

## QUANT AUX DÉPENS

Dans la mesure où le notaire désigné n'a pas encore rédigé d'état liquidatif et que la cour est saisie par un procès-verbal intermédiaire de dires ou difficultés et dès lors qu'elle est susceptible d'être ressaisie après rédaction de l'état liquidatif, il convient de réserver les dépens et de renvoyer la cause au rôle particulier.

Compte tenu des motifs qui précèdent, tous autres moyens invoqués par les parties apparaissent inutiles ou non pertinents pour la solution à donner au litige.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

Statuant contradictoirement,

Reçoit l'appel.

Confirme le jugement entrepris.

Réserve les dépens et renvoie la cause au rôle particulier de la chambre.

Renvoie la cause au notaire liquidateur afin qu'il poursuive la liquidation et le partage conformément au jugement du 24 juin 2020 et au présent arrêt.

**Note****L'article 1390 du Code civil : une ressource précieuse pour les époux séparés de biens(\*)**

1. L'arrêt commenté de la cour d'appel de Liège et le jugement du tribunal de la famille de Namur également publié ci-dessus ont un intérêt méthodologique et pratique majeur. Le cas d'espèce est assez courant : l'ex-épouse demande l'attribution préférentielle du logement, mais l'ex-mari s'y oppose, moins par attachement à l'immeuble que dans l'espoir d'en obtenir un meilleur prix. Il pousse donc à la vente publique. La particularité de l'espèce est que l'immeuble est indivis en séparation de biens pure et simple. Or la loi régit l'attribution préférentielle dans le chapitre II consacré au régime légal en communauté, et l'ex-mari s'en prévaut pour contester la possibilité-même d'une attribution préférentielle.

Le tribunal et la cour autorisent néanmoins l'attribution préférentielle sur la base des articles 1446-1447, applicables en séparation de biens grâce à l'article 1390 du Code civil : «*À défaut de conventions particulières, les règles établies au chapitre II du présent titre (n.d.l.a. le régime légal) forment le droit commun*». Les juges s'opposent expressément à l'arrêt de la Cour de cassation du 24 février 2017 qui a décidé que l'attribution préférentielle était réservée aux époux mariés en régime de communauté en raison de la localisation des articles 1446-1447 dans le régime légal.

---

(\*) Nous avons pris connaissance au stade de la composition de ce numéro de la *Revue* de la décision de J.-L. Renchon de publier, à la suite de la présente note, une note dissidente qui nous a été communiquée. Après lecture de cette dernière, nous maintenons cependant les analyses et positions exprimées, initialement, dans notre note.

Il n'y a pas eu, à notre connaissance, de pourvoi contre l'arrêt de Liège, ce qui a permis d'éviter la vente publique et préserver le cadre de vie. Cette décision dissidente fait donc jurisprudence.

L'intérêt de cet arrêt est de permettre aux couples séparés de biens qui sont toujours soumis au droit antérieur à la réforme du 22 juillet 2018 d'éviter une vente publique de l'immeuble indivis. L'exiger serait, de l'aveu même de la Cour constitutionnelle qui s'est aussi prononcée sur ce thème, potentiellement constitutif d'«abus». Le couple serait exposé à des risques inutiles: des frais, une rupture du cadre de vie, une fragilisation du conjoint économiquement faible, bref, une destruction de valeur ou de confort. À l'inverse, généraliser l'attribution préférentielle ne porte préjudice qu'aux valeurs juridiques, du moins si l'on ne partage pas l'avis des juges de Namur et de Liège.

La réforme du 22 juillet 2018 a heureusement résolu le problème en déplaçant les dispositions relatives à l'attribution préférentielle dans les dispositions applicables à tous les régimes (art. 1389/1 et 1389/2). La controverse subsiste donc uniquement pour les anciens divorces. Elle ne concerne toutefois pas que l'attribution préférentielle, car d'autres dispositions du régime légal sont extrêmement utiles aux époux séparés de biens. Nous pensons principalement au recel de biens indivis (art. 1448), qui ne saurait rester impuni en raison du seul fait que les futurs époux aient choisi une séparation de biens.

