « Les nouveautés apportées au régime de la communauté », *op. cit.*, p. 11, n^o 10.

⁵⁹ Pour plus de détails : S. LOUIS, « Les sociétés : neutralité sociétale – revenus des associés », *op. cit.*, n^{os} 22 et s.

⁶⁰ S. LOUIS, « Les sociétés : neutralité sociétale – revenus des associés », *op. cit.*, n^o 13.

des revenus professionnels. Ces sociétés ne peuvent plus surinvestir des bénéfiques au détriment du patrimoine commun (art. 1432 ; *infra*, n° 86).

42. L'article 1401, paragraphe 1^{er}, 5, doit être lu conjointement avec les nouvelles règles d'attribution préférentielle et d'évaluation des biens communs.

- Les parts et actions scindées « titre/finance » ne feront pas l'objet d'une attribution préférentielle au sens de l'article 1389/1, mais suivront les règles d'attribution des statuts ; elles seront généralement attribuées « de droit » à l'actionnaire (*supra*, n° 25).
- Les parts et actions communes pour le tout pourraient techniquement faire l'objet d'une attribution préférentielle si elles sont « utiles à l'exercice de sa profession ou à l'exploitation de son entreprise », sauf, à notre avis, si les statuts de la société en disposent autrement⁶¹.
- La valeur patrimoniale de la « finance » est retenue au jour de la dissolution du régime matrimonial (art. 1430, § 2, 1° ; *infra*, n° 84). Ainsi sont réglées les controverses sur l'imputation des fluctuations de valeur non conjoncturelles durant l'indivision post-communautaire.

2° *Biens utiles à l'exercice de la profession ou à l'exploitation de l'entreprise* (art. 1401, § 1^{er}, 6)

43. La qualification propre des « biens professionnels » est modernisée et élargie. En combinaison avec l'article 1430, elle résout une controverse sur leur mode d'évaluation.

Art. 1401 § 1^{er}. Sont propres, quel que soit le moment de l'acquisition :

(...)

6. le droit aux biens qu'un époux utilise exclusivement pour l'exercice de sa profession ou l'exploitation de son entreprise, en ce compris le droit d'agir en tant que propriétaire de ces biens professionnels, à moins que les époux n'exercent ensemble cette profession ou n'exploitent ensemble cette entreprise ;

44. La loi ne vise plus seulement les « outils et instruments », ni seulement les meubles corporels.

L'affectation professionnelle doit s'apprécier raisonnablement et ne peut résulter d'une décision abusive de l'époux qui voudrait s'arroger la gestion exclusive du bien.

⁶¹ Cette solution est déjà controversée : S. LOUIS, « Les sociétés : neutralité sociétale – revenus des associés », *op. cit.*, n° 36-37.

L'objectif est la protection de l'autonomie du professionnel exerçant seul sa profession. En cas d'exercice conjoint, la solidarité prime. Il en va de même si l'usage du bien est mixte (ex. : ordinateur portable utilisé en famille). La notion d'exercice conjoint s'interprète soupagement, comme actuellement pour l'application de la gestion conjointe professionnelle (art. 1417, al. 2)⁶².

La mention de l'« exploitation de son entreprise » est un autre élargissement de l'autonomie professionnelle. Elle vise toute « entreprise indépendante dans laquelle un époux poursuit de manière durable un objectif économique, notamment par la prestation de services ou la production/fourniture de biens, et inclut donc toute activité commerciale, exploitation, activité artisanale ou activité professionnelle »⁶³.

45. La valeur patrimoniale des biens professionnels propres quant au titre est commune s'ils ont été financés par la communauté. Cela ne résulte plus d'une qualification commune résiduaire mais d'une disposition expresse (art. 1405, § 1^{er}, 6).

Si ces biens ont été acquis sur fonds propres, ils sont propres par remploi (art. 1404). La règle « *pars major* » s'applique⁶⁴, de sorte que la valeur est commune à 100 % si le patrimoine commun finance plus de 50 %. Une récompense sera due pour le financement propre minoritaire.

Si des biens à usage professionnel ne remplissent pas les conditions d'application de l'article 1401, paragraphe 1^{er}, 6 (ex. : usage mixte, profession conjointe...), ils sont communs par qualification résiduaire (art. 1405, § 2).

46. L'article 1401, paragraphe 1^{er}, 6, doit être lu conjointement avec les nouvelles règles d'attribution préférentielle et d'évaluation des biens communs.

- Les biens professionnels scindés « titre/finance » ne feront pas l'objet d'une attribution préférentielle au sens de l'article 1389/1, mais seront attribués « de droit » à l'époux qui exerce, par hypothèse seul, la profession (*supra*, n° 25).
- Les biens professionnels communs pour le tout (ex. : ordinateur professionnel et familial, immeuble mixte), pourront faire l'objet d'une attribution préférentielle au sens strict, au profit de l'un des deux époux demandeurs, s'ils sont « utiles à l'exercice de sa profession ou à l'exploitation de son entreprise » (art. 1389/1). Dans ce cadre, l'exercice conjoint de la profession à des titres ou en des qualités différentes pourra être pris en considération par le juge.

⁶² Pour plus de détails : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples, op. cit.*, p. 186, n° 176. L'exercice conjoint « de fait » d'une profession est le critère, sans qu'il soit requis que les conjoints aient la même qualité, qualification, titre ou position hiérarchique (ex. : dentiste et assistante dentaire).

⁶³ Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2848/001, p. 53.

⁶⁴ Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2848/001, p. 60.

- La valeur patrimoniale de la « finance » est retenue au jour de la dissolution du régime matrimonial (art. 1430, § 2, 2^o ; *infra*, n^o 84). Ainsi sont réglées les controverses sur l'imputation des fluctuations de valeur non conjoncturelles durant l'indivision post-communautaire.

3^o *Clientèles* (art. 1401, § 1^{er}, 7)

47. La qualification propre du droit à la « clientèle » est neuve. Elle résout les controverses sur le principe et le mode d'évaluation des clientèles et sur leur attribution dans le partage.

Art. 1401 § 1^{er}. Sont propres, quel que soit le moment de l'acquisition :

(...)

7. le droit à la clientèle, en ce compris le droit d'agir en tant que propriétaire de la clientèle, à moins que la clientèle n'ait été constituée dans le cadre d'une profession que les époux exercent ensemble ou d'une entreprise qu'ils exploitent ensemble ;

48. Comme pour les biens professionnels et les parts et actions, la distinction « titre/finance » concilie l'autonomie et la solidarité. À l'inverse de ceux-ci, le caractère *intuitu personae* des clientèles appelle des adaptations de la systématique.

S'il se justifie de protéger l'autonomie du commerçant ou de l'entrepreneur exerçant seul, la solidarité doit primer en cas d'exercice « ensemble » de la profession (clientèle commune pour le tout)⁶⁵. La qualification commune est critiquée dans le cas où les titres ou les qualités sont trop différents⁶⁶.

La valeur économique de la clientèle constituée pendant le régime est commune en vertu d'une disposition expresse (art. 1405, § 1^{er}, 7 ; *infra*, n^o 72).

49. Les termes « constituée pendant le régime » (art. 1405, § 1^{er}, 7) excluent de la qualification propre plusieurs catégories de clientèles.

- La clientèle *constituée avant le mariage* est propre (art. 1399). La réforme laisse ainsi sans solution satisfaisante les situations où le mariage est conclu très rapidement après la « constitution » de la clientèle, qui n'existe qu'en germe et se développera pendant le régime. La Cour de cassation

⁶⁵ Cette notion doit s'interpréter comme pour l'application de l'article 1417, alinéa 2. Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, Rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n^o 54-2848/007, p. 28.

⁶⁶ Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, Rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n^o 54-2848/007, p. 27 ; Ph. DE PAGE, « Les nouveautés apportées au régime de la communauté », *op. cit.*, p. 23, n^o 23.

prône une qualification propre pour le tout⁶⁷. Cette solution est critiquable car les accroissements de la clientèle demeureront propres, alors qu'ils pourraient tout aussi bien être considérés comme des acquêts s'ils ont une valeur économique.

- La clientèle non constituée mais *acquise pendant le régime* au moyen de fonds communs n'est pas visée par le texte, mais rentre à notre avis dans son objectif, sauf s'il s'agit d'un placement⁶⁸. Si cette clientèle est professionnelle pour un seul époux, elle sera scindée, par analogie ; dans le cas contraire, elle sera commune pour le tout.
- La clientèle *acquise pendant le régime* au moyen de fonds propres est propre (art. 1399, art. 1404). La règle « *pars major* » s'applique et permet la scission « titre/finance » dès que le patrimoine commun contribue majoritairement (*infra*, n° 58).

50. L'article 1401, paragraphe 1^{er}, 7, doit être lu conjointement avec les dispositions nouvelles régissant l'attribution préférentielle et l'évaluation des biens.

- Les clientèles scindées « titre/finance » ne feront pas l'objet d'une attribution préférentielle au sens de l'article 1389/1, mais seront attribuées « de droit » à l'époux qui exerce, par hypothèse seul, la profession (*supra*, n° 25).
- Les clientèles communes pour le tout (ex. : profession exercée « ensemble ») ne pourront pas faire l'objet d'une attribution préférentielle au sens strict, car il ne se conçoit pas de contraindre les clients de suivre un des deux époux⁶⁹.
- La valeur économique de la « finance » est retenue au jour de la dissolution du régime matrimonial (art. 1430, § 2, 2° ; *infra*, n° 84). La loi ne vise pas la valeur « patrimoniale » comme pour les autres biens scindés, car toutes les clientèles ne sont pas valorisables. Elles ne seront donc évaluées que si elles sont évaluables. Ainsi sont réglées les controverses sur l'imputation des fluctuations de valeur non conjoncturelles durant l'indivision post-communautaire.

⁶⁷ Cass., 20 février 2015, *T. Fam.*, 2015, p. 234, note J. DU MONGH ; *T.R.V.*, 2015, p. 222, note R. TAS ; *J.L.M.B.*, 2016, p. 580, note R. AYDOGDU ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 325, note Ph. DE PAGE ; Cass., 17 février 2017, *T. Not.*, 2017, p. 510, note ; pour une appréciation critique : A. PAULUS, « Le statut de l'entreprise initiée par un époux avant un mariage en communauté mais développée durant celui-ci », *R.G.D.C.*, 2017, liv. 3, pp. 167-174.

⁶⁸ Ph. DE PAGE, « Les nouveautés apportées au régime de la communauté », *op. cit.*, p. 23, n° 23.

⁶⁹ Surtout si les conjoints n'exerçaient pas la profession en fonctions ou qualités semblables (*Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2848/002, p. 42). Pour une critique : A. PAULUS, « Les biens professionnels », *infra*.

4° *Indemnités réparant une incapacité personnelle (art. 1401, § 1^{er}, 3 et § 2, 1)*

51. Les indemnités réparatrices d'un dommage personnel sont réglementées pour intégrer les acquis de la jurisprudence et les critiques de la doctrine sur la disposition ancienne qui ne distinguait pas les indemnités couvrant des dommages personnels de celles couvrant les pertes de revenus.

La Cour de cassation prescrivait en outre que la *totalité* des dommages-intérêts pour réparation du préjudice corporel ou moral personnel était *propre* au conjoint victime, même lorsque l'indemnité couvrait en tout ou partie la perte de revenus⁷⁰.

Cette position était critiquable parce que les préjudices indemnisés sont souvent divers : le préjudice moral relève du droit de la personnalité de la victime ; la perte d'intégrité physique aussi, sauf quand elle diminue l'aptitude à travailler ; la perte de revenus est subie par le patrimoine commun.

En cas d'indemnité globale, sans distinction des postes, le patrimoine commun était lésé par cette jurisprudence. Il l'était d'autant plus que, généralement, l'indemnité est dépensée pour vivre. Cette dépense ouvre théoriquement un droit à récompense au profit de la victime, qui peut paraître excessif dans certains cas où les deux époux ont profité des dépenses communes financées par l'indemnité⁷¹.

Nul ne contestait en revanche que l'époux créancier d'une indemnité devait être le seul à pouvoir la gérer et en disposer.

52. La loi n'a pas modifié la qualification propre du « droit à l'indemnité » (art. 1401, § 1^{er}, 3), et y applique la distinction « titre/finance ».

Même s'il n'est pas précisé « en ce compris le droit d'agir en tant que propriétaire », il va de soi que la victime peut, par exemple, transiger ou renoncer à l'indemnité.

53. L'innovation et la révision de la jurisprudence de la Cour de cassation résident dans la qualification propre de certaines composantes de la « finance », celles qui ne compensent pas la perte de revenus ou de valeurs communes (art. 1401, § 2, 1). La loi veille ainsi à l'allocation correcte des revenus (de substitution) communs.

⁷⁰ Cass., 8 avril 1994, *Dr. circ.*, 1994, p. 236 ; *J.T.T.*, 1994, p. 475, note ; *Pas.*, 1994, I, p. 348 ; *R. Cass.*, 1994, p. 227, obs. A. VERBEKE ; *R.W.*, 1994-1995, p. 434 ; *T. Not.*, 1994, p. 139 ; Cass., 14 novembre 2000, *Pas.*, 2000, p. 1745 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 752 ; *A.J.T.*, 2001-2002, p. 623, note F. LOGCHE ; *R.W.*, 2002-2003, p. 901, note.

⁷¹ Sur l'ensemble de la problématique : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples, op. cit.*, pp. 113 et s., n° 94 et s.

Art. 1401 (...)

§ 2. Sont également propres :

1. L'indemnité payée à un époux en réparation d'un dommage, dans la mesure où cette indemnité vise à réparer son incapacité personnelle, qui concerne les conséquences non économiquement quantifiables de l'atteinte à son intégrité physique et psychique dans sa vie quotidienne ;

La qualification propre est réservée aux indemnités réparatrices de l'« incapacité personnelle » par opposition à l'« incapacité économique » (art. 1405, § 1^{er}, 4 ; *infra*, n° 64).

L'incapacité personnelle est précisée et concerne les conséquences « non économiquement quantifiables » de l'atteinte à l'intégrité physique ou psychique « dans sa vie quotidienne ».

La loi emprunte les termes techniques du *Tableau indicatif 2016 pour l'évaluation des dommages*, établi par les juges compétents pour octroyer de telles indemnités (*Union nationale des magistrats de première instance* et *Union royale des juges de paix*). L'exposé des motifs donne plusieurs exemples : limites et atteintes dans les comportements et/ou actes et/ou gestes de la vie quotidienne, douleurs, frustrations et angoisses, influence sur les loisirs, le sport et les hobbies ou sur les relations sociales et familiales.

Sont donc exclues de la qualification propre :

- la réparation de l'« incapacité économique » (art. 1405, § 1^{er}, 4 ; *infra*, n° 65) ;
- les conséquences de l'atteinte à l'intégrité de la victime « dans ses activités ménagères » qui se voient reconnues une valeur économique (art. 1405, § 1^{er}, 4).

54. N'est pas résolu le cas où le juge ne distingue pas ces postes, même s'il est appelé à se raréfier en raison des distinctions nouvellement consacrées.

Malgré une recommandation du Conseil d'État⁷², le législateur ne qualifie pas « propre » une partie forfaitaire de l'indemnité. Les parties pourront prouver par tous moyens quels postes l'indemnité compense et à hauteur de quels montants⁷³. À défaut, la qualification commune résiduaire devra s'appliquer, car la jurisprudence de la Cour de cassation ne semble pas transposable aux indemnités globales octroyées après l'entrée en vigueur de la loi.

⁷² Avis du Conseil d'État n° 62.729/2 du 15 février 2018 sur une proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2848/002, p. 6.

⁷³ Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, Rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2848/007, p. 28.