2. En droit, la portée de l'article 1390 fait débat. Pour nous, la lettre et l'esprit de l'article 1390 fondent la possibilité d'appliquer l'attribution préférentielle comme le recel de communauté en séparation de biens. Pour d'autres, cette interprétation n'est pas légitime.

Dans les observations qui suivent nous éclairons le lecteur et le praticien sur les mérites de l'interprétation retenue par les décisions commentées, ainsi que sur les risques qu'elle comporte au vu de la jurisprudence de la Cour de cassation. Nous critiquons cette jurisprudence et demeurons convaincus du potentiel de l'article 1390, surtout depuis la réforme de 2018. Nous évoquerons brièvement les termes du débat en doctrine car nous avons déjà confronté les thèses en présence dans une étude approfondie<sup>(1)</sup>. Nous insisterons sur la jurisprudence et sur l'impact de la réforme de 2018, pour étayer notre approbation des décisions commentées, en droit comme en opportunité.

### 1. La doctrine: division

3. Un premier courant doctrinal<sup>(2)</sup> souligne qu'aux termes de l'article 1390 le régime légal est le droit commun des régimes matrimoniaux «à défaut de conven-

<sup>(1)</sup> Y.-H. LELEU, «L'article 1390 du Code civil: immanence et transcendance», in E. BEGUIN et J.-L. RENCHON (éds), *Liber amicorum Jean-François Taymans*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 239 et s.

<sup>(2)</sup> R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2018, p. 50, n° 86; R. BARBAIX et A.-L. VERBEKE, *Beginselen relatievermogensrecht*, Bruges, die Keure, 2012, p. 191, n° 402; H. CASMAN, «Ontbinding van het huwelijksstelsel van scheiding van goederen», in W. PINTENS, J. DU MONGH, Ch. DECLERCK (éds), *Patrimonium 2008*, Anvers/

tions particulières». Cela implique que le régime légal peut s'appliquer *mutatis mutandis* aux situations et besoins juridiques qui ne sont pas réglées par une convention particulière du contrat de mariage même si celui-ci porte une séparation de biens. En conséquence, et c'est l'intérêt de l'article 1390, l'on ne doit pas appliquer le droit commun (ex. art. 815) et l'on maintient les époux sous un régime matrimonial (ex. art. 1447). Cette interprétation se recommande de la portée générale de la disposition et de son texte non limitatif quant au contenu des contrats de mariage. Le caractère statutaire du régime légal le confirme : tout époux doit avoir un régime matrimonial, ce que n'est pas le droit commun des obligations et des contrats, inadapté aux relations de droit familial.

4. Selon un second courant doctrinal<sup>(3)</sup>, on ne peut imposer le régime légal comme droit commun qu'aux époux mariés *sans contrat* ou sous contrat de *communauté*. L'on insiste sur le respect de l'autonomie de la volonté et le risque de dénaturer le régime séparatiste qui emporte des conséquences liées à sa structure et son fonctionnement. Les époux qui choisissent un régime sans communauté, selon ce courant, concluent une « convention particulière » excluant les institutions communautaires. L'argument « *a rubrica* » est également avancé : les dispositions du chapitre II ne peuvent pas être appliquées à d'autres régimes qu'en communauté.

5. Nous demeurons critiques envers les arguments du second courant car ils limitent la portée de l'article 1390 et ne lui donnent pas d'autre effet que l'article 1451 qui comble par le régime légal les lacunes d'un contrat de mariage en communauté<sup>(4)</sup>. On priverait l'article 1390 de tout effet utile si la « convention particulière » visait le contrat séparatiste. L'article 1390 encadre l'autonomie de la volonté en général et doit donc pouvoir s'appliquer à tout régime conventionnel. Dans les contrats de mariage en séparation de biens, qui étaient très lacunaires, les époux ne définissent pas tous leurs rapports patrimoniaux, notamment ceux concernant la liquidation-partage. Mais ils ne choisissent pas non plus de soumettre ces rapports au droit commun. L'intérêt de l'article 1390 apparaît évident :

---

Oxford, Intersentia, 2008, p. 240, n° 10; W. DELVA, « De contractuele en de gerechtelijke scheiding van goederen », *T.P.R.*, 1978, p. 543, n° 31; N. GEELHAND, « Rareiteiten in succesieplanning-land », *T.E.P.*, 2009, pp. 82 et 83, n°s 90 et 91; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 359-362, n° 283 et « L'article 1390 du Code civil : immanence et transcendence », précité.

<sup>(3)</sup> En ce sens, notamment : Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, *Traité de droit civil belge*, t. IX., *Les régimes matrimoniaux*, vol. 1., *Théorie générale du contrat de mariage et régime légal*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 60-61, n° 22; L. RAUCENT, « Les sources du régime matrimonial », in Y.-H. LELEU et L. RAUCENT (dir.), « Les régimes matrimoniaux. 2. Contrat de mariage et modification du régime matrimonial », *Rep. not.*, t. V, I. II/2, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 447, n° 403. Implicitement : N. BAUGNIET, « Le renversement de la présomption de "comptes au jour le jour" entre époux séparés de biens », note sous Mons, 8 juin 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 755.

<sup>(4)</sup> Voy. à ce sujet Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 319, p. 397. Les travaux préparatoires, même anciens, n'apportent pas d'éclairage sur l'intention du législateur. L'article 1390 a eu pour fonction de rappeler que les époux doivent avoir un régime matrimonial, et le régime légal, parce qu'il fallait à l'époque reléguer le régime *dotal* au rang de régime d'exception (F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XXI, Bruxelles, Bruylant, 1876, p. 177, n° 149).

limiter au maximum l'intervention du droit commun dans le droit patrimonial des couples mariés, conformément à la volonté du législateur, car l'essence d'un régime matrimonial est d'adapter le droit commun aux relations de couple. C'est le régime matrimonial qui permet, en communauté, que soit sanctionné le recel, que soit évitée la vente publique, que soient contrôlés les manquements à la gestion, que les intérêts prennent cours sans mise en demeure, etc.

Rappelons que l'application de dispositions communautaires en régime séparatiste se fait par analogie et «*mutatis mutandis*» avec deux limites très importantes: 1. les «conventions particulières» du contrat priment; 2. l'*économie* du régime séparatiste doit être respectée<sup>(5)</sup>. La mise en œuvre de l'article 1390 ne dénaturera pas le contrat de mariage ni le régime séparatiste parce que dans tout contrat de séparation de biens il y a des «conventions particulières» sur ce que les époux ont voulu séparer (actif, passif, gestion)<sup>(6)</sup>. Par contre, rares sont les «conventions particulières» souscrites pour régler des problèmes liés aux situations de solidarité créées par les époux ou par la vie en couple (indivisions, mouvements entre les patrimoines,...).

## 2. La jurisprudence: dissidence

6. La Cour de cassation réserve l'attribution préférentielle aux époux mariés en communauté dans un premier arrêt du 24 février 2017, mais elle ne vise pas l'article 1390<sup>(7)</sup>.

Elle confirme sa jurisprudence dans un arrêt du 30 mars 2018: rejet du pourvoi contre un arrêt qui n'avait pas appliqué à des époux séparés de biens les articles 1436 et 1450 du régime légal relatifs aux intérêts sur récompenses et créances. Dans ce second arrêt, la Cour vise l'article 1390, mais n'en précise pas la portée. Elle refuse de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle pour une différence de traitement alléguée<sup>(8)</sup>.