5° *Prestations d'assurance-vie de prévoyance (art. 1401, § 2, 2)*

55. Comme exposé (*supra*, n° 35), la qualification des prestations ou valeurs d'assurance-vie est réglementée dans trois dispositions, car certaines valeurs sont propres sauf récompense (art. 1400, 6 et 7), d'autres sans récompense (art. 1401, § 2, 2), d'autres encore sont communes (art. 1405, § 1^{er}, 8).

Art. 1401 (...)

§ 2. Sont également propres :

(...)

2. la prestation d'assurance liée à un contrat d'assurance sur la vie individuel qui a été conclu par un des époux pendant le régime, et qui est due au profit de l'autre époux à la dissolution du régime.

56. L'assurance-vie dont la prestation « devient exigible au profit de l'autre époux » à la « dissolution du régime » est une assurance-décès de prévoyance.

Les prestations versées *pendant le régime* ne sont pas des opérations de prévoyance-décès et sont communes en vertu d'une nouvelle disposition expresse (art. 1405, § 1^{er}, 8 ; *infra*, n° 75).

En raison de l'objectif de prévoyance, il ne faut pas récompenser le patrimoine commun, à la différence d'une assurance au profit du souscripteur si l'autre époux décède (art. 1400, 7 ; *supra*, n° 36). Si une récompense était due, le préjudice économique lié au décès du souscripteur ne serait pas entièrement compensé.

L'exposé des motifs ajoute, dans la philosophie de libre disposition par le couple de ses acquêts, qu'une utilisation de fonds communs pour souscrire de « vraies » assurances-décès est conforme à la vocation du patrimoine commun, qui est un patrimoine d'affectation pouvant être (entièrement) utilisé pour les besoins du conjoint survivant⁷⁴.

Les époux peuvent déroger à cette qualification ou à la dispense de récompense.

57. La qualification propre du bénéfice de l'assurance ne préjuge pas de la qualification éventuelle de celui-ci comme donation, éventuellement réductible. La preuve de *l'animus donandi* est alors requise.

⁷⁴ Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2848/001, p. 56.

D. – Biens acquis en remploi mobilier (art. 1404)

58. L'application de la règle « *pars maior* » au remploi mobilier, qui est présumé, était controversée.

Nous pensions aussi⁷⁵ que le remploi était réalisé dès que le financement propre était supérieur à 50 % de la valeur d'acquisition du bien nouveau, sauf dérogation dans le contrat de mariage.

La loi consacre ce courant, qui met en cohérence le remploi mobilier avec le remploi immobilier.

Art. 1404. Le remploi est censé fait à l'égard d'un époux lorsqu'il est établi que l'acquisition de biens meubles a été payée à **concurrence de plus de la moitié** au moyen de fonds ou du produit de l'aliénation d'autres biens dont le caractère de propre est établi conformément aux dispositions des articles précédents.

59. Cette nouvelle règle pourrait avoir des conséquences insoupçonnées et contribuer à résoudre indirectement certains problèmes d'évaluation des récompenses liés au principe, non modifié, du remboursement minimal de l'appauvrissement du patrimoine créancier (art. 1435, al. 1^{er}).

Si un époux achète une voiture (ou tout meuble se dévalorisant par l'usage) avec des fonds propres, son conjoint a intérêt de soutenir que la voiture est propre, plutôt que commune sous réserve de récompense. La récompense égale au minimum à la dépense (art. 1435, al. 2) serait en effet inéquitable si elle était réclamée plusieurs années après la mise en circulation du véhicule, surtout si le créancier de récompense a utilisé personnellement, voire exclusivement, le véhicule⁷⁶.

En abaissant le seuil du remploi mobilier (dès 50 % financés sur fonds propres), la loi facilite la qualification propre du bien acquis. L'époux ayant acquis le bien au moyen de fonds propres est toujours recevable à renverser la présomption de remploi mobilier en prouvant qu'il n'avait pas l'intention d'acheter le bien pour le compte de son patrimoine propre⁷⁷.

⁷⁵ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., p. 131, n° 111.

⁷⁶ En ce sens et sur l'ensemble des controverses liées à l'évaluation légale des récompenses : A. PAULUS, « L'évaluation des récompenses : existe-t-il un seuil en dessous du plancher et du plafond ? », *Rev. not. b.*, 2018, pp. 350 et s.

⁷⁷ En ce sens : intervention de S. Mosselmans, in Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, Rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2848/007, p. 69.

E. – *Les biens communs (art. 1405)*

60. L'article 1405 du Code civil mêle l'utile au superflu, car la qualification commune résiduaire (art. 1405, 4, actuel) suffit en théorie à drainer les acquêts vers le patrimoine commun.

Il est néanmoins utile de qualifier communs les revenus, car ils sont la source d'alimentation des acquêts. La communauté des revenus, jointe à la qualification commune résiduaire des biens, réalise la solidarité entre les époux. En partageant les revenus des deux époux, la loi manifeste que chacun contribue de manière équivalente à la constitution du patrimoine d'acquêts. De ce fait, le partage égal des acquêts n'est jamais constitutif d'avantage au profit de l'époux qui a eu le moins de revenus. Plus encore, les acquêts ont vocation à revenir en totalité au survivant des époux, par voie d'avantages matrimoniaux. La théorie des avantages matrimoniaux régle les prétentions des enfants et du survivant sur les acquêts, en donnant une forte priorité au second. Certains contestent ce principe, jugent que la réforme accentue le déséquilibre, mais celui-ci est voulu par une majorité de familles et répond aux besoins croissants des conjoints survivants.

Le nouvel article 1405 qualifie expressément plus de biens communs qu'auparavant, principalement la « finance » des biens dont le « titre » est propre. Cet effort est méritoire car des précisions sont utiles et sont faites dans ces dispositions (ex. : allocation précise des revenus pour les indemnités de préavis, valeur « économique » pour les clientèles). L'idéal communautaire en sort renforcé.

Art. 1405. § 1^{er}. Sont communs :

- 1.** les revenus de l'activité professionnelle de chacun des époux, tous revenus ou indemnités en tenant lieu ou les complétant, ainsi que les revenus provenant de l'exercice de mandats publics ou privés, **l'indemnité de préavis et autres prestations auxquelles a droit un époux en raison de la rupture de son contrat de travail, pour la part de celle-ci correspondant au délai de préavis qui court pendant le régime ;**
2. les fruits, revenus, intérêts de leurs biens propre ;
3. les biens donnés ou légués aux deux époux conjointement ou à l'un d'eux avec stipulation que ces biens seront communs ;
- 4.** **l'indemnité payée à un époux en réparation d'un dommage, dans la mesure où cette indemnité vise à réparer son incapacité ménagère ou économique durant le régime ;**
- 5.** **la valeur patrimoniale des parts ou actions de société visées à l'article 1401, § 1^{er}, 5^o ;**
- 6.** **la valeur patrimoniale des biens professionnels qui ont été acquis par un des époux avec des fonds communs, si le droit à ces biens professionnels est propre en vertu de l'article 1401, § 1^{er}, 6^o ;**

7. la valeur économique de la clientèle qui a été constituée pendant le régime par un des époux dans le cadre de l'exercice de sa profession ou de l'exploitation de son entreprise, si le droit à cette clientèle est propre en vertu de l'article 1401, § 1^{er}, 7^o ;

8. la prestation d'assurance liée à un contrat d'assurance sur la vie individuel qui a été conclu par un des époux pendant le régime, lorsqu'elle est due à un des époux pendant le régime. Si la prestation est versée sous forme de capital, la totalité de son montant est commune. Si la prestation est payée sous la forme d'une rente, sont communs les montants de la rente payés pendant le régime ainsi que la réserve qui correspond aux rentes encore dues après la dissolution du régime.

§ 2. Sont également communs tous les biens dont il n'est pas prouvé qu'ils sont propres à l'un des époux par application d'une disposition de la loi.

1^o *Revenus professionnels de substitution : indemnités de préavis*
(art. 1405, § 1, 1)

61. Une première concrétisation de la ligne directrice d'allocation correcte des revenus professionnels (à la communauté tous les acquêts et rien que les acquêts) est la précision qu'une indemnité de préavis est commune *pro rata temporis* quand le préavis « déborde » du célibat ou du mariage.

Art. 1405. § 1^{er}. Sont communs :

1. les revenus de l'activité professionnelle de chacun des époux, tous revenus ou indemnités en tenant lieu ou les complétant, ainsi que les revenus provenant de l'exercice de mandats publics ou privés, **l'indemnité de préavis et autres prestations auxquelles a droit un époux en raison de la rupture de son contrat de travail, pour la part de celle-ci correspondant au délai de préavis qui court pendant le régime ;**
(...)

62. L'indemnité de préavis était déjà comprise sous l'expression « indemnités qui tiennent lieu de revenus ou les complètent ». La loi précise surtout quelle part de celle-ci est commune si le délai de préavis ne court pas entièrement pendant le régime.

- Si un époux *se marie* après avoir reçu un préavis, et qu'une indemnité lui est versée pour une période d'emploi antérieure au mariage et une autre postérieure, seule la part d'indemnité qui correspond au délai qui court pendant le régime sera commune.
- Si un époux *divorce* après avoir reçu un préavis, et qu'une indemnité lui est versée pour une période ultérieure au mariage, à nouveau seule la part d'indemnité qui correspond au délai qui court pendant le régime sera commune.

Si aucune indemnité n'est perçue mais que le préavis est presté, l'article 1405, paragraphe 1^{er}, 1, ne s'applique pas.

63. Une critique est faite pour le cas où une indemnité de préavis antérieure au mariage a été investie dans un actif, par exemple un immeuble (qui sera propre)⁷⁸. Le patrimoine commun pourrait être privé de la partie de l'indemnité couvrant la période de préavis se déroulant pendant le régime.

Une récompense sera due à la liquidation si l'époux en préavis n'a pas reversé à la communauté, pendant le régime, l'équivalent de la part d'indemnité qui lui revient. Le patrimoine commun a en effet droit à tous les revenus (de substitution) dès le début du mariage⁷⁹. Il est donc conseillé de mettre les choses au point dans un contrat de mariage.

2° Indemnités réparant une incapacité ménagère et économique (art. 1405, § 1^{er}, 4)

64. Une conséquence de la scission « titre/finance » est la qualification commune expresse de la « finance » par l'article 1405.

En ce qui concerne les indemnités réparatrices d'un dommage personnel, on se rappellera que non seulement le « titre », mais aussi une partie de l'indemnité sont propres, celle qui compense l'incapacité « personnelle » sans dimension économique (art. 1401, § 2, 1 ; *supra*, n° 53).

Il reste à qualifier les parties d'indemnités qui ont une dimension économique, celles qui compensent des aptitudes à générer des acquêts. Elles sont communes, au contraire de la jurisprudence de la Cour de cassation (*supra*, n° 51).

Art. 1405. § 1^{er}. Sont communs :

(...)

4. l'indemnité payée à un époux en réparation d'un dommage, dans la mesure où cette indemnité vise à réparer son incapacité ménagère ou économique durant le régime ;

65. La loi vise les incapacités « ménagère ou économique » avec moins de précisions que pour l'incapacité personnelle (art. 1401, § 2, 1).

⁷⁸ Ph. DE PAGE, « Les nouveautés apportées au régime de la communauté », *op. cit.*, p. 16, n° 19.

⁷⁹ Les conditions de la récompense doivent en effet être vérifiées pendant le mariage. L'appauvrissement du patrimoine commun est le manque de revenus perçus sur la base de l'article 1405, paragraphe 1^{er}, 1, applicable dès le début du mariage ; l'enrichissement du patrimoine propre pendant le mariage résulte de cette absence de contribution aux revenus communs.

Cette formulation est cohérente avec la nature résiduaire des qualifications communes, mais appellera une interprétation. À nouveau, le *Tableau indicatif 2016 pour l'évaluation des dommages*, établi par l'Union nationale des magistrats de première instance et l'Union royale des juges de paix, aide à définir ces notions :

- l'incapacité ménagère est une atteinte au potentiel énergétique ou fonctionnel de la victime entraînant des répercussions économiquement évaluables sur son aptitude à l'exercice d'activités de nature domestique (ex. : soin aux enfants, à l'habitation, à la logistique du ménage, à l'administration du ménage, etc.) ;
- l'incapacité économique est l'ensemble des conséquences de l'atteinte à l'intégrité physique et psychique sur les actes et comportements dans la vie professionnelle et lucrative de la victime ainsi que l'atteinte à la capacité concurrentielle de la victime sur le marché du travail⁸⁰.

Si, exceptionnellement dans le futur, le juge ne spécifie pas les postes indemnisés, les parties peuvent en prouver la répartition par tous moyens (*supra*, n° 54).

66. La qualification commune de l'incapacité ménagère a une grande force symbolique. Pour la première fois dans la loi est reconnue la valeur économique du travail ménager.

On le retiendra pour la liquidation d'un régime de séparation de biens et la valorisation d'une contribution en nature aux charges du mariage, car le régime légal est le droit commun des régimes matrimoniaux (art. 1390).

67. La qualification commune des volets économiques de l'indemnité doit composer avec la ligne directrice d'allocation correcte des revenus professionnels.

La part d'indemnité qui couvrirait une période de travail postérieure à la durée du mariage restera propre à la victime (ex. : divorce 4 ans après avoir perçu l'indemnité).

Si une personne se marie après avoir investi une indemnité pour incapacité économique dans un actif, propre en vertu de l'article 1399, alinéa 1^{er}, le patrimoine commun sera privé d'une partie de revenus auxquels il a droit. Une récompense pourrait être due à notre avis si la contrepartie de ces revenus n'est pas reversée à la communauté pendant le mariage (*supra*, n° 63).

⁸⁰ Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2848/001, p. 59.

3° *Valeur des parts et actions dont les droits d'associés sont propres*
(art. 1405, § 1^{er}, 5)

68. En ce qui concerne les parts et actions de sociétés dont seul le « titre » est propre (art. 1401, § 1^{er}, 5 ; *supra*, n° 39) la loi qualifie laconiquement la valeur patrimoniale commune.

Art. 1405. § 1^{er}. Sont communs :

(...)

5. la valeur patrimoniale des parts ou actions de société visées à l'article 1401, § 1^{er}, 5° ;

Si les parts et actions sont *scindées*, la valeur patrimoniale est commune et les règles particulières d'attribution et de valorisation des parts s'appliqueront à la liquidation (art. 1430 ; *infra*, n° 84). Les parts seront attribuées à l'actionnaire, à charge d'indemniser la communauté ou de prendre dans son lot moins d'autres biens communs.

Si les parts et actions *ne sont pas scindées* elles sont communes pour le tout (ex. : actions au nom des deux époux, SPRLU d'un époux qui emploie l'autre⁸¹, société immobilière non professionnelle, société d'investissement, fonctions dirigeantes pour les deux époux...).

69. La qualification commune est applicable même si des fonds propres ont contribué au financement des parts, pour autant que ce soit à moins de 50 %, sous réserve de récompense (art. 1434 et 1435).

4° *Valeur des biens professionnels* (art. 1405, § 1^{er}, 6)

70. En ce qui concerne les biens professionnels dont seul le « titre » est propre (art. 1401, § 1^{er}, 6 ; *supra*, n° 43), la loi qualifie leur valeur patrimoniale commune.

Art. 1405. § 1^{er}. Sont communs :

(...)

6. la valeur patrimoniale des biens professionnels qui ont été acquis par un des époux avec des fonds communs, si le droit à ces biens professionnels est propre en vertu de l'article 1401, § 1^{er}, 6° ;

⁸¹ Ph. DE PAGE, « Les nouveautés apportées au régime de la communauté », *op. cit.*, p. 19, n° 21.

Le changement est important : le bien n'est plus propre sous réserve de récompense, ce qui résout le problème de la récompense égale au minimum à la valeur d'acquisition du bien professionnel, même lorsque celui-ci ne vaut plus rien à la dissolution⁸². La valeur patrimoniale de ces biens sera leur valeur *résiduaire* au jour de la dissolution du régime (art. 1430, § 2 ; *infra*, n° 84).

Si le bien n'est pas scindé parce que les conditions de la scission ne sont pas remplies (ex. : ordinateur portable familial et professionnel, véhicules utilisés par les deux époux), il est commun pour le tout. Il sera cependant géré exclusivement par le conjoint professionnel (art. 1417, al. 1^{er}) et pourra faire l'objet d'une attribution préférentielle au sens strict, cette fois à sa valeur au jour du partage (art. 1389/1).

71. La qualification commune est acquise même si des fonds propres ont contribué au financement des parts, pour autant que ce soit à moins de 50 %, sous réserve de récompense (art. 1434 et 1435).

5° *Valeur des clientèles* (art. 1405, § 1^{er}, 7)

72. En ce qui concerne les clientèles dont seul le « titre » est propre (art. 1401, § 1^{er}, 7 ; *supra*, n° 47) la loi qualifie leur valeur commune, une valeur « économique » et non « patrimoniale » comme pour les biens précédents.

Art. 1405. § 1^{er}. Sont communs :

(...)

7. la valeur économique de la clientèle qui a été constituée pendant le régime par un des époux dans le cadre de l'exercice de sa profession ou de l'exploitation de son entreprise, si le droit à cette clientèle est propre en vertu de l'article 1401, § 1^{er}, 7° ;

73. Les clientèles visées sont celles scindées « titre/finance » (exploitation exclusive par un époux), et uniquement celles « constituées pendant le régime ».

Pour autant nous ne pensons pas que les clientèles « acquises » (ex. : rachat d'un concurrent) doivent être qualifiées communes pour le tout de par ce seul fait. Si elles sont attachées professionnellement à l'un des deux époux, il est légitime de leur appliquer la distinction « titre/finance » par analogie (*supra*, n° 49).

⁸² Voy. not. : A. PAULUS, « L'évaluation des récompenses : existe-t-il un seuil en dessous du plancher et du plafond ? », *op. cit.*, pp. 350 et s., spéc. p. 355.

Si le prix d'acquisition d'une clientèle est payé en partie avec des fonds propres, récompense sera due conformément aux articles 1434 et 1435 du Code civil.

74. Les clientèles sont valorisées seulement si elles ont une valeur. Par l'expression « valeur économique », le législateur permet de ne pas valoriser des clientèles trop *intuitu personae*. Le juge arbitrera une éventuelle discussion sur la possibilité ou non de réaliser la clientèle.

Cette valeur est déterminée au jour de la dissolution du régime (art. 1430, § 2 ; *infra*, n° 84).

6° Valeur des prestations d'assurance-vie individuelle (art. 1405, § 1^{er}, 8)

75. La troisième disposition qualifiant les assurances-vie individuelles concerne les prestations versées pendant le mariage. Elles reviennent à la communauté puisqu'il ne s'agit pas d'opérations de prévoyance-décès (art. 1401, § 2, 2).

Art. 1405. § 1^{er}. Sont communs :

(...)

8. la prestation d'assurance liée à un contrat d'assurance sur la vie individuel qui a été conclu par un des époux pendant le régime, lorsqu'elle est due à un des époux pendant le régime. Si la prestation est versée sous forme de capital, la totalité de son montant est commune. Si la prestation est payée sous la forme d'une rente, sont communs les montants de la rente payés pendant le régime ainsi que la réserve qui correspond aux rentes encore dues après la dissolution du régime.

L'exposé des motifs assimile ces prestations à des acquêts⁸³. Cela présuppose que les primes ont été financées (principalement) par la communauté (art. 1404⁸⁴). À concurrence des primes payées par des fonds propres, récompense sera due (art. 1434).

76. La loi distingue les prestations en capital des rentes.

Aux prestations en capital sont assimilés les *rachats* ou *prélèvements* sur la réserve mathématique⁸⁵.

⁸³ Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2848/001, p. 13.

⁸⁴ Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, Rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2848/007, p. 30.

⁸⁵ Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 2848/001, p. 51.

Les rentes payées *pendant le régime* sont communes, ainsi que la « réserve » qui correspond aux rentes à payer après la dissolution du régime, si le contrat prévoit une telle réserve⁸⁶.

Les rentes perçues *après la dissolution du régime* demeurent personnelles au bénéficiaire, sans récompense même si elles furent financées par des primes communes. Le législateur privilégie la dispense de récompense sur le modèle des assurances-vie de « prévoyance » (art. 1401, § 2, 2). L'attribution au patrimoine commun de la « réserve » non consommée, s'il y en a, est censée compenser l'absence de récompense⁸⁷.

7° *Qualification commune résiduaire (art. 1405, § 2)*

77. La qualification commune résiduaire est le second pilier du régime légal, avec la communauté de plein droit des revenus professionnels. Elle n'a pas été modifiée. Elle est revalorisée par sa localisation dans un paragraphe distinct et une différenciation des autres qualifications communes par le terme « également ».

Art. 1405. § 1^{er}. (...)

§ 2. Sont également communs tous les biens dont il n'est pas prouvé qu'ils sont propres à l'un des époux par application d'une disposition de la loi.

F. – *Gestion professionnelle (art. 1417)*

78. La réforme renforce l'autonomie professionnelle en même temps qu'elle précise le statut des biens professionnels. Il fallait aussi adapter certaines règles de gestion professionnelle.

Art. 1417. L'époux qui exerce une activité professionnelle accomplit seul tous actes de gestion **qui sont justifiés pour cet exercice.**

Lorsque les deux époux exercent ensemble une même activité professionnelle, le concours des deux est requis pour les actes autres que d'administration.

Dorénavant, tout acte « justifié par l'exercice » de la profession peut être accompli exclusivement par l'époux titulaire de la profession⁸⁸, et plus seulement les actes « nécessaires » à celle-ci, ce qui était sujet à diverses interprétations⁸⁹.

⁸⁶ Pour plus de détails : Ph. DE PAGE, « Les nouveautés apportées au régime de la communauté », *op. cit.*, p. 24, n° 24.

⁸⁷ Ph. DE PAGE, « Les nouveautés apportées au régime de la communauté », *op. cit.*, p. 25, n° 24.

⁸⁸ Accessoirement la loi assure une concordance entre l'article 1417 et l'article 217 du régime primaire, en vertu duquel l'époux peut affecter des revenus professionnels à l'achat de biens « justifiés » par l'exercice de sa profession avant d'en laisser le solde en communauté (ou d'en disposer à sa guise en séparation de biens).

⁸⁹ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, *op. cit.*, p. 185, n° 174.

La loi délègue ainsi au juge le pouvoir d'apprécier *in concreto* le caractère nécessaire d'un acte de gestion.

79. L'article 1417 ne s'applique pas aux biens professionnels scindés « titre/finance », mais seulement aux biens communs pour le tout. Pour les premiers, la propriété du titre assure mieux encore l'autonomie de gestion (art. 1425)⁹⁰.

G. – Gestion conjointe en matière de donations (art. 1419)

80. En cohérence avec la réforme des successions, la loi abroge le second alinéa de l'article 1419, dont le premier dispose toujours qu'on ne peut donner seul des biens communs.

Art. 1419. Un époux ne peut sans le consentement de l'autre disposer entre vifs à titre gratuit de biens faisant partie du patrimoine commun.

Étaient visées :

- les libéralités dispensées du rapport en vertu de l'article 852 du Code civil (ex. : frais d'établissement, présents d'usage) ; cet article a été modifié par la réforme des successions et ce ne sont plus des libéralités.
- les libéralités en faveur de l'époux survivant : elles n'ont pas d'effet immédiat comme les donations, et l'autre époux doit accepter la donation (art. 932).

H. – Causes d'indignité de bénéficiaire d'avantages matrimoniaux (art. 1419)

81. La loi du 10 décembre 2012 a modernisé les causes d'indignité successorale (art. 727) et étendu ces causes d'indignité au bénéficiaire des avantages matrimoniaux (art. 1429bis)⁹¹.

Art. 1429bis. § 1^{er}. Si le conjoint survivant est indigne d'hériter du conjoint décédé, il perd également tous les avantages qui résulteraient du mode de composition, de fonctionnement, de liquidation ou de partage du patrimoine commun. Il conserve toutefois le droit à la moitié des **économies faites sur les revenus respectifs des époux**, à moins que le contrat de mariage ne lui attribue une part inférieure, que dans ce cas il conserve.

§ 2. Les dispositions relatives à l'indignité successorale s'appliquent par analogie à l'indignité de recueillir ou de conserver un avantage matrimonial. Il en est ainsi même si le conjoint survivant est exclu de la succession du conjoint décédé, soit par l'effet d'une clause d'exhérédation, soit par l'effet d'une décision d'exclusion ou de déchéance de ses droits successoraux.

⁹⁰ Pour plus de détails : S. LOUIS, « Les sociétés : neutralité sociétale – revenus des associés », *op. cit.*, n°s 25-26.

⁹¹ F. TAINMONT, « Premier volet de la réforme du droit successoral. La loi du 10 décembre 2012 relative à l'indignité successorale, la résolution des donations, la déchéance des avantages matrimoniaux et la substitution », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 655.

Le conjoint indigne perd tous les avantages qui résultent de la composition, du fonctionnement, de la liquidation ou du partage du patrimoine commun (art. 1429*bis*), mais conserve la moitié des « acquêts », sauf si le contrat de mariage lui en attribuait moins. Cette moitié conservée, il est censé l'avoir constituée à l'égal de son conjoint par sa collaboration économique dans le couple. La déchéance concerne également les apports en communauté (avantage résultant de la composition des patrimoines).

82. En raison de la nouvelle réglementation légale du régime de la séparation de biens avec clause de participation aux acquêts (*infra*, n° 120), il a paru utile de réserver le concept « acquêts » à ce seul régime. Aussi l'article 1429*bis* énonce-t-il que le conjoint indigne conserve la moitié des « économies faites sur les revenus respectifs des époux ».

Le législateur reste ainsi dans la logique des avantages matrimoniaux, puisque cette formulation est reprise de l'article 1465 du Code civil.

83. Rien n'est prévu pour la déchéance des avantages matrimoniaux résultant du fonctionnement d'un régime *séparatiste* (*infra*, n° 112).

Une application analogique est délicate s'agissant d'une sanction. Néanmoins, l'article 1390 du Code civil l'autorise, tout comme il autorisait, à notre avis, l'extension de la sanction du recel⁹². Ce raisonnement mérite d'autant plus d'être suivi que le législateur élargit à la séparation de biens la plupart des dispositions que la doctrine (minoritaire) estimait déjà applicables *de lege lata* via l'article 1390.

I. – *L'évaluation de la finance en cas de scission « titre/finance » (art. 1430, § 2)*

84. Le second paragraphe ajouté à l'article 1430 figne la distinction « titre/finance » pour les biens qui sont le support d'une activité professionnelle (parts et actions de société, biens professionnels, clientèles). En qualifiant la « finance » commune dans une disposition spéciale (art. 1405, § 1^{er}), le législateur s'est donné la possibilité d'en préciser le régime d'évaluation.

La source des controverses était que la valeur de ces biens, gérés par un seul époux, pouvait fluctuer entre la dissolution du régime et le partage, alors que les revenus de la profession étaient propres dès la dissolution. Cela pouvait être inéquitable si la fluctuation de valeur était imputable à cette gestion. La jurisprudence comblait imparfaitement le vide en préconisant une évaluation du bien au jour du partage, mais dans son « état » au jour de la dissolution⁹³.

⁹² Y.-H. LELEU, « L'article 1390 du Code civil : immanence et transcendance », *op. cit.*, p. 245, n° 12, et p. 250, n° 21 et 22.

⁹³ Liège, 22 février 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 105 ; Y.-H. LELEU et J. LARUELLE, « Examen de jurisprudence (2006-2017). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2018, pp. 405-406, n° 114.

Aussi, pour tous les biens professionnels scindés « titre/finance » la loi fixe l'évaluation *au jour de la dissolution du régime*, en ajoutant les termes « et non au moment du partage », comme s'il fallait marquer les esprits de cette dérogation au droit commun⁹⁴.

Art. 1430. § 1^{er}. La dissolution du régime donne lieu à liquidation et à partage.

Au préalable, il est établi pour chaque époux un compte des récompenses entre le patrimoine commun et son patrimoine propre.

Il est procédé ensuite au règlement du passif et au partage de l'actif net.

Les dispositions du Code judiciaire concernant les partages et licitations et celles du Code civil concernant le partage des successions sont applicables.

§ 2. Pour les biens suivants, la valeur au moment de la dissolution du régime, et non au moment du partage, est reprise dans la masse à partager :

1° la valeur patrimoniale des parts ou actions de société visées à l'article 1401, § 1^{er}, 5° ;

2° la valeur patrimoniale des biens professionnels qui ont été acquis par un des époux avec des fonds communs, si le droit sur ces biens professionnels est propre en vertu de l'article 1401, § 1^{er}, 6° ;

3° la valeur économique de la clientèle qui a été constituée pendant le régime par un des époux dans le cadre de l'exercice de sa profession ou de l'exploitation de son entreprise, si le droit à cette clientèle est propre en vertu de l'article 1401, § 1^{er}, 7°.

La disposition ne vise pas les biens professionnels non scindés (ex. : profession exercée ensemble). Ces biens sont gérés conjointement après la dissolution du régime (art. 577-2, § 3), du moins rétroactivement entre les époux (art. 1278, al. 2, C. jud.).

85. L'évaluation anticipée respecte la ligne directrice d'allocation correcte des revenus professionnels. Comme les revenus professionnels, les profits et pertes en capital sont imputés au gestionnaire du bien.

En ce qui concerne les biens qui se déprécient par l'usage (ex. : parc automobile), la nouvelle règle est utile : la valeur au jour de la dissolution sera généralement supérieure à la valeur au jour du partage ; la communauté ne subira plus la dépréciation de l'outil, pas plus qu'elle ne bénéficie des revenus après la dissolution.

⁹⁴ Sur cette règle et ses conséquences, notamment en matière de revenus : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., pp. 122-123, n° 102, et pp. 142-143, n° 120.

J. – *Récompense pour non-distribution déraisonnable de bénéfices sociaux*
(art. 1432)

86. La disposition la plus emblématique de la ligne directrice d'allocation correcte des revenus communs est la nouvelle cause de récompense au profit du patrimoine commun quand un conjoint qui exerce sa profession en société abuse de la personnalité morale pour réduire les revenus communs⁹⁵.

Art. 1432. Il est dû récompense par chaque époux à concurrence des sommes qu'il a prises sur le patrimoine commun pour acquitter une dette propre et généralement toutes les fois qu'il a tiré un profit personnel du patrimoine commun.

Le conjoint qui exerce sa profession au sein d'une société dont les actions lui sont propres doit une récompense au patrimoine commun pour les revenus professionnels nets que le patrimoine commun n'a pas reçus et qu'il aurait raisonnablement pu recevoir si la profession n'avait pas été exercée au sein d'une société.

87. Le champ d'application de la disposition est limité :

- Une société dont les actions sont propres ; si les actions sont *communes*, le surinvestissement de revenus ne porte pas (autant) préjudice à la communauté. Il diminue toutefois les liquidités du couple et bouleverse peut-être l'équilibre des charges du mariage, mais cela n'appauvrit pas la communauté *in fine*. L'article 1433 sera potentiellement applicable s'il y a faute de gestion (ex. : absence de mise à disposition de revenus communs contraire aux intérêts de la famille – art. 1415, al. 2)⁹⁶.
- Une société dont les actions sont propres pour le tout ; si les actions sont *scindées* « titre/finance », la communauté n'est pas (autant) lésée par un tarissement déraisonnable des revenus communs.
- Une société professionnelle : les actions d'une société non professionnelle ne peuvent pas être scindées « titre/finance », mais peuvent être propres.