---

<sup>(5)</sup> Pour plus de détails: Y.-H. LELEU, «L'article 1390 du Code civil: immanence et transcendance», précité, pp. 240-243, nos 3-6. L'*économie* d'un régime matrimonial se distingue de sa *base* (communautaire ou séparatiste). L'*économie* vise ses objectifs généraux et non ses caractéristiques techniques, et permet de concilier ce que les époux ont voulu implicitement avec ce qu'ils ont voulu expressément. En séparation de biens, la volonté *expresse* des époux est de ne pas communautariser les enrichissements de l'autre et leur volonté *implicite* mais certaine est de ne pas s'appauvrir. Or il est certain que des transferts de richesse peuvent s'opérer entre les patrimoines des époux, volontairement (indivisions) ou involontairement (créances), durant la vie commune. Ces transferts doivent être «démêlés» lors de la dissolution du régime. Quand on ne dispose pas de solution dans le contrat de mariage, ni dans les articles 1466 à 1469, l'article 1390 permet d'emprunter la solution au régime légal, le cas échéant adaptée à la base séparatiste du régime (*mutatis mutandis*).

<sup>(6)</sup> Y.-H. LELEU, «L'article 1390 du Code civil: immanence et transcendance», *op. cit.*, pp. 239 et s., spéc. p. 240, n° 1. Qualifier communs des acquêts serait contraire et à la base *et* à l'*économie* d'une séparation de biens. De plus, il y aurait une convention contraire: le choix de la base séparatiste *dans* le contrat de mariage.

<sup>(7)</sup> Cass., 24 février 2017, *T.E.P.*, 2018, p. 425, obs. V. MAUSSEN.

<sup>(8)</sup> Cass., 30 mars 2018, *R.A.B.G.*, 2019, p. 140, note A. RENIERS, *T. not.*, 2019, p. 119, note L. JANSSENS.

La Cour de cassation se fonde dans les deux arrêts principalement sur la localisation des dispositions litigieuses dans le chapitre II. Mais «*rubrica non fit lex*». De plus, si ces arrêts limitent la portée des articles de fond (art. 1446-1447, art. 1436), ils ne tranchent pas la question si le texte et l'esprit de l'article 1390 permettraient de dépasser l'argument «*a rubrica*».

7. Toujours sur la base de la localisation des textes légaux, mais conjuguée au respect de l'autonomie de la volonté, la Cour constitutionnelle, dans un arrêt n° 28/2013 du 7 mars 2013, a jugé non discriminatoire l'exclusivité de l'attribution préférentielle pour les époux communs en biens. La Cour ne voit pas de différenciation disproportionnée dans l'obligation de respecter le choix contractuel, même si cela emporte le risque de devoir appliquer le droit commun de la propriété (sortie d'indivision et vente publique: art. 815 anc.).

Cet arrêt a été critiqué car il fonde trop sa décision sur le choix du régime, donc l'autonomie de la volonté, alors qu'il est fort douteux que les couples séparatistes choisissent ce régime en pleine conscience des avantages et inconvénients respectifs de soumettre leur liquidation-partage au droit commun. Ont-ils tous bien pris le risque d'une vente publique du logement indivis? L'arrêt n° 28/2013 apporte toutefois des éléments très positifs comme un rappel des risques liés à la séparation de biens (B.6.2) et un encouragement au législateur de modifier la loi. Cet arrêt a ainsi motivé le législateur de 2018 à élargir l'attribution préférentielle (et le recel) et à aggraver le devoir de conseil des notaires sur les risques de la séparation de biens. Surtout la Cour qualifie de potentiellement «abusif» le droit de mettre en vente publique un bien indivis.

8. Les juges du fond ont largement suivi ce courant restrictif. La plupart des décisions retiennent aussi l'argument de la localisation des dispositions légales<sup>(9)</sup>.

Seul un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 16 octobre 2018<sup>(10)</sup> aborde de front la problématique de l'article 1390, dans une affaire où le logement dépendait d'une société d'acquêts<sup>(11)</sup>. La cour de Bruxelles justifie l'inapplicabilité de l'ar-

<sup>(9)</sup> Mons, 3 mai 1995, *J.T.*, 1996, 52 (rejet de la demande en raison de la nature du régime; rejet de l'application de l'ancien article 1469, al. 2 – autorisation du tribunal pour un rachat de part; Anvers, 14 janvier 2003, *R.G.D.C.*, 2005, p. 278 (rejet d'une demande d'attribution préférentielle via l'ancien article 1469, al. 2); Anvers, 27 mai 2015, *R.G.D.C.*, 2017, 57 (rejet d'une demande d'attribution préférentielle d'un bien *indivis* entre époux communs en biens, mais rejet de la vente publique dont la demande est jugée prématurée); Civ. Liège, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, 886 (le tribunal examine les arguments avancés par F. Deguel contre la solution retenue par la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 28/2013 mais se rallie à l'interprétation de la Cour; l'article 1390 n'est pas en débat; dans ses motifs, le tribunal examine néanmoins les critères d'attribution préférentielle pour juger qu'au fond elle ne pourrait être octroyée).