88. La solution technique retenue – la récompense – est déjà utilisée pour sanctionner des fautes de gestion préjudiciables au patrimoine commun (art. 1433). Elle présente l'avantage de ne pas devoir intervenir en cours de régime mais à la dissolution, sous forme comptable. Le législateur entend respecter l'autonomie professionnelle et l'autonomie sociale, ainsi que la paix du ménage en n'obligeant pas le conjoint lésé à réagir immédiatement.

⁹⁵ Sur les solutions antérieures : Y.-H. LELEU et S. LOUIS, *Sociétés et régime matrimonial de communauté*, op. cit., pp. 81 et s., n° 150 et s.

⁹⁶ Sur l'article 1433 et pour plus de détails : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., p. 213, n° 211.

89. Le montant de la récompense appelle une appréciation judiciaire *in concreto*, que la loi ne pouvait pas canaliser plus qu'elle ne l'a fait par des critères assez larges : « revenus professionnels nets » / « qu'il aurait raisonnablement dû recevoir ».

L'exercice de calcul ne sera pas aisé⁹⁷ mais pas foncièrement différent de celui que doit faire le juge des aliments en pareille situation⁹⁸. Il comparera aux versements de la société les rémunérations obtenues par une personne physique exerçant la même profession, en intégrant l'incidence fiscale et sociale de l'exercice en société.

La charge de la preuve repose sur le demandeur de récompense, par toutes voies de droit (art. 1436, al. 2). Une expertise comptable, le cas échéant judiciaire, permettra de départager les contestations.

V. – Régimes conventionnels en communauté (art. 1451-1465)

A. – Déclaration d'apport anticipé (art. 1452)

90. La déclaration d'apport anticipé est une nouveauté de la réforme. Elle permet à des futurs époux qui achètent un immeuble avant de se marier, de déclarer l'apport en communauté de ce bien par le seul fait de leur mariage ultérieur.

Art. 1452, § 1^{er}. Les époux peuvent convenir que tout ou partie des biens présents et futurs, meubles ou immeubles, visés à l'article 1399, feront partie du patrimoine commun.

§ 2. Les futurs époux qui, avant de contracter mariage, acquièrent la pleine propriété d'un bien immeuble, peuvent, pour autant qu'ils soient, suite à cette acquisition, propriétaires indivis exclusifs et par parts égales de ce bien, faire figurer une déclaration d'apport anticipé dans l'acte d'acquisition de propriété. Du simple fait de leur mariage, ce bien immeuble fera alors partie du patrimoine commun, comme s'ils avaient stipulé l'apport dans leur convention matrimoniale.

Les époux peuvent déroger à l'alinéa 1^{er} dans leur convention matrimoniale.

§ 3. (...)

L'âge du mariage augmentant toujours, la loi prend acte de ce que les futurs époux sont souvent déjà propriétaires, et du fait qu'il est préférable que le logement familial soit commun. Or l'immeuble qu'un couple achète avant de se

⁹⁷ En ce sens et pour plus de détails : S. LOUIS, « Les sociétés : neutralité sociétale – revenus des associés », *op. cit.*, n^o 44-46.

⁹⁸ Cass., 30 septembre 2011, *Act. dr. fam.*, 2012, 32, note A.-C. VAN GYSEL ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, p. 516, n^o 495-2.

marier est en règle leur logement, et est en règle financé par un emprunt remboursé par leurs revenus. Les époux pourront économiser un nouveau passage chez le notaire, ou s'épargner la coexistence d'une indivision avec le patrimoine commun.

La loi consacre aussi l'émergence d'un patrimoine d'acquêts prémarital et l'idée que les acquêts sont consubstantiels au couple en situation de collaboration économique, quel que soit son statut.

Les travaux préparatoires évoquent une autre justification de la disposition : la croyance chez les époux que le bien indivis devient commun.

Nous y voyons une prise de conscience du législateur de l'ignorance totale par beaucoup de partenaires affectifs de la dimension juridique de leur (non-) statut⁹⁹. Il reste à en tirer toutes les conséquences en communautarisant la cohabitation légale et l'union libre dans une mesure proportionnelle au degré d'engagement des partenaires, ce que le législateur, pour des raisons de principe critiquables, a encore refusé de faire à l'occasion de cette réforme.

91. Le domaine d'application de la disposition est limité :

- aux biens acquis « exclusivement par les époux » en indivision ; si des tiers sont indivisaires avec les époux, le bien n'est pas un acquêt du couple ;
- aux biens acquis par « parts égales », soit 50/50 ; cette restriction est arbitraire, mais voulue pour éviter de rendre communs (nécessairement 50/50) des biens dont le financement est différencié ou des biens en usufruit/nue-propriété¹⁰⁰ ;
- aux biens acquis par achat ou donation, l'achat pouvant aussi avoir été fait au conjoint qui était initialement seul propriétaire du bien.

La déclaration d'apport anticipé est notariée. Elle peut être postérieure à l'acquisition. Elle doit être publiée au *RCCM* (art. 1395, § 1^{er}/1 nouveau ; *supra*, n° 30).

92. L'effet de la déclaration d'apport anticipé est de rendre commun, de plein droit, le bien lors du mariage ultérieur.

Si les partenaires ne se marient pas, le bien reste indivis.

S'ils souhaitent revenir sur leur intention d'apporter le bien, ils doivent le préciser dans leur contrat de mariage.

⁹⁹ Y.-H. LELEU, *Les collaborations économiques au sein des couples séparatistes. Pour une indemnisation des dommages collaboratifs envers et contre tous choix*, *op. cit.*, p. 3, n° 1, et pp. 59 et s.

¹⁰⁰ Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2848/001, p. 70.

93. Il faut que le bien existe encore, la déclaration ne se reportant ni sur le prix d'aliénation ni sur un bien subrogé (sauf nouvelle déclaration d'apport anticipé).

Si le bien a subi des transformations ou des améliorations avant le mariage, une *créance* au titre du financement éventuellement disproportionné par rapport aux parts sera inscrite au compte d'indivision prémaritale¹⁰¹.

Les époux peuvent, par contrat de mariage, déroger aux conditions et aux effets de la déclaration (ex. : apport anticipé d'une indivision autre que 50/50)¹⁰².

Le passif lié au bien deviendra commun (art. 1452, § 3).

B. – *Incidence de l'apport sur le passif propre (art. 1452, § 3)*

94. La réforme met également fin aux controverses sur l'application de l'ancien alinéa 2 de l'article 1452, en vertu duquel une fraction de tout le passif de l'apporteur existant au jour de l'apport devenait commune, suivant une formule complexe de proportionnalité, et avec des dates d'évaluation non cohérentes¹⁰³.

Certains auteurs estimaient par ailleurs qu'un apport en communauté était un cas d'« absorption de biens propres » par le patrimoine commun qui ouvre aux créanciers propres un droit de saisie sur le patrimoine commun (art. 1410)¹⁰⁴.

Bref, les conséquences d'un apport sur le passif de l'époux apporteur étaient peu claires.

À présent, en cas d'apport d'un immeuble, seul le passif lié au bien apporté devient commun (ex. : solde d'un emprunt hypothécaire) (art. 1452, § 3).

Art. 1452, § 1^{er}. Les époux peuvent convenir que tout ou partie des biens présents et futurs, meubles ou immeubles, visés à l'article 1399, feront partie du patrimoine commun.

(...)

§ 3. Les dettes en cours au moment de l'apport et qui ont été contractées par l'époux apporteur afin d'acquérir, d'améliorer ou de conserver les biens apportés sont à charge du patrimoine commun, sous réserve de convention contraire.

Cette solution répond le mieux au souhait des époux. L'époux de l'apporteur ne souhaite en général pas supporter, *via* la communauté, une partie de toutes

¹⁰¹ Ph. DE PAGE, « Les nouveautés apportées au régime de la communauté », *op. cit.*, p. 31, n° 36.

¹⁰² Pour plus de détails : Ph. DE PAGE, « Les nouveautés apportées au régime de la communauté », *op. cit.*, p. 32, n° 37.

¹⁰³ Sur ces controverses : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, *op. cit.*, p. 344, n° 322.

¹⁰⁴ Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2848/001, p. 68. Nous ne partageons pas cet avis : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, *op. cit.*, p. 172, n° 155.

les dettes personnelles de l'apporteur. Il accepte au contraire généralement que la communauté soit grevée du passif lié au bien apporté.

95. La nouvelle règle s'applique aussi aux biens acquis 50/50 avant le mariage sous déclaration d'apport anticipé (*supra*).

Un compte d'indivision prémaritale devra être établi si, avant le mariage, un époux a remboursé plus que l'autre l'emprunt d'acquisition du bien.

Les dettes sont communes et recouvrables sur les trois patrimoines (art. 1413 – dettes communes dites « parfaites »).

C. – Reprise d'apport (art. 1455)

96. L'article 1455 du Code civil organise le droit pour l'apporteur de reprendre le bien apporté s'il est encore présent en nature à la dissolution du régime.

La loi s'attache à exclure la reprise en cas d'apport conjoint par les deux époux (ex. : déclaration d'apport anticipé). Un droit de reprise, sans appréciation judiciaire des intérêts en présence, n'a aucun sens. Ce bien commun pourra en revanche faire l'objet d'une attribution préférentielle s'il est affecté au logement ou à l'exercice d'une profession (art. 1389/1 et 1389/2 – *supra*, nos 21 et s.).

Art. 1455. L'époux qui a fait au patrimoine commun l'apport de biens déterminés a, lors du partage, la faculté de reprendre les biens existants encore en nature en les imputant sur sa part à la valeur au moment du partage. **La présente disposition ne s'applique pas aux biens apportés conjointement par les deux époux.**

Dans cette disposition, les termes « apportés conjointement » ne visent pas seulement les apports 50/50, mais tout bien commun par apport dont aucune part n'est détenue par un tiers au jour de la dissolution du régime¹⁰⁵.

97. En revanche, n'est pas tranchée la controverse relative à la priorité du droit de reprise sur l'attribution préférentielle quand le bien est un apport. Nous ne partageons pas l'opinion majoritaire selon laquelle la reprise de l'apport prime l'attribution préférentielle. À notre avis, en cas de concurrence entre ces demandes, le juge conserve une marge d'appréciation vu la finalité de l'attribution préférentielle dont l'intérêt naît pendant le mariage¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Ph. DE PAGE, « Les nouveautés apportées au régime de la communauté », *op. cit.*, p. 33, n° 39.

¹⁰⁶ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, *op. cit.*, p. 276, n° 257. *Contra* : Gand, 9 novembre 2006, *NjW*, 2007, p. 470, note G.V. ; *T. Not.*, 2007, p. 340 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 258 (somm.) ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, *op. cit.*, p. 213, n° 180, et p. 257, n° 210 ; W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINGKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 339, n° 615 ; K. BOONE, « Art. 1447 B.W. », *op. cit.*, feuil. mob., n° 14.

D. – *Protection réservataire des enfants non communs (art. 1465)*

98. L'article 1465 du Code civil, qui permet aux enfants non communs du couple de demander la réduction d'un avantage matrimonial lorsque celui-ci excède la valeur nette des acquêts du couple, était imprécis quant à son applicabilité aux enfants adoptés par le couple.

Il n'était pas contesté que l'article 1465 ne s'appliquait pas aux enfants adoptés par les deux époux ni aux enfants de l'un d'eux adoptés *plénièrement* par l'autre (enfants communs).

Mais les enfants de l'un des époux adoptés *simplement* par l'autre, étaient-ils issus d'une relation antérieure (accent mis sur la famille d'origine) ou étaient-ils au contraire assimilables aux enfants du couple (accent mis sur les effets de l'adoption) ? La loi précise désormais que l'enfant de l'un des époux qui fait l'objet d'une adoption simple par l'autre époux est un « enfant commun » qui ne peut pas invoquer l'article 1465¹⁰⁷.

Art. 1465. Dans le cas où il y aurait des enfants qui ne leur sont pas communs, toute convention matrimoniale qui aurait pour effet de donner à l'un des époux au-delà de la quotité disponible, sera sans effet pour tout l'excédent ; mais le partage égal des économies faites sur les revenus respectifs des époux, quoique inégaux, n'est pas considéré comme un avantage fait au préjudice des enfants qui ne leur sont pas communs.

Un enfant d'un des époux qui a fait l'objet d'une adoption simple ou plénière par l'autre époux est considéré comme un enfant commun.

99. À noter qu'un amendement de l'opposition visant à abroger l'article 1465¹⁰⁸ a été rejeté en Commission de la justice¹⁰⁹.

Cet amendement était inspiré par le courant doctrinal opposé au régime de faveur consenti au conjoint survivant par la théorie des avantages matrimoniaux, et à l'extension de cette théorie à la séparation de biens.

Pour les régimes en communauté, cet amendement modifiait les articles 1458 et 1464 du Code civil, pour obliger les enfants *communs* à consentir expressément à la qualification « onéreuse » des attributions inégales de communauté ; à défaut d'un tel consentement, ces avantages seraient des libéralités. Et comme le consentement de tous les enfants serait requis pour cette qualification, l'article 1465 n'était plus nécessaire, et devait être abrogé.

¹⁰⁷ Pour plus de détails : F. DEGUEL, « L'extension des outils communautaires en régime de séparation de biens », *op. cit.*, n° 27.

¹⁰⁸ Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, Amendement, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2848/006, n° 36.

¹⁰⁹ Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, Rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2848/007, p. 40.

Cet amendement n'avait aucune chance d'être adopté parce qu'il manquait de pondération dans son renversement de l'équilibre installé en 1976 entre le conjoint et les enfants quant à l'attribution des acquêts au premier décès.

VI. – Régimes de séparation de biens (art. 1466-1469/1)

100. Un objectif de la réforme était de rendre les séparations de biens plus équitables. Cet objectif est très imparfaitement rencontré, faute de volonté politique. La loi encadre, voire améliore, les possibilités de communautarisation conventionnelle, mais ne fait pas le moindre pas vers une solidarité impérative sur les acquêts, sauf *via* l'application par analogie des avantages matrimoniaux.

A. – Caractéristiques essentielles de la séparation de biens (art. 1466)

101. Alors que l'essence d'un régime en communauté est la communauté de plein droit des revenus professionnels et la qualification commune résiduaire, celle d'un régime séparatiste est la séparation des patrimoines et l'indépendance de la gestion.

L'article 1466 du Code civil continue de le proclamer, et n'est retouché que sur un point : l'application de la totalité du régime primaire aux régimes à base séparatiste. Cette modification a déjà été commentée (*supra*, n° 13).

B. – Abrogation de la dispense de reddition de comptes de l'époux mandataire de son conjoint (art. 1467)

102. L'ancien article 1467 dispensait l'époux mandataire de son conjoint de rendre compte des revenus consommés. La loi de 1976 bilatéralisait une règle plus ancienne établie au profit du seul mari mandataire de son épouse.

Cette règle était critiquée à juste titre pour sa dérogation au droit commun du mandat, sans autre justification qu'une présomption que les fruits étaient consommés dans l'intérêt de la famille¹¹⁰. Elle n'était pas impérative et souvent écartée dans le contrat de mariage.

103. La dispense de reddition de comptes est enfin abrogée. Elle venait d'ailleurs d'être déclarée inconstitutionnelle¹¹¹.

Les époux qui se confient un mandat (révocable – art. 219) peuvent encore se dispenser de rendre compte, mais ne sont pas présumés le faire.

¹¹⁰ R. DEKKERS et H. CASMAN, *Handboek Burgerlijk recht*, d. IV, *Huwelijksstelsels – Erfrecht – Giften*, op. cit., p. 20, n° 342.

¹¹¹ C. const., arrêt n° 58/2018 du 17 mai 2018, inédit.

C. – *Preuve des créances entre époux (art. 1467)*

104. Le nouvel article 1467 reprend l'ancien article 1468 et y ajoute l'innovation majeure de la loi en séparation de biens, comme il a été exposé ci-dessus lors de l'examen du nouveau régime de preuve des créances par tous moyens (art. 1399, al. 3 ; *supra*, n° 31).

Art. 1467. La preuve de la propriété d'un bien ou d'une créance se fait tant entre époux que vis-à-vis des tiers selon les règles des alinéas 2 et 3 de l'article 1399.

Les biens meubles dont la propriété dans le chef d'un seul des époux n'est pas établie sont considérés comme indivis entre eux.

La loi prend acte de l'absence généralisée de pré-constitution de preuves dans les rapports entre époux séparés de bien, nonobstant les conseils souvent donnés par le notaire.

Les stratégies de demandes de créances seront certainement modifiées, car c'est la preuve des créances *contractuelles* qui est facilitée (ex. : prêt prouvé par témoignages ou présomptions). Tous les modes de preuve seront admis pour prouver tant le montant que l'existence de la créance.

Nous appelions l'organisation d'un régime souple de preuve des créances en séparation de biens, car soumettre des partenaires affectifs au droit commun de la preuve niait leur spécificité par rapport aux partenaires d'affaires¹¹².

105. Les éventuelles clauses de contrats de mariage existants qui seraient contraires au nouvel article 1467 doivent en principe encore être appliquées¹¹³, ce qui est regrettable. L'administration de la preuve participe de la loyauté du débat et pourrait être considérée comme impérative au regard du droit transitoire (art. 6 C.E.D.H.).

Si le contrat ne contient aucune disposition relative à la preuve des créances entre époux, l'application immédiate de l'article 1467 peut se défendre au regard de la nature procédurale de la règle¹¹⁴.

¹¹² Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., pp. 395-396, n° 362.

¹¹³ M. DEMARET, « Le droit transitoire », *infra*, n° 18.

¹¹⁴ H. CASMAN, « Les nouveautés apportées au régime de séparation de biens », in *Le notaire face aux réformes des régimes matrimoniaux et des successions*, Journées du notariat du 7 juin 2018, p. 6.

D. – *Partage des indivisions volontaires (art. 1468)*

106. Le nouvel article 1468 reprend le contenu de l'ancien article 1469 dont il abroge le second alinéa.

Art. 1468. Sans préjudice de l'application de l'article 215, § 1^{er}, **et sous réserve de conventions contraires**, chacun des époux peut à tout moment demander le partage de tout ou partie des biens indivis entre eux.

107. La modification poursuit deux objectifs. Le premier concerne le partage des biens indivis, qui peut, comme par le passé, être demandé à tout moment, contrairement au partage des biens communs.

La loi précise toutefois que des « conventions contraires » peuvent limiter le droit de sortir d'indivision. Elle élargit ainsi les possibilités d'empêcher le partage, anciennement limitées par les conditions des pactes d'indivision au sens de l'article 815, alinéa 2, du Code civil. Des conventions peuvent donc encadrer le droit de sortir d'indivision sans être limitées à 5 ans, durée maximale d'un pacte d'indivision de droit commun.

À nouveau la loi prend acte de la spécificité des couples qui ne peuvent être laissés au droit commun.

Sont évidemment visées les conventions d'accroissement, que la Cour de cassation avait déjà considéré incapables à exclure le partage après la fin de la relation¹¹⁵. D'autres clauses communautarisant la séparation de biens (ex. : société d'acquêts) peuvent avoir une portée exclusive du partage pendant le mariage.

108. Le second objectif de la disposition est de supprimer la nécessité d'obtenir l'autorisation du tribunal de la famille en cas de rachat par un époux des parts indivises de l'autre. Cette règle n'était justifiée que par l'interdiction des ventes entre époux, également abrogée par la réforme (ancien art. 1595).

E. – *Autonomie de la volonté et avantages matrimoniaux (art. 1469, §§ 1^{er} et 2)*

109. L'article 1469 présente les timides avancées de la loi en matière de communautarisation de la séparation de biens pure et simple.

– L'article 1469, paragraphe 1^{er}, précise l'autonomie de la volonté des époux séparatistes en énonçant quelles clauses peuvent modaliser la séparation de biens pure et simple, et cite pour la première fois la participation aux acquêts.

¹¹⁵ Cass., 6 mars 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1230, note P.L. ; *N.F.M.*, 2014, p. 104, note E. ADRIAENS ; *R.W.*, 2013-2014, p. 1625, note D. MICHIELS ; *R.G.D.C.*, 2014, p. 261, note F. PEERAER ; *R.G.D.C.*, 2014, p. 487, note L. SAUVEUR ; *T. Not.*, 2014, p. 231, note E. ENGELS ; *Rev. not. b.*, 2015, p. 517, note A.-C. VAN GYSEL ; *J.T.*, 2015, p. 617, note V. WYART ; *R.A.B.G.*, 2015, p. 283, note V. VANDERHULST.

- L'article 1469, paragraphe 1^{er}, alinéa 4, déclare applicable par analogie la théorie des avantages matrimoniaux.
- L'article 1469, paragraphe 3, aggrave le devoir de conseil du notaire.

Tout cela n'apporte rien sauf l'extension des avantages matrimoniaux, la seule nouveauté qui traduit la vérité que dans tout couple il est normal que les époux aient des droits équivalents sur le patrimoine d'acquêts, et que les acquêts peuvent revenir au conjoint survivant avant les enfants.

L'aggravation du devoir de conseil du notaire a une portée surtout symbolique et pédagogique envers le notariat. Elle découlait en effet déjà des risques liés au régime. Depuis toujours le notaire doit, à peine de responsabilité, exposer aux candidats à la séparation de biens tous les risques auxquels le contrat les expose, et tous les avantages auxquels chacun renonçait. Dans l'article 1469, paragraphe 3, le devoir de conseil est maladroitement lié au régime de participation aux acquêts, alors qu'il est bien plus large, comme on le verra.

Art. 1469. § 1^{er}. Les époux qui optent pour le régime de la séparation de biens peuvent ajouter à ce régime toutes les clauses compatibles avec ce régime.

Ils peuvent notamment ajouter des clauses concernant l'administration de la preuve, entre eux, du droit de propriété exclusif, concernant la preuve de créances que l'un peut invoquer contre l'autre, ainsi que des clauses précisant toute indivision ou patrimoine d'affectation pouvant exister entre eux.

Ils peuvent aussi adopter des clauses visant à réaliser un décompte entre leurs patrimoines, notamment par l'ajout d'une clause de participation aux acquêts.

Les articles 1429bis, 1458 et 1465 s'appliquent par analogie.

§ 2. Les époux qui ont adopté une clause de participation aux acquêts sont soumis aux articles 1469/1 à 1469/13. Le patrimoine originaire, le patrimoine final, la créance de participation et le paiement de celle-ci sont définis conformément à ces articles.

Les époux peuvent dans leur convention matrimoniale déroger au prescrit de l'alinéa 1^{er} et convenir eux-mêmes de la masse de participation, de la clé de participation, du moment de participation et des modalités de participation.

§ 3. Le notaire mentionne explicitement dans la convention matrimoniale 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.

1^o *Clauses compatibles avec la séparation de biens (art. 1469, § 1^{er})*

110. Comme par le passé, les époux peuvent communautariser le régime séparatiste par l'adjonction de masses communes (société d'acquêts, patrimoine commun interne...) ou par la stipulation de créances de participation. Ces clauses reçoivent désormais un fondement légal.

La disposition nouvelle n'apporte aucun progrès en termes de communautarisation *impérative* ou même seulement *supplétive* du régime séparatiste¹¹⁶.

Il n'y a pas non plus d'avancée sur le statut des masses adjointes, sur l'applicabilité subsidiaire du régime légal, sur les effets de ces clauses à l'égard des tiers, alors que ces points sont l'objet de controverses¹¹⁷.

111. Les clauses doivent être « compatibles » avec le régime, ce qui signifie qu'elles ne peuvent contredire les caractères essentiels d'une séparation de biens : la séparation des patrimoines et l'indépendance de la gestion (art. 1466 ; *supra*, n° 101).

Elles ne pourraient pas non plus conférer au régime séparatiste les caractères essentiels d'un régime en communauté. Ainsi, une société d'acquêts ou un patrimoine commun interne adjoint ne pourra pas recueillir, de plein droit, les revenus professionnels¹¹⁸.

Une clause de participation aux acquêts pourrait en revanche sans incohérence, entraîner un partage en valeur de toutes les économies sur les revenus professionnels, voire les attribuer en totalité au survivant par voie d'avantage matrimonial (participation 0/100 ; art. 1469, § 1^{er}, *in fine* ; *infra*, n° 120). Le régime séparatiste reste cohérent pendant le mariage.

2° *Extension par analogie de la théorie des avantages matrimoniaux* (art. 1469, § 1^{er}, al. 4)

112. La loi tranche une vive controverse sur le maintien du régime actuel des avantages matrimoniaux et surtout sur leur extension à la séparation de biens. Cette controverse illustre le rapport entre la réforme des successions de 2017 et celle des régimes matrimoniaux, toutes deux voulant définir un nouvel équilibre entre les droits du conjoint survivant et les droits des enfants dans un contexte modifié quant à la composition des familles et à l'espérance de vie des membres des familles.

Les deux réformes privilégient, à juste titre selon nous, les droits des conjoints sur les acquêts du couple, et limitent les enfants dans leurs prétentions sur ces acquêts dès le premier décès d'un des parents.

¹¹⁶ Dans le même sens : H. CASMAN, « Les nouveautés apportées au régime de séparation de biens », *op. cit.*, p. 9.

¹¹⁷ Voy. not. J. VAN BAEL « Het huwelijkscontract van scheiding van goederen met een toegevoegd "intern gemeenschappelijk vermogen". Ceci n'est pas un régime matrimonial », *T. Not.*, 2010, spéc. pp. 232 à 235, qui estime cette distinction artificielle dès lors que le fonctionnement de la masse adjointe, notamment les règles de composition et de gestion, aura de nécessaires répercussions sur les tiers. *Contra* : A. VERBEKE, « Scheiding van goederen en onverdeelde heden. Over de rechtsgeldigheid van een TIGV », *T. Not.*, 2011, p. 189, n° 13. Pour une synthèse : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, *op. cit.*, p. 451, n° 403.

¹¹⁸ Gand, 2 avril 2015, *R.G.D.C.*, 2016, p. 82, note J. LARUELLE ; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, *op. cit.*, p. 451, n° 403.

Dans la réforme des successions, les enfants peuvent pâtir notamment de l'élargissement de la quotité disponible. Dans celle des régimes matrimoniaux, ce dosage est réalisé par des retouches de la théorie des avantages matrimoniaux, principalement son extension à la séparation de biens.

Nous en rappelons les grandes lignes, les enjeux et les justifications, pour ensuite détailler l'extension de cette théorie aux régimes séparatistes.

113. En vertu de la théorie des avantages matrimoniaux, des clauses de partage inégal d'une *communauté* « avantagent » leur bénéficiaire, sans le « gratifier » (art. 1458, al. 1^{er}, 1464, al. 1^{er}, 1465). Cette qualification d'acte à titre onéreux est légale et irréfragable. Les actions en réduction ouvertes aux enfants aux conditions des alinéas 2 de ces articles et de l'article 1465 ne confèrent pas à l'avantage matrimonial tous les attributs d'une libéralité.

Les avantages matrimoniaux favorisent en effet le conjoint survivant au détriment des enfants, par faveur pour le premier. Cette faveur était commandée par la position successorale défavorable du conjoint survivant avant la réforme de ses droits successoraux en 1981. Elle l'est plus récemment par l'idée que le couple est maître de ses acquêts et de leur destination en cas de décès.

Au sens le plus large du terme, selon la doctrine¹¹⁹, un avantage matrimonial provient soit de la composition du patrimoine commun (ex. : apport), soit du partage du patrimoine commun (ex. : préciput), soit du fonctionnement du régime matrimonial (ex. : communautarisation de revenus inégaux).

Un avantage matrimonial porte en principe sur des acquêts, c'est-à-dire des biens constitués ou acquis par les époux durant le mariage au moyen de finances ou de ressources communes¹²⁰. Exceptionnellement il peut porter sur d'autres biens, par exemple des biens de famille apportés en communauté (art. 1464, al. 2).

La justification traditionnelle de la faveur accordée au conjoint survivant est le *droit successoral différé* des enfants *communs* : les biens qu'il recueille à titre onéreux reviendront plus tard aux enfants *du couple*. Cette justification explique la situation meilleure des enfants *non communs* par rapport aux enfants du couple, car les premiers n'hériteront jamais du survivant. La protection des enfants non communs vise toute attribution au conjoint supérieure à la moitié des acquêts.

¹¹⁹ Principalement : H. CASMAN, *Het begrip huwelijksvoordelen*, Anvers, Maklu, 1976, pp. 263 et s.

¹²⁰ H. CASMAN, « Op zoek naar de draad van Adriadne in de doolhof van huwelijksvoordelen – of zouden het aanwinstenvoordelen moeten zijn », in F. SWENNEN et R. BARBAIX (dir.), *Over Erven. Liber amicorum Miekien Puelinckx-Coene*, Malines, Kluwer, 2006, p. 91, n° 21.

Le fondement socio-familial de cette justification est que le couple ou le survivant doit pouvoir décider l'affectation de *tous* ses acquêts sans possibilité de critique des enfants communs¹²¹. Les enfants sont plutôt créanciers d'une éducation et d'un entretien alimentaire que titulaires d'un droit sur un patrimoine non constitué par eux et qui doit encore servir au survivant de leurs parents.

C'est sur cette justification que se cristallise le débat relatif à l'extension des avantages matrimoniaux en séparation de biens. En séparation de biens comme dans tout couple, il y a des acquêts et des propres, si bien que, quel que soit le régime, la question se pose du dosage des droits du survivant et des enfants sur la succession aux acquêts du conjoint prédécédé.

114. Plusieurs auteurs critiquent la disproportion entre les droits des enfants et du conjoint survivant, à une époque où le modèle familial traditionnel qui justifiait la théorie des avantages matrimoniaux est remplacé par des possibilités de conjugalités successives.

On a contesté la pertinence de la justification par le droit successoral différé qui serait dépassée par l'allongement et le coût de la vie âgée. Le conjoint survivant, selon ces auteurs, n'a un droit incontestable que sur la *moitié* des acquêts, – c'est-à-dire uniquement sur la part d'acquêts qu'il peut considérer avoir créée à l'égal de son conjoint. Toute attribution d'acquêts supérieure à la moitié devrait dès lors être qualifiée de libéralité à l'égard de tous les enfants¹²².

Ces auteurs argumentent *a rubrica* que la théorie des avantages matrimoniaux ne serait applicable qu'en régime à base communautaire, voire qu'à un « bien commun » et qu'aucune disposition du Chapitre IV consacré à la séparation de biens ne la relaie¹²³.

Des amendements ont repris cette doctrine en vue de modifier les articles 1458 et 1464, d'abroger l'article 1465, et d'abroger l'article 1469, paragraphe 1^{er}, alinéa 4, en projet, mais sans succès¹²⁴.