<sup>(10)</sup> Bruxelles (N), 16 octobre 2018, *T. not.*, 2018, 877, *T.E.P.*, 2019, 432.

<sup>(11)</sup> Dans le même sens: Gand, 2 avril 2015, *R.G.D.C.*, 2016, p. 88, note (critique) J. LARUELLE (rejet d'une demande d'application du compte de récompenses et de l'attribution préférentielle à un patrimoine commun interne adjoint à une séparation de biens; l'arrêt n'exclut pas l'application de principe du régime légal sur la base de l'article 1390 du Code civil, mais bien en l'espèce parce que le contrat contient une organisation du patrimoine commun interne); *contra*: Liège, 11 mars 2022, inédit, R.G. n° 2014/RG/584, p. 10 («... il peut être considéré en effet qu'en l'absence de disposition contractuelle, le mécanisme de l'attribution

ticle 1390 pour les raisons techniques évoquées ci-dessous, mais aussi par l'article 9 du contrat de mariage qui stipule qu'en cas de divorce, il y aurait un préciput du logement indivis au profit de l'épouse. Dans un tel cas, nous sommes aussi d'avis qu'une « clause particulière » empêche l'application du régime légal.

À l'inverse, la cour d'appel de Mons applique la sanction du recel de communauté et de succession à des biens d'une société d'acquêts (on n'ose imaginer l'impunité<sup>(12)</sup>), tandis que la cour d'appel de Bruxelles admet l'applicabilité du compte de récompenses en séparation de biens avec société d'acquêts<sup>(13)</sup>.

9. Retiennent surtout notre attention les décisions de fond qui se distancient expressément de la jurisprudence supérieure, car elles peuvent faire évoluer le droit dans cette problématique.

Le tribunal de Namur a rendu le 14 novembre 2016 un premier jugement favorable à l'attribution préférentielle en séparation de biens, alors en rupture avec l'arrêt n° 28/2013 de la Cour constitutionnelle<sup>(14)</sup>.

Ce tribunal confirme sa jurisprudence dans le jugement commenté du 24 juin 2020, en rupture avec l'arrêt de la Cour de cassation du 24 février 2017.

Dans la motivation du juge de Namur, on retrouve les arguments techniques. On y trouve aussi la critique de F. Deguel contre l'interprétation systémique : l'interprétation « *a rubrica* » n'est qu'une des méthodes d'interprétation et ne saurait éclipser celle basée sur l'objectif de la loi dans un cadre juridique et sociétal évolutif<sup>(15)</sup>. Le tribunal de Namur a surtout donné une place importante à l'équité dans l'application d'une institution dérogeant au droit commun précisément pour des

---

préférentielle s'applique à la résidence conjugale d'époux séparés de biens par application de l'article 1390 du Code civil (F. DEGUEL, « L'extension d'outils communautaires », in *La réforme des régimes matrimoniaux*, p. 162), et ce d'autant qu'en l'espèce l'immeuble fait partie d'une société d'acquêts. La nouvelle loi, non applicable à la cause, le prévoit d'ailleurs expressément (art. 1389/1, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.) »; Mons, 1<sup>er</sup> juin 2021, inédit, R.G. 2019/TF/459, p. 13 – attribution préférentielle autorisée pour un immeuble dépendant d'une société d'acquêts –.