¹²¹ A. VERBEKE, « Les avantages matrimoniaux : aspects civils », 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, p. 151.

¹²² J.-L. RENCHON, « L'avantage matrimonial : une technique de détournement de la dévolution successorale », *Ann. Dr. Louvain*, 2014, p. 123, spéc. p. 150, et « "Pirates en vue"... Pirates, les enfants à la succession de leur père ou de leur mère ? », in A. VERBEKE, J.-M. SCHERPE, Ch. DECLERCK, T. HELMS et P. SENAËVE (dir.), *Confronting the frontiers of family and succession law. Liber amicorum W. Pintens*, Cambridge/Anvers, Portland/Intersentia, 2012, pp. 1169 et s. Dans le même sens : A.-C. VAN GYSEL, « Le conjoint et le cohabitant légal survivant », *op. cit.*, pp. 419 et s.

¹²³ Voy. not. C. DE WULF, « Een kritische doorlichting van de recente rechtspraak en rechtsleer in verband met de sterfhuisclausule », *T. Not.*, 2008, p. 471 ; W. PINTENS, J. DU MONGH et Ch. DECLERCK, « Huwelijksvoordelen in scheidings- en participatiestelsels. Tussen droom en daad », in W. PINTENS, J. DU MONGH et Ch. DECLERCK (dir.), *Patrimonium 2009*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2009, pp. 395 et 396, n^o 2 et 3.

¹²⁴ Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, Amendement, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n^o 54-2848/006, pp. 11 et s.

115. Avec d'autres auteurs, nous préconisons au contraire l'extension de la théorie des avantages matrimoniaux à tout transfert d'acquêts par une clause du contrat de mariage, indépendamment du type de régime choisi¹²⁵ (art. 1390)¹²⁶.

Les privilèges du conjoint peuvent en effet être justifiés non par le droit successoral différé, mais par la *nature des biens transmis*. Parce que les *acquêts* sont constitués *ex nihilo* par les deux époux en association économique, les enfants communs ne doivent avoir *aucune* prise sur ces biens tant que les *deux* parents ne sont pas décédés. Les enfants communs doivent en revanche avoir des droits sur les anciens biens propres apportés en communauté (art. 1458, al. 2, 1464, al. 2). Par contre, les enfants non communs doivent avoir un droit de regard sur l'attribution au conjoint survivant de la part d'acquêts de leur auteur (art. 1465).

Telle est la solution et le fondement de la réforme.

Elle considère comme base économique de la théorie non les « acquêts »¹²⁷, mais les « économies faites sur les revenus respectifs des époux » (art. 1429*bis*, art. 1465).

Surtout elle réalise l'extension « par analogie » de la théorie des avantages matrimoniaux à tout régime séparatiste communautarisé par une clause visée par l'article 1469, paragraphe 1^{er}.

116. L'extension de la théorie des avantages matrimoniaux aux régimes séparatistes ne faisait aucun doute pour les biens inclus dans des sociétés d'acquêts ou des patrimoines communs internes adjoints¹²⁸.

Selon M^{me} Casman, l'extension par analogie des avantages matrimoniaux est limitée aux régimes séparatistes communautarisés par une « clause de décompte », entendue largement et visant aussi les sociétés d'acquêts ou les patrimoines communs internes¹²⁹.

La loi ne le dit pas, mais tel semble bien être l'esprit du texte. Ainsi limitée, l'extension s'avère donc inutile, sauf à mettre fin à d'éventuels doutes chez les contempteurs de la théorie des avantages matrimoniaux.

¹²⁵ H. CASMAN, « Op zoek naar de draad van Ariadne in de doolhof van huwelijksvoordelen – of zouden het aanwinstvoordelen moeten zijn ? », *op. cit.*, pp. 97-98, n° 39 ; Y.-H. LELEU, « Du droit des régimes matrimoniaux au droit patrimonial du couple », *J.T.*, 2004, p. 310, n° 3.

¹²⁶ Y.-H. LELEU, « L'article 1390 du Code civil : immanence et transcendance », *op. cit.*, pp. 252-253, n° 23, et « Avantages matrimoniaux. Notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », in A.-C. VAN GYSEL (dir.), *Conjugalité et décès*, Limal, Anthemis, 2011, pp. 54-61, n° 33-39.

¹²⁷ Parce que cette notion doit être réservée au régime de participation aux acquêts.

¹²⁸ Bruxelles, 30 mars 2006, *J.T.*, 2007, 504, note Ph. PIRON ; Ph. DE PAGE et I. DE STÉFANI, « Les avantages matrimoniaux. Aspects civils et fiscaux », *Rev. not. b.*, 2002, p. 277, n° 9, note 20 ; L. ROUSSEAU, « Planification successorale par le biais des contrats de mariage », in N. BAUGNIET et J.-F. TAYMANS (dir.), *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2007, p. 78.

¹²⁹ H. CASMAN, « Les nouveautés apportées au régime de séparation de biens », *op. cit.*, p. 12.

Il en résulte aussi que l'application par analogie de la théorie n'est pas autorisée à l'égard d'un ensemble de biens indivis entre époux séparés de biens purement et simplement, alors même qu'il serait constitué par des économies sur revenus¹³⁰.

117. Comment réaliser l'analogie en liquidation ? En comparant l'avantage maximal qui peut être accordé en communauté par application des articles 1458, alinéa 2, 1464, alinéa 2, et 1465, avec l'avantage que la clause accorde sur les « acquêts », bien que la loi ne renvoie pas à cette notion¹³¹ :

- en règle générale, un partage des « économies sur revenus » inclus dans les masses d'acquêts qui serait inégal en faveur du conjoint survivant ne lui procurera pas d'avantage « libéral » ;
- à l'égard des enfants communs, il y aura libéralité réductible si des apports ont été faits et si une partie supérieure à la moitié de la valeur de ces apports est attribuée au survivant (art. 1458, al. 2 ou 1464, al. 2, par analogie) ;
- à l'égard d'enfants non communs, il y a libéralité réductible dès que l'attribution dépasse la moitié de la valeur des économies faites sur les revenus (art. 1465, par analogie).

118. L'extension concerne aussi la valeur des acquêts dans les régimes participatifs. L'analogie est également simple à effectuer et est déjà largement pratiquée en droit fiscal¹³² :

- une créance (50/50), égale à la moitié de la différence de valeur entre les acquêts respectifs, ne sera jamais supérieure à la valeur de la moitié d'un patrimoine commun comprenant ces acquêts ;
- une créance (0/100) égale à la totalité de la valeur des acquêts ne sera pas réductible sur demande des enfants communs, mais bien sur demande des enfants non communs ;
- une clause « *alsof* » (0/100 aussi sur les propres) sera réductible à l'égard de tous les enfants.

¹³⁰ M^{me} Casman cite quand même en exemple l'« indivision dont les époux organisent le fonctionnement » dans la liste des masses de biens pouvant être soumises à l'extension de la théorie (H. CASMAN, « Les nouveautés apportées au régime de séparation de biens », *op. cit.*, p. 13).

¹³¹ H. CASMAN, « Les nouveautés apportées au régime de séparation de biens », *op. cit.*, pp. 13-14, et les exemples chiffrés.

¹³² 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. Voy. égal. : Anvers, 16 juin 2015, *F.J.F.*, 2016, p. 33 (somm.) ; Anvers, 19 mai 2015, *Cour. fisc.*, 2015, p. 866, note (clause « *alsof* ») ; Cass., 24 mars 2017, *R.G.E.N.*, 2017, p. 375, note L. STAS ; *R.W.*, 2017-2018, p. 1384 ; *T. Not.*, 2017, p. 507 ; *T.F.R.*, 2017, p. 903 (clause de participation aux acquêts).

3° *Participation aux acquêts et devoir de conseil du notaire – renvois*
(art. 1469, §§ 2 et 3)

119. La loi propose un régime complet de participation aux acquêts aux articles 1469/1 à 1469/13 et en présente la possibilité à l'article 1469, paragraphe 2.

La loi renforce dans cette disposition le rôle du notaire instrumentant le contrat de mariage. Contrairement à ce que pourraient faire croire le texte et sa localisation, le conseil notarial est renforcé pour tout contrat de mariage séparatiste, et n'est pas limité aux clauses de participation aux acquêts (art. 1469, § 3) ni au correctif judiciaire en équité (art. 1474/1). Il porte sur les conséquences de toutes les clauses d'un contrat séparatiste et sur toutes les possibilités d'y déroger¹³³. Nous l'analyserons lors du traitement du correctif judiciaire en équité (*infra*, n° 136).

F. – *Clauses de participation aux acquêts (art. 1469/1 à 1649/13)*

120. On présente la promotion de la participation aux acquêts au rang de modèle légal comme un progrès en termes de communautarisation de la séparation de biens.

C'est un leurre car seule une communautarisation obligatoire « *opting out* » protégerait le conjoint économiquement faible.

Nous ne comprenons donc toujours pas qu'un consommateur ou un locataire soit protégé par le droit à son insu et contre son gré, ce que tous approuvent, et pas un époux séparé de biens, ce que très peu réprouvent.

Le seul progrès est que le notaire doit désormais décrire la participation aux acquêts, en expliquer toutes les caractéristiques, tous les effets, tous les mérites, tous les inconvénients, *pour tout contrat séparatiste*, et donc pas seulement donc si les époux le requièrent d'acter une clause de participation aux acquêts (*infra*, n° 136).

121. Les concepts de ce régime sont connus et présentés dans l'article 1469/1 :

- Pendant le régime, les patrimoines demeurent séparés ; le régime n'affecte ni les biens ni les dettes des époux ; il n'y a pas de masse commune.
- À la dissolution du régime, le patrimoine originaire et le patrimoine final de chaque époux sont comparés pour déterminer dans quelle mesure chacun s'est enrichi pendant le mariage ; l'époux qui a réalisé le moins d'acquêts peut faire valoir à l'encontre de l'autre une créance de participation.

¹³³ L'exposé des motifs est clair à ce sujet : le notaire doit « informer les époux des conséquences concrètes d'une séparation de biens pure et simple en cas de rupture ou de décès ainsi que des corrections possibles » et s'assurer que les époux comprennent « tous les avantages et inconvénients du régime choisi avant de signer le contrat de mariage » (proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2848/001, p. 77).

- Les acquêts sont définis (art. 1469/1) comme étant la différence entre le patrimoine final d'un époux et son patrimoine originaire.

La loi reprend le régime proposé dans l'accord franco-allemand du 4 février 2010¹³⁴, à quelques différences près, car ce modèle est cohérent et bien connu, outre les avantages en termes de droit international privé d'une convergence législative.

Une des différences entre la loi et le régime de l'accord franco-allemand, propice à la cohérence interne de la loi belge, est que la notion d'« acquêts » est définie par référence aux règles de qualification des biens communs en régime légal (art. 1469/2).

122. Pour le surplus et pour limiter l'ampleur de la présente contribution, nous renvoyons aux contributions sur ce sujet¹³⁵. L'exposé des motifs suffit pour comprendre les nouveautés et principales caractéristiques de ce régime.

G. – *Correctif judiciaire en équité (art. 1474/1)*

123. Pour la première fois dans l'histoire des régimes matrimoniaux, la loi instaure un correctif en équité de la séparation pure et simple. Le juge pourra octroyer au conjoint affaibli économiquement par le régime suite à des circonstances imprévues, au maximum, un tiers des acquêts de l'autre (art. 1474/1).

Mais ce correctif n'est pas impératif ni même supplétif. Il doit être intégré dans le contrat.

C'est donc un coup d'épée dans l'eau.

Art. 1474/1. § 1^{er}. Sans préjudice du paragraphe 2, le tribunal de la famille peut, lorsque le mariage est dissous par le divorce pour cause de désunion irrémédiable entre les époux, accorder à l'époux lésé, à sa demande, une indemnisation à charge de l'autre époux, à condition que les circonstances se soient modifiées défavorablement et de manière imprévue depuis la conclusion de la convention matrimoniale de séparation de biens ou depuis le jour de la demande de séparation de biens, de sorte que le régime choisi entraînerait, au détriment de l'époux demandeur, des conséquences manifestement inéquitables, eu égard à la situation patrimoniale des deux époux.

L'indemnisation à accorder remédie à ces conséquences manifestement inéquitables et ne peut être supérieure au tiers de la valeur nette des acquêts conjugués des époux au moment de la dissolution du mariage, dont il faut ensuite déduire la valeur nette des acquêts personnels de l'époux demandeur. Les acquêts des époux au sens du présent alinéa sont déterminés en application des articles 1469/1 à 1469/5.

¹³⁴ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., p. 456, n° 408.

¹³⁵ M. PETERS, « La séparation des biens avec participation aux acquêts », *infra* ; P. VAN DEN EYNDE, « Le régime de la séparation de biens avec participation aux acquêts », in *Le notaire face aux réformes des régimes matrimoniaux et des successions*, Journées du notariat du 7 juin 2018.

La demande d'indemnisation est examinée dans le cadre de la procédure de liquidation du régime matrimonial.

§ 2. Les époux qui optent pour le régime de la séparation de biens constatent dans leur convention matrimoniale leur accord quant à l'insertion ou non de ce droit à l'indemnisation, assorti ou non de modalités dérogoires.

Le notaire attire l'attention des époux sur l'obligation prévue à l'alinéa 1^{er} ainsi que sur les conséquences juridiques qui découlent de leur choix d'insérer ou non le droit à l'indemnisation, assorti ou non de modalités dérogoires. Sous peine de responsabilité, le notaire fait expressément mention du choix des époux dans la convention matrimoniale.

124. Il est pourtant admis que la liberté d'investissement des époux séparatistes (fortunés) entraîne des conséquences parfois très graves quand la vie commune a imposé à l'un des époux – souvent l'épouse¹³⁶ – des renoncements préjudiciables (ex. : réorientation professionnelle).

Le régime ou le contrat séparatiste peuvent *enrichir* celui qui fait usage de sa liberté d'investir des revenus supérieurs au nécessaire pour payer les charges du mariage, ce qui n'est pas un mal en soi, mais surtout *appauvrir* celui dont les revenus sont moindres, et sont le plus souvent utilisés pour les dépenses courantes du ménage.

Il est inacceptable que cela puisse être l'effet de la loi ou d'un acte notarié. Les consommateurs et les locataires sont mieux protégés sans que l'on fantasme sur la liberté contractuelle ou la sécurité des conventions, alors que leurs contrats ont un impact plus limité ou sont facilement résiliables.

Au vu de la jurisprudence publiée, nous identifions un risque partagé par tous les couples séparatistes (donc aussi tous les couples non mariés), le « préjudice patrimonial lié à la vie en couple »¹³⁷, qui recouvre deux réalités :

- la *collaboration économique non rémunérée* et son impact sur la carrière professionnelle et ses perspectives de gains après le mariage ;
- les *confusions involontaires de patrimoine* et leur impact sur le capital de chaque partenaire pendant le mariage.

La gravité potentielle de tels préjudices aurait très probablement conduit certains époux à refuser le régime séparatiste ou à le communautariser s'ils avaient

¹³⁶ Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2848/001, p. 27. Pour plus de détails et des statistiques : Y.-H. LELEU, *Les collaborations économiques au sein des couples séparatistes. Pour une indemnisation des dommages collaboratifs envers et contre tous choix*, Montréal, Thémis, 2014, pp. 14-21. *Adde* : A. VERBEKE, « Gender-ongelijkheid bij zuivere scheiding van goederen. Pleidooi voor een onderhandelde aanpak », *T.E.P.*, 2010, p. 98.

¹³⁷ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, *op. cit.*, p. 375, n° 346.

été informés de leur possible occurrence lors de la signature de l'acte, ce qui n'est pas toujours le cas malgré l'intervention du notaire.

De plus, le choix d'un régime séparatiste est souvent biaisé par l'amour ou mê par des considérations totalement étrangères au *consentement éclairé* à l'exclusion de la protection conférée par le régime légal contre ces deux types de préjudices. Nous avons relevé au moins six considérations étrangères à cette protection¹³⁸.

Il devrait résulter de ces constats de risque, ainsi que d'une présomption d'incertitude quant au contenu réel de la volonté contractuelle et à la qualité du conseil notarié, de très larges possibilités pour le juge d'aménager le choix contractuel pour en écarter les conséquences les plus inévitables¹³⁹.

Or ce n'est pas le cas *de lege lata* et ce ne sera toujours pas le cas après la réforme.

125. Dans de nombreux pays¹⁴⁰, la séparation pure et simple est corrigée par le juge saisi d'une demande du conjoint appauvri par le fonctionnement patrimonial du couple (préjudices de carrières ou confusions de patrimoines).

De tels systèmes fonctionnent bien dans ces pays, sans nuire à la sécurité juridique. La prévisibilité des décisions judiciaires est subordonnée à l'avantage du sur-mesure et est assurée par la connaissance de la jurisprudence. La liberté contractuelle des époux est préservée par la plupart de ces systèmes qui permettent généralement d'exclure ou de modaliser les correctifs (« *opting out* »), sauf à la marge, celle de l'inacceptable en équité, l'*unfair*¹⁴¹.

Nous ne comprenons donc pas pourquoi le législateur belge refuse encore d'instaurer un correctif judiciaire en équité applicable à tout contrat séparatiste sauf exclusion en connaissance de cause (« *opting out* »), et concède tout au plus un correctif « *opting in* », très encadré et déjà critiqué¹⁴².

¹³⁸ Désir de liberté, symbole d'indépendance, crainte du divorce, illusion de simplicité, forces de négociation, degré et qualité d'information de professionnels... : Y.-H. LELEU, *Les collaborations économiques au sein des couples séparatistes. Pour une indemnisation des dommages collaboratifs envers et contre tous choix*, Montréal, Thémis, 2014, p. 62.

¹³⁹ Voy. not. : C. DECLERCK, « De normaalste zaak van de wereld. Valorisatie van huishoudelijke arbeid in het huwelijksvermogensrecht », in W. PINTENS et C. DECLERCK (dir.), *Patrimonium 2015*, Bruges, die Keure, 2015, pp. 389-392 ; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., p. 27, n° 7 ; Y.-H. LELEU, « Du droit des régimes matrimoniaux au droit patrimonial du couple », *J.T.*, 2004, p. 310. Adde : A. VERBEKE, *Le contrat de mariage de séparation de biens. Plaidoyer pour une solution équitable*, op. cit., pp. 12-18.

¹⁴⁰ Un tel système régit les couples séparatistes, parfois ceux non mariés, dans de très nombreux pays (États-Unis [États de communauté], Royaume-Uni, certains pays scandinaves, etc.). Voy. not. J. SCHERPE, « Régime matrimonial et contrats de mariage en droit anglais. Qui a peur de la Common Law ? », *Rev. not. b.*, 2018, p. 487. Au Québec, le patrimoine familial est également en ce sens. Pour une analyse comparative approfondie : A. VERBEKE, *Goederenverdeling bij echtscheiding*, 2^e éd., Antwerpen, Maklu, 1994.

¹⁴¹ Voy. en ce sens J. SCHERPE, « Régime matrimonial et contrats de mariage en droit anglais. Qui a peur de la Common Law ? », op. cit., pp. 499-501.

¹⁴² A.-C. VAN GYSEL, « Le conjoint et le cohabitant légal survivant », op. cit., pp. 431-435.

On peut expliquer cette faiblesse par des considérations politiques qui prouvent que la diversité des opinions peut freiner le progrès¹⁴³. Le refus d'une correction légale avec possibilité d'« *opting out* » s'est manifesté en phase finale de préparation de la réforme au sein du cabinet du ministre, et même après les discussions plénières. Pendant ces discussions, on ne percevait pas de volonté forte en faveur d'un correctif « *opting out* » : le notariat n'aimait pas qu'un juge modifie un acte ; le barreau tenait à la prévisibilité des décisions judiciaires ; les partis de droite tenaient au libre-choix ; les partis confessionnels voulaient des différences de statuts ; les partis de gauche étaient absents ; les académiques se disputaient sur l'axe « convention-loi »/« *judge made law* ».

Le législateur a donc renoncé à toute contrainte et choisi « de sensibiliser les époux et non de rendre impossible un choix réfléchi et délibéré en faveur d'une séparation de biens pure et simple »¹⁴⁴.

Tout repose à présent sur la force de persuasion du notaire chargé d'instruire les époux sur les mérites et les inconvénients du correctif judiciaire en équité.

126. Le correctif judiciaire en équité doit être stipulé après une information spéciale du notaire (art. 1474/1, § 2).

Le notaire expliquera le contenu du correctif, son fonctionnement, les conséquences qui découleront du choix de l'insérer « ou non », assorti « ou non » de modalités dérogoatoires.

Il fera mention du choix des époux dans la convention matrimoniale.

L'obligation d'information du notaire est précise et large. Elle porte, à bien lire le texte, sur toutes les conséquences de la séparation de biens¹⁴⁵, et nécessairement sur tous les avantages comparatifs du régime légal (*infra*, n° 136).

Le notaire doit se ménager une preuve de ces conseils, à peine de voir contestée l'exécution de son obligation.

Les clauses relatives au conseil à insérer en exécution de l'article 1474/1, paragraphe 2, devront donc être très complètes et précises, comme celles proposées par M^{me} Casman¹⁴⁶.

¹⁴³ Rappr. les progrès du droit des familles dans le sens autonomiste et protecteur des droits individuels, engrangés par la coalition laïque violette 1998-2007, également bi-partisane, ce qui favorise l'échange (Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 26, n° 6).

¹⁴⁴ Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2848/001, p. 27.

¹⁴⁵ L'exposé des motifs est clair en ce sens : proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2848/001, p. 96.

¹⁴⁶ H. CASMAN, « Les nouveautés apportées au régime de séparation de biens », *op. cit.*, pp. 19-20.

127. Le notaire « engage sa responsabilité » s'il ne mentionne pas le choix des époux quant au correctif (art. 1474/1, § 2, al. 2).

Rien de neuf à ce niveau, sauf que la loi le précise, avec une force symbolique positive.

La responsabilité du notaire n'est pas exclusivement liée à la mention du choix dans le contrat. L'époux lésé par l'absence de correctif, ou par l'absence d'information sur le correctif, ou encore par une mauvaise information, pourra réclamer une compensation de son dommage.

Le dommage sera évalué comme en droit commun. L'époux lésé réclamera l'indemnisation de la chance perdue d'une application du correctif, ou d'une application d'autres clauses si le notaire ne l'a pas informé des mérites des autres formes de communautarisation du régime.

À notre avis, l'aggravation de la responsabilité notariale et surtout l'extrême difficulté à chiffrer un tel dommage pourrait inciter les notaires à conseiller d'écarter le correctif et de suggérer aux époux une correction plus efficace et sécurisante, comme la participation aux acquêts¹⁴⁷ ou le régime légal.

128. Les conditions d'application du correctif sont nombreuses et précises, à tel point qu'on pourrait penser que le législateur a voulu en faire le moins possible :

- une modification imprévue des circonstances depuis la conclusion du contrat ;
- une modification défavorable de ces circonstances au préjudice du demandeur ;
- des conséquences manifestement inéquitables eu égard à la situation patrimoniale des deux époux ;
- un divorce pour désunion irrémédiable.

Si les juges décident d'appliquer restrictivement ces conditions, le correctif pourrait rester lettre morte.

Nous espérons qu'il n'en sera rien et que les juges appliqueront ces conditions à de très nombreuses situations, non nécessairement dramatiques vu les enjeux, mais problématiques au regard du principe de non-appauvrissement. Le fait qu'une circonstance de la vie, non prévue par les deux époux dans leurs discussions pré-contractuelles, ait pu, grâce au contrat séparatiste, permettre à un époux d'appauvrir l'autre sur les acquêts, voire sur ses propres, est pour nous toujours une « conséquence manifestement inéquitable ».

¹⁴⁷ M. PETERS, « La séparation des biens avec participation aux acquêts », *infra*.

La loi peut donc s'appliquer aux préjudices économiques causés par des imprévus de santé ou de planning familial, qui sont fréquents, tout comme aux préjudices causés par des pertes ou confusions de capital généralement non prévus par les futurs époux.

Le préjudice peut en effet être vu dans l'absolu et n'être admis à compensation que s'il crée un « cas dramatique », ou alors dans un sens relatif, et obliger à compensation chaque fois qu'un époux profite du régime au détriment de l'autre.

129. Pourrait-on exclure l'application du correctif si le déséquilibre découle de circonstances dont l'évolution ou le caractère évolutif a été clairement expliqué par le notaire (ex. : croissance des bénéficiaires de l'entreprise, risque de faillite, risques de mélanges de biens d'origine familiale avec les biens indivis) ?

Nous admettrions cette exclusion si l'époux défendeur (enrichi) prouve que le notaire a expliqué les impacts de ces évolutions et que chaque époux a expressément accepté ce risque¹⁴⁸.

130. L'obligation de tenir compte de la « situation patrimoniale des deux époux » est également restrictive si les juges l'appliquent à la lettre. Selon l'exposé des motifs, le correctif ne devrait pas profiter au demandeur « très aisé » et ne servirait que les « cas dramatiques »¹⁴⁹.

Nous regrettons cette vue réductrice exprimée dans les travaux préparatoires et qui n'est en rien soutenue par le texte. Un époux appauvri, même « très aisé », doit pouvoir faire valoir le correctif.

131. Surtout, l'ampleur de la correction est abstraitement limitée à « un tiers de la valeur nette des acquêts conjugués des époux au moment de la dissolution du mariage [lisez : régime] dont il faut ensuite déduire la valeur nette des acquêts personnels de l'époux demandeur »¹⁵⁰.

La raison semble en être que le conseil du notaire aura porté sur les avantages et sur les inconvénients de la participation aux acquêts, et que les époux auront, par hypothèse, décidé d'écarter ce correctif conventionnel au profit du correctif judiciaire.

On peut comprendre cette limitation, la seule que nous approuvons parmi les conditions du correctif. Il est logique de graduer la protection en fonction de ce que veulent les époux, qui seront à présent parfaitement éclairés par le notaire.

¹⁴⁸ Par référence à la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle un enrichissement n'est causé par la volonté de l'appauvri que si celui-ci a accepté l'idée d'un transfert définitif de patrimoine à son conjoint (Cass., 23 octobre 2014, *R.G.D.C.*, 2015, p. 559, note J. LAMBRECHTS ; *J.L.M.B.*, 2016, p. 834).

¹⁴⁹ Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2848/001, p. 96.

¹⁵⁰ La loi définit les « acquêts » par référence aux articles 1469/1 à 1469/5.

Nous ne dénions d'ailleurs pas aux époux le droit d'exclure toute correction de la séparation de biens, s'ils sont au courant des risques qu'ils prennent.

132. Une question importante et déjà posée¹⁵¹ est celle du champ d'application de l'enrichissement sans cause en liquidation quand des époux ont inséré le correctif, ou quand ils l'ont exclu en connaissance de cause¹⁵².

Déduira-t-on qu'ils ont exclu tout autre correctif équitable que celui effectivement stipulé, ou qu'ils ont exclu l'enrichissement sans cause s'ils ont décidé de ne pas permettre au juge d'appliquer l'article 1474/1 dans la liquidation ?

Selon nous, en toute hypothèse, les époux conservent le recours subsidiaire sur la base de l'enrichissement sans cause. Ce mécanisme rétablit tout transfert de patrimoine sans volonté définitive d'enrichir le conjoint¹⁵³.

Nous espérons que la doctrine ne se divisera pas sur cette question, car cela coûterait cher à ceux qui seraient privés du recours pour un motif juridique et divinatoire : une prétendue volonté d'exclure l'enrichissement sans cause *in abstracto* déduite d'une décision prise dans le cadre de l'article 1474/1. Tel fut, rappelons-le, le sort des victimes de la « clause Grégoire », finalement invalidée par la jurisprudence¹⁵⁴.

Dans le dernier état de la jurisprudence de la Cour de cassation sur l'enrichissement sans cause, une clause du contrat de mariage ne saurait être une cause de transferts de richesses ultérieurs, et n'exclut pas le recours subsidiaire à l'enrichissement sans cause, pas même après un conseil renforcé du notaire. Une clause d'exclusion générale « parfaitement éclairée » de l'enrichissement sans cause en liquidation, devrait encore être exécutée, au jour de la liquidation, de bonne foi et sans abus, c'est-à-dire sans volonté de s'enrichir au détriment de l'autre.

133. La demande de correction est formée dans la procédure de liquidation ou en constitue le seul point s'il n'y a pas matière à liquidation-partage faute d'indivision (ex. : un époux a investi tous ses revenus en biens personnels).

¹⁵¹ F. DEGUEL, « La (nouvelle ?) séparation des biens pure et simple », *infra*, n° 20.

¹⁵² La même question va se poser à propos de la théorie de l'imprévision contractuelle, quand et si le droit des obligations en réforme l'intégrera dans notre arsenal législatif (art. 77 du texte en projet). L'article 1474/1 pourrait être une *lex specialis* par rapport à la disposition permettant de réviser les termes d'un contrat en raison d'une imprévision contractuelle (A.-C. VAN GYSEL, « Le conjoint et le cohabitant légal survivant », *op. cit.*, p. 433).

¹⁵³ Cass., 23 octobre 2014, *R.G.D.C.*, 2015, p. 559, note J. LAMBRECHTS ; *J.L.M.B.*, 2016, p. 834, précité, et Cass., 9 juin 2017, *R.G.D.C.*, 2017, p. 502, note F. DEGUEL ; *T. Fam.*, 2017, p. 268, note J. LAMBRECHTS ; *T.B.O.*, 2017, p. 528, *T. Fam.*, 2017, note J. LAMBRECHTS.

¹⁵⁴ Y.-H. LELEU, « La présomption de règlement de comptes à défaut de comptes écrits », in Ph. DE PAGE, A. CULOT et I. DE STEFANI (dir.), *Le contrat de séparation des biens. Risques actuels et perspectives nouvelles*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 89 et s.

On se demande si le notaire liquidateur doit conseiller aux parties de demander l'application du correctif, l'appliquer d'office en tant que déterminant des droits des parties, et dans ce cas suspendre, ou pas, la procédure de liquidation en déposant un procès-verbal intermédiaire de contredits¹⁵⁵.

L'application du correctif est limitée au divorce pour désunion irrémédiable. Dans un divorce par consentement mutuel, les époux transigent. Le notaire ou l'avocat devront toutefois indiquer aux époux les chances de succès d'une demande fondée sur l'article 1474/1, en fonction des circonstances concrètes, pour qu'ils puissent transiger en connaissance de leurs droits¹⁵⁶.

134. On regrettera que l'exposé des motifs mentionne que la détermination de l'état de besoin dans l'estimation de la créance alimentaire « tient compte de la compensation accordée sur la base de la correction judiciaire en équité »¹⁵⁷.

C'est l'inverse que la loi préconise. Les interactions entre la liquidation-partage et une éventuelle pension alimentaire *déjà* ordonnée par le juge du divorce sont définies par l'article 301, paragraphe 7 : le débiteur alimentaire peut, après le partage, introduire une demande de réduction de la pension si le partage impacte les besoins ou les ressources.

135. Le correctif s'applique tant à la séparation conventionnelle qu'à la séparation judiciaire, auquel cas la date de référence pour la survenance de circonstances nouvelles est celle de la demande de séparation de biens¹⁵⁸.