<sup>(12)</sup> En ce sens : J.-L. RENCHON et E. GROSJEAN, « La détermination de la masse de partage », in *La liquidation des régimes matrimoniaux. Aspects théoriques et pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 40-41, n° 62 (inapplicabilité du recel aux biens indivis entre époux séparés de biens, mais aussi aux biens indivis entre époux communs en biens); *contra* : N. GEELHAND, « Rareiteiten in successieplanning-land », *T.E.P.*, 2009, pp. 82, n° 88; W. DELVA, « De conventionele huwelijksvermogensstelsels », *T.P.R.*, 1978, p. 505, n° 1 (le régime conventionnel doit stipuler les modalités de son partage sous peine d'être soumis à celles du régime légal).

<sup>(13)</sup> Bruxelles, 30 mars 2006, *J.T.*, 2007, 504, note Ph. PIRON; Mons, 23 décembre 2008, *J.T.*, 2009, 80, *Rev. not. b.*, 2009, 778, note; sur ces arrêts : Y.-H. LELEU et J. LARUELLE, « Examen de jurisprudence (2006-2017). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2018, pp. 476-477, n° 144-145.

<sup>(14)</sup> Trib. fam. Namur, 14 novembre 2016, *Rev. not. b.*, 2018, 790, note D. STERCKX, *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, 970.

<sup>(15)</sup> F. DEGUEL, note sous Cour const., arrêt n° 28/2013 du 7 mars 2013, *J.T.*, 2014, p. 173, n° 4. A.-L. Verbeke exprime aussi ses doutes envers cette méthode d'interprétation qu'il qualifie de « faible et insuffisante en principe », et considère que le législateur doit toujours être vigilant lors de la structuration des codifications pour « couper court » à ce genre d'argument (A.-L. VERBEKE, « Codificatie van ons familiaal vermogensrecht », *Doc. parl.*, Chambre, n° 1272/006, p. 252).

raisons d'équité familiale (« *au même titre que l'équité fonde l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause* »). Le juge privilégie à juste titre la protection des intérêts familiaux (le juge cite les intérêts de l'enfant commun par la préservation du cadre de vie) et les intérêts de chacun des ex-époux (protéger le cadre de vie et éviter les risques ou frais d'une mise en vente publique). Enfin le juge constate que l'attribution préférentielle ne change rien, hormis bien sûr l'attribution de l'immeuble à tel ex-époux, aux calculs des droits de chacun, et ne lèse donc personne.

La cour d'appel de Liège a validé ces raisonnements, ajoutant que sa décision est contraire à la jurisprudence de la Cour de cassation, mais que cet arrêt est critiqué, et que décider autrement est conforme à l'équité et aux intérêts prépondérants des parties. La cour ajoute, comme le tribunal, que le contrat de mariage n'exclut pas l'attribution préférentielle, sous-entendu ne contient pas de « convention particulière » au sens de l'article 1390 (au contraire de la situation visée par la cour d'appel de Bruxelles évoquée ci-dessus).

10. Nous pensons que la cour de Liège a bien jugé puisqu'en l'espèce, malgré l'annonce claire aux parties d'une dissidence, aucun pourvoi en cassation ne s'en est suivi à notre connaissance. Cela donne à l'arrêt le statut de jurisprudence définitive, et ouvre des perspectives aux plaideurs pour privilégier la solution du conflit à la dispute sur les normes.

Faut-il s'étonner de cette « fronde » ? Pas à notre avis, car la loi a changé et l'esprit du législateur n'est plus au cloisonnement mais à la transversalité. La réforme de 2018 s'apprêtait d'ailleurs à aller plus loin qu'elle n'a fait sur la communautarisation des régimes séparatistes. L'évolution de la jurisprudence est également frappante dans sa transition d'une attitude légaliste vers une ouverture à la proportionnalité et à l'adaptation du droit commun quand il a des effets injustes. Les arrêts de la Cour de cassation sont antérieurs à la réforme, tandis que celui de la Cour constitutionnelle a été rendu sur le fil, avec de sérieuses réserves dans les motifs.

Ajoutons qu'aucune des cours supérieures ne tranche des enjeux financiers majeurs ou des injustices moralement inacceptables – la vente publique entraîne des charges, mais beaucoup moins de troubles qu'un recel de bien indivis. Le préjudice causé aux couples par l'approche trop légaliste à nos yeux est donc relativement limité. Si l'enjeu devait être, par exemple, l'impunité d'un recel, nous pensons que la Cour de cassation pourrait être sensible aux conséquences d'un arrêt faisant primer le respect de la loi sur la nécessité d'une sanction.

### 3. La législation : réforme

11. La loi a évolué depuis les arrêts des deux cours supérieures. La réforme du 22 juillet 2018 a révisé leur jurisprudence et accordé l'attribution préférentielle et le recel à tous les époux. Les anciens articles 1446-1447 et 1448 figurent maintenant dans les dispositions applicables à tous les régimes (art. 1387 et s.)<sup>(16)</sup>.

---

<sup>(16)</sup> F. DEGUEL, « L'extension des outils communautaires », in *La réforme du droit des régimes matrimoniaux. Loi du 22 juillet 2018*, Y.-H. LELEU (coord.), Bruxelles, Larcier, 2018 pp. 157-178.

On dira peut-être que l'intervention du législateur valide le courant restrictif<sup>(17)</sup>. Nous pensons au contraire que la réforme a « fait sienne » l'interprétation large<sup>(18)</sup>. Les travaux préparatoires de la loi du 22 juillet 2018 évoquent à peine la controverse<sup>(19)</sup>, mais indiquent que l'extension intervient « dès lors » que la doctrine plaide *de lege lata* en ce sens<sup>(20)</sup>. L'article 1390 est quant à lui resté intact. Cela justifie qu'on lui reconnaisse un effet utile.

L'article 1390 conserve donc un potentiel d'élargissement d'autres institutions du régime légal.

12. Nul ne conteste que certaines dispositions relatives à la liquidation-partage en régime légal sont applicables en séparation de biens (art. 1427 et s., caducité des avantages matrimoniaux, application de règles relatives aux successions,...). La raison de les appliquer est l'article 1390 en l'absence de conventions particulières<sup>(21)</sup>.

13. Des règles du régime de communauté s'appliquent aussi aux patrimoines adjoints au régime de séparation de biens, si ceux-ci ont une affectation particulière (et ne sont pas de simples indivisions), et s'ils ne sont pas entièrement réglementés dans le contrat, ce qui est rarement le cas<sup>(22)</sup>. À nouveau l'article 1390 justifie cette transposition.

14. L'application par analogie de la théorie des avantages matrimoniaux en régime de séparation de biens est une autre conséquence de l'article 1390. Personne ne la contestait avant la réforme de 2018 pour les séparations *communautarisées* (communauté d'acquêts, clause de participation aux acquêts). Pourtant aucune loi ne le prescrivait, si ce n'est l'article 1390. À défaut de conventions particulières, très rares dans les contrats (forcément) séparatistes, les articles 1458, 1464, 1465 du régime légal priment sur le droit des libéralités et de la réserve héréditaire. Le régime séparatiste n'en ressort pas communautarisé puisqu'il ne s'agit pas de régler les conséquences entre époux d'un divorce, mais le traitement successoral des avantages que se consentent les époux. L'économie du régime est respectée : les époux séparés de biens ont le droit, tout comme les époux communs en biens, de s'attribuer leurs acquêts, des biens résultant de leur collaboration économique, sans critique des enfants, sauf si les plafonds des articles 1458, alinéa 2, 1464, alinéa 2 ou 1465 sont dépassés.

<sup>(17)</sup> Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, *Traité de droit civil belge*, t. IX., *Les régimes matrimoniaux*, vol. 1., *Théorie générale du contrat de mariage et régime légal*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 62, n° 22.

<sup>(18)</sup> Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 361, n° 283 ; L. STERCKX, note sous Trib. fam. Namur, 14 novembre 2016, *Rev. not. b.*, 2018, p. 790.

<sup>(19)</sup> *Doc. parl.*, Chambre, n° 54 2848/001, pp. 39-40.

<sup>(20)</sup> *Doc. parl.*, Chambre, n° 54 2848/001, p. 22.