H. – *Devoir de conseil du notaire (art. 1469)*

136. La séparation de biens pure et simple n'est pas un régime que le notaire peut conseiller, sauf circonstances exceptionnelles (ex. : remariage, fortunes importantes, risques avérés de faillite...). Les circonstances qui justifieraient l'exclusion de la protection accordée aux deux époux par le régime légal doivent être exceptionnelles, car seul le régime légal respecte le droit de chaque époux à la rémunération de sa collaboration économique à la constitution du patrimoine d'acquêts. L'argument traditionnel de la protection contre un éventuel passif doit toujours être pondéré par la renonciation immédiate au partage des acquêts.

¹⁵⁵ A.-C. VAN GYSEL, « Le conjoint et le cohabitant légal survivant », *op. cit.*, p. 434.

¹⁵⁶ Comp. : A.-C. VAN GYSEL, « Le conjoint et le cohabitant légal survivant », *op. cit.*, p. 433.

¹⁵⁷ Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2848/001, p. 97.

¹⁵⁸ La correction judiciaire en équité est introduite en tant que section III distincte dans le chapitre IV (« De la séparation de biens »). Dans une séparation de biens judiciaire, la possibilité de demander une correction judiciaire en équité reste ouverte pour l'époux lésé. Il est logique que l'époux qui se voit dans la nécessité de demander la séparation de biens judiciaire en raison de l'inconduite de l'autre époux ait le droit de demander une correction judiciaire en équité s'il apparaît que la séparation de biens entraîne des iniquités manifestes pour cet époux.

La Cour constitutionnelle énonce que la séparation de biens est une convention « risquée »¹⁵⁹. L'acte notarié qui enferme les époux dans une séparation de biens pure et simple fait en effet courir à l'un le risque de s'appauvrir en enrichissant l'autre, sans résiliation possible du contrat sauf en divorçant. Le tout porte une atteinte disproportionnée soit au droit au respect de la vie familiale, soit au droit à la protection de sa propriété.

En dépit d'une adhésion croissante de la doctrine aux constats qui précèdent¹⁶⁰, les couples mariés sont de plus en plus nombreux à « choisir » le régime de la séparation de biens pure et simple, tandis que l'union libre – encore plus séparatiste – progresse, le plus souvent sans réel « choix ».

Ces cohortes de séparatistes sont nourries aux représentations de liberté ou d'auto-gestion affective et patrimoniale, sans toujours réaliser que la situation d'un premier couple est fondamentalement différente de celle d'un couple en re-composition de « famille » ou de « fortune »¹⁶¹. Les jeunes couples séparatistes, comme tout couple, doivent construire un patrimoine d'acquêts au moyen de toutes leurs ressources (revenus et énergie vitale), dans la période de vie la plus chargée de défis familiaux et professionnels. Ils conjugueront le tout en dosant ou en se partageant les efforts et les profits. Toute norme juridique qui facilite ce dosage ou ce partage, comme le régime légal qui décrète le partage égal des revenus pendant le mariage, ou le correctif judiciaire en équité du nouvel article 1474/1 qui permet une réallocation d'acquêts en cas d'imprévu, est normale dans une logique économique et contribue à humaniser le droit patrimonial du couple. Il nous est donc totalement incompréhensible que le législateur n'ait pas plus protégé les couples contre leur propre volonté de souscrire un contrat léonin et irrévocable, dans une période ou un contexte non propice à un choix totalement libre.

137. L'information des parties est indispensable pour accepter la force obligatoire du contrat de mariage séparatiste, même en cas de survenance de préjudices liés à la vie en couple.

Il est inconcevable qu'un contrat potentiellement préjudiciable puisse être proposé sans information claire et complète, laquelle doit être centrée principalement sur les dangers d'appauvrissement, et accessoirement sur les avantages d'indépendance et de protection contre le passif¹⁶².

¹⁵⁹ C. const., 7 mars 2013, attendu B.6.2, *Act. dr. fam.*, 2013, 61 ; *J.T.*, 2014, 170, note F. DEGUEL ; *Rec. gén. enr. not.*, 2013, 167 ; *T. Not.*, 2013, note J. VERSTRAETE ; *R.A.B.G.*, 2013, p. 947 ; *R.W.*, 2012-2013, p. 1359, somm. ; *R.W.*, 2013-2014, p. 59, somm., note.

¹⁶⁰ Voy. déjà : A. VERBEKE, *Le contrat de mariage de séparation de biens. Plaidoyer pour une solution équitable*, *op. cit.*

¹⁶¹ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, *op. cit.*, p. 376, n° 346.

¹⁶² A. VERBEKE, « La séparation de biens pure et simple », *op. cit.*, p. 32, n° 1050. Dans le même sens : Y.-H. LELEU, « Du droit des régimes matrimoniaux au droit patrimonial du couple », *op. cit.*, p. 310.

Avant la réforme, le notaire devait déjà fournir aux époux une information circonstanciée. Elle devait porter, selon nous, sur les points suivants¹⁶³ :

1. exposé des risques et des conséquences négatives du régime susceptibles de se produire compte tenu du profil socio-professionnel actuel du couple et de son évolution prévisible ;
2. exposé des avantages concrets de la séparation de biens pure et simple pour ce couple, qui ne seraient pas prodigués par la communauté légale ni par une correction contractuelle de la séparation de biens ;
3. information détaillée et complète sur le régime légal et ces correctifs ;
4. information sur la nécessité, pour le notaire, de se réserver une preuve de la fourniture de l'information et des propositions alternatives ;
5. information sur la possibilité, pour les époux, de confirmer par écrit leur renonciation aux protections offertes par des correctifs ou par le régime légal ;
6. information sur le contenu de l'article 9 de la Loi de ventôse et invitation à recourir aux services de deux notaires car les prestations risquent d'être disproportionnées.

Nous concédions que ces propositions étaient peu pratiques ou peu rentables pour le notaire, et qu'elles affrontaient un courant doctrinal confiant dans la force obligatoire du contrat et dans la qualité des informations fournies par les notaires¹⁶⁴.

La réforme s'est-elle engagée dans la voie d'une précision et d'une aggravation du conseil notarial en matière de contrat de mariage ? Assurément et il faut s'en réjouir, même si la loi est encore prudente.

138. Quelle est l'étendue du devoir de conseil du notaire, que la loi renforce dans deux dispositions ?

La première est relative à la participation aux acquêts (art. 1469, § 3), l'autre au correctif en équité (art. 1474/1, § 2), mais ni l'une ni l'autre n'y cantonnent l'obligation de conseil du notaire.

1. Pour tout contrat de séparation de biens, quel que soit son contenu, le notaire doit exposer les conséquences concrètes du régime choisi, en cas de divorce, en cas de décès ou dans les rapports avec les tiers, ainsi

¹⁶³ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., p. 377, n° 346 ; rappr. : R. BARBAIX et A. VERBEKE, *Beginselen relatievevermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2012, p. 246, n° 492.

¹⁶⁴ Voy. récemment : F. BUYSSENS, « Laten we onze verantwoordelijkheid opnemen (inzake de hervormde procedure van gerechtelijke vereffening-verdeling) », *T. Fam.*, 2012, p. 54 ; V. WYART, « Du contractualisme du contrat de mariage et de ses conséquences sur la preuve des créances entre (ex-)époux », *Rev. not. b.*, 2013, pp. 7 à 22.

qu'exposer le panel des corrections possibles¹⁶⁵. Cela présuppose qu'il leur explique les avantages et inconvénients du régime légal, les avantages et inconvénients du régime séparatiste, et ceux des différentes clauses qui peuvent le communautariser. Cette information doit être adaptée au profil socio-psychologique des époux, et le notaire doit s'assurer que ses clients ont compris le conseil.

2. Si les époux choisissent de communautariser leur régime une information spécifique doit être donnée à ce propos. Cela résulte de l'article 1469, paragraphe 3, qui vise les clauses de participation aux acquêts, et doit aussi s'appliquer à toute autre clause communautarisant le régime. L'obligation du notaire est double : attirer l'attention de chaque époux sur les conséquences de l'adoption ou de la non-adoption de la clause.
3. L'information doit être encore plus précise s'agissant du correctif judiciaire en équité (art. 1474/1) ; elle va, selon les travaux préparatoires, « au-delà d'une simple obligation d'avis et d'information »¹⁶⁶. Qu'ils le veuillent ou pas, ce correctif, les époux doivent recevoir du notaire une information sur ses mérites. Leur attention doit être attirée sur deux points : les conséquences du choix de le retenir « ou non » ; les modalités possibles de ce correctif.

L'information des époux sur le correctif en équité convoque nécessairement plusieurs principes importants du régime matrimonial qu'il faut expliquer aux époux. Le notaire doit comparer une séparation de biens avec correctif à une séparation pure et simple, et une séparation avec correctif à une communauté. En effet, les explications sur le correctif pourraient faire comprendre aux époux le concept d'acquêts et l'importance du partage des acquêts que seule la communauté réalise. En d'autres termes, le notaire ne peut pas présenter le correctif comme une amélioration significative de la séparation de biens, sans expliquer que renoncer à la séparation de biens augmenterait encore plus la solidarité patrimoniale. Il faut que les époux aient compris que s'ils adoptent le correctif, leur situation est encore très loin d'être comparable à celle d'époux communs en biens sur le plan de l'actif.

L'information sur le passif est également importante, mais la séparation des dettes doit être justifiée par les risques réels de déconfiture compte tenu des autres protections contre le passif, et doit toujours être évaluée au

¹⁶⁵ Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2848/001, pp. 77 et 96.

¹⁶⁶ Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2848/001, p. 77.

« juste prix » : le prix de la protection contre un passif hypothétique est de renoncer anticipativement au partage égal des actifs.

Le notaire doit enfin informer les époux sur l'absence de compte de récompenses rétablissant les confusions de patrimoine et sur le fait que ces confusions sont fréquentes même en séparation de biens. Il doit s'assurer que les époux acceptent le risque de devoir subir les aléas et les coûts d'une procédure pour la réclamation des créances sur la base de l'enrichissement sans cause. L'insertion du correctif en équité ne peut, selon nous, exclure *ipso facto* l'enrichissement sans cause, subsidiaire.

4. L'information doit être concrétisée par une mention dans le contrat qui doit attirer l'attention des époux sur les conséquences du contrat et de ses possibilités d'aménagement (art. 1474/1, § 2, applicable selon nous par analogie à d'autres clauses communautarisant le régime).

Le notaire doit donc se réserver une preuve écrite de ses conseils.

Ces mentions doivent refléter l'information réellement dispensée, en fonction de la situation des parties, et ne pourront pas être des clauses de style. Les clauses proposées par H. Casman¹⁶⁷ sont intéressantes, car elles sont différentes pour chaque type de clause ou de correction souhaitée. Elles sont longues et détaillées, ce qui suscitera l'intérêt des époux et obligera le notaire à en expliquer les termes et répondre à toute question. Une clause sommaire risque d'être accueillie avec circonspection par le juge en cas de recherche de responsabilité pour conseil déficient.

5. L'information doit être fournie « à chacun des époux », ensemble selon H. Casman¹⁶⁸, sauf si le notaire a proposé aux parties de recourir aux services d'un notaire distinct ou de deux avocats (art. 9 loi de ventôse – risque de prestations disproportionnées).
6. Tout défaut d'information engage la responsabilité du notaire. La loi le stipule expressément pour une information défaillante à propos du correctif en équité (art. 1474/1, § 2), mais cela vaut pour tout contrat. Cela signifie qu'en l'absence de correctif, ou de clause de communautarisation, le conjoint qui n'a pas été bien informé et qui serait éligible au correctif ou dans les conditions de tirer avantage d'une clause de communautarisation, pourra rechercher la responsabilité du notaire. Cela vaut pour tout manquement d'information qui aurait causé un dommage, à établir par l'époux qui s'en plaint.

¹⁶⁷ H. CASMAN, « Les nouveautés apportées au régime de séparation de biens », *op. cit.*, p. 18.

¹⁶⁸ H. CASMAN, « Les nouveautés apportées au régime de séparation de biens », *op. cit.*, p. 18.

VII. – Droit transitoire (art. 76-79)

139. La loi entre en vigueur le 1^{er} septembre 2018, avec la réforme des successions.

Son droit transitoire est réglé par les articles 76 à 79 et le droit commun du droit transitoire.

Il s'agit de concilier l'application immédiate de la loi avec le respect des situations constituées (biens acquis, actes de gestion accomplis) et des attentes des contractants (survie de la loi ancienne dans les régimes conventionnels).

Notre présentation est succincte, pour en réserver à d'autres l'analyse approfondie¹⁶⁹.

A. – Mariages postérieurs au 1^{er} septembre 2018

140. Tous les mariages conclus après le 1^{er} septembre 2018 sont régis par toutes ses dispositions.

La loi s'applique partiellement aux mariages conclus avant le 1^{er} septembre 2018, sans rétroactivité, ce qui commande de distinguer les hypothèses exposées ci-dessous.

B. – Modification du régime matrimonial entraînant la dissolution du régime antérieur

141. La loi (art. 7 à 49) est applicable aux époux qui, après le 1^{er} septembre 2018, modifient leur régime matrimonial avec dissolution du régime antérieur (art. 78, § 1^{er}, de la loi).

Si la modification du régime matrimonial n'entraîne pas la dissolution du régime préexistant, les parties devraient pouvoir conventionnellement soumettre leur nouveau régime à la nouvelle loi¹⁷⁰.

Pour liquider ce régime antérieur, on appliquera certaines dispositions de la loi nouvelle, comme exposé ci-après.

C. – Mariage antérieur non dissous au 1^{er} septembre 2018

142. En synthèse, la loi nouvelle s'applique pour la plupart de ses dispositions (art. 7 à 47) aux époux déjà mariés dont le régime n'est pas déjà dissous (art. 78, § 2) sous réserve des précisions suivantes :

- aux biens acquis à partir du 1^{er} septembre 2018 (art. 13, 14, 16 et 21) ;

¹⁶⁹ M. DEMARET, « Le droit transitoire », *infra*.

¹⁷⁰ M. DEMARET, « Le droit transitoire », *op. cit.*, n° 9.

– aux actes de gestion accomplis à partir du 1^{er} septembre 2018 (art. 18 et 19).

Le correctif judiciaire en équité (art. 49 de la loi) ne s'appliquera donc qu'aux mariages postérieurs au 1^{er} septembre 2018.

143. La loi précise « sans préjudice des conventions matrimoniales que les époux auraient valablement conclues avant la date de l'entrée en vigueur de la présente loi ». *A contrario* un contrat de mariage modificatif postérieur au 1^{er} septembre 2018 pourrait intégrer le correctif en équité pour une séparation de biens antérieure¹⁷¹.

D. – *Mariage antérieur dissous le 1^{er} septembre 2018*

144. La loi (art. 7 à 47) ne s'applique *pas* aux mariages dissous avant son entrée en vigueur ni à ceux dont la dissolution rétroagit avant cette date (art. 78, § 3).

Cette solution est regrettable si elle empêche l'application de règles nouvelles de partage comme l'attribution préférentielle ou le recel étendus à la séparation de biens.

On ne voit pas quelles attentes légitimes seront trompées par une application immédiate des règles de liquidation dans les liquidations en cours, sauf bien sûr preuve d'une volonté contraire des époux.

Notamment l'article 1467, relatif à la preuve des créances par tous moyens en séparation de biens, doit s'appliquer immédiatement, sinon à titre de règle de partage, à tout le moins à titre de règle de procédure.

¹⁷¹ Comp. : M. DEMARET, « Le droit transitoire », *op. cit.*, n° 14.