<sup>(21)</sup> H. CASMAN, « Ontbinding van het huwelijksstelsel van scheiding van goederen », in W. PINTENS, J. DU MONGH et Ch. DECLERCK (éds), *Patrimonium 2008*, Anvers/Oxford, Intersentia, 2008, p. 240, n° 10 ; W. DELVA, « De contractuele en de gerechtelijke scheiding van goederen », *T.P.R.*, 1978, p. 543, n° 31 ; J. GERLO, *Huwelijksvermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2004, p. 308, n° 593.

<sup>(22)</sup> J. LARUELLE, note précitée sous Gand, 2 avril 2015, *R.G.D.C.*, 2016, p. 90, n° 6.

En 2018, la réforme a généralisé l'application par analogie de la théorie des avantages matrimoniaux à toute séparation de biens, même pure et simple (art. 1469, § 1<sup>er</sup>, al. 4). Plusieurs auteurs s'interrogent sur la manière de pratiquer l'analogie si les avantages matrimoniaux portent sur des biens *indivis* ou même *personnels*. L'article 1390 demeure utile et permettrait de dépasser les controverses. Selon nous, l'application de la théorie des avantages matrimoniaux en séparation de biens doit se faire *mutatis mutandis* «comme en communauté» sauf «convention particulière». Le principe méthodologique serait donc de vérifier si le conjoint survivant ne recueille pas plus que la valeur de tous les acquêts s'il y a des enfants communs (plafonds des articles 1458, al. 2 et 1464, al. 2), ou pas plus que la valeur de la moitié des acquêts s'il y a des enfants non communs (plafond de l'article 1465). Le législateur aurait pu trancher cette controverse lors de la coordination du nouveau Code civil (loi du 13 janvier 2022), mais ne l'a pas fait en raison des dissensions en doctrine<sup>(23)</sup>.

\*  
\* \*

15. L'interprétation de l'article 1390 préconisée par la cour de Liège et du tribunal de Namur conserve un intérêt pour des extensions de dispositions communautaires utiles aux couples en rupture. Elle est affaiblie par l'arrêt de la Cour de cassation du 30 mars 2018 qui cite l'article 1390. Mais si les juges du fond expriment leur désapprobation et développent une jurisprudence dissidente, cela peut décourager les recours et les pourvois pour installer une autre jurisprudence. La réforme de 2018 est intervenue après les arrêts des cours supérieures et pourrait aussi inspirer la jurisprudence statuant encore sur des affaires antérieures.

16. Les époux séparatistes renoncent au début de leur mariage à toute solidarité, à supposer qu'ils en aient été parfaitement conscients. Mais ils sont dépourvus de protection juridique quand leur couple a vécu des situations communautaires ou créé des besoins de solidarité (indivision, patrimoines adjoints, avantages au survivant, collaborations professionnelles, mélanges de patrimoines, ...). Si des conflits surgissent dans la liquidation à propos de ces situations, nous contestons le postulat que ces couples ont choisi, pour régler ces conflits, le droit commun des obligations et de la propriété, plutôt que le droit commun des régimes matrimoniaux. Or l'article 1390 énonce que le droit commun des régimes matrimoniaux est le régime légal.

Yves-Henri LELEU

*Doyen de la Faculté de droit de l'Université de Liège,  
chargé de cours à l'ULB, avocat*

<sup>(23)</sup> Pour les thèses en présence: H. CASMAN et A.-L. VERBEKE, «Les avantages matrimoniaux dans un régime de séparations de biens», *Rev. not. b.*, 2020, p. 570; J.-F. TAYMANS et F. TAINMONT, «Avantages matrimoniaux et séparation des biens: une autre interprétation de l'article 1469, § 1<sup>er</sup>, 4<sup>e</sup> alinéa du Code civil», *Rev. not. b.*, 2020, p. 859; A.-Ch. VAN GYSEL, «Le conjoint et le cohabitant légal survivant», in P. MOREAU (dir.), *La réforme du droit des successions, Actes du XV<sup>e</sup> colloque de l'Association «Famille & Droit»*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 419 et s.