

Le droit patrimonial des couples

Yves-Henri LELEU

François DEGUEL

Evelyne LANGENAKEN

Julie LARUELLE

Sophie LOUIS

Laura ROUSSEAU

Unité de droit familial de l'Université de Liège

Chapitre 1.

Le régime matrimonial primaire

Section 1. Devoir de secours entre époux (art. 213)

1. Frais funéraires (non)

Dans un arrêt du 30 janvier 2009 (Bruxelles, 30 janvier 2009, R.G.D.C., 2011, p. 76), la cour d'appel de Bruxelles considère, à raison, que l'obligation de supporter les frais funéraires ne relève pas du devoir de secours imposé par l'article 213 du Code civil. Cette obligation s'éteint en effet à la fin du mariage, et donc, notamment, lors du décès de l'un des conjoints¹. Le paiement de ces frais incombe par conséquent à la succession de l'époux prédece².

L. R.

2. Faillite

Dans le cadre de son activité professionnelle, un commerçant, marié sous le régime de la séparation de biens, contracte plusieurs dettes pour lesquelles son épouse se porte caution. Confrontée aux créanciers de son conjoint, déclaré en faillite, Madame sollicite la décharge de ses obligations. Le tribunal de commerce d'Hasselt refuse de faire droit à cette demande (Comm. Hasselt, 5 octobre 2006, *L.R.L.*, 2008, p. 68, note B. WINDEY).

Depuis leur modification par la loi du 20 juillet 2005, les articles 73 et 80, alinéa 3, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites permettent la libération des personnes qui, *à titre gratuit*, se sont constituées sûretés personnelles du failli³. Bien que la « gratuité de la caution » ne fasse l'objet d'aucune définition légale, il existe un large consensus quant au sens à donner à cette expression. Les travaux préparatoires de la loi du 20 juillet 2005⁴, ainsi que la doctrine⁵ et la jurisprudence⁶

¹ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 364, n° 350.

² Par cet arrêt, la cour d'appel de Bruxelles semble revenir sur sa jurisprudence antérieure ; voy. Bruxelles, 26 avril 2005, *J.T.*, 2005, p. 455.

³ A ce sujet, voy. not. T. et P. CAVENAILE, « La décharge de la caution dans la loi du 8 août 1997 sur les faillites telle que modifiée par la loi du 20 juillet 2005 », note sous Liège, 4 octobre 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 770 ; M. VANMEENEN et B. WINDEY, « De verschoonbaarheid en de bevrijding van de persoonlijke zekerheidssteller : nieuwe regels, nieuwe zorgen », in *Insolventierecht*, H. COUSY et E. DIRIX (éds.), Burges, La Charte, p. 7.

⁴ Exposé des motifs, *Doc. Parl. Ch. repr. sess. 2004-05, 1811/001*, 5, reproduit dans l'exposé introductif de Mme. L. Onkelinx, *Doc. Parl. Ch. repr. sess. 2004-05, 1811/007*, 3 ; *adde*. A. DE WILDE, « Verschoonbaarheid en bevrijding in de faillissementswet : een schone lei voor de wetgever ? », *R.W.*, 2005-06, p. 603, n° 6.

⁵ T. et P. CAVENAILE, note précitée, *J.L.M.B.*, 2006, p. 772 ; P. MOREAU, « La loi du 20 juillet 2005 et la décharge des personnes qui se sont constituées sûreté personnelle. Nouvelles interrogations ? », *R.G.D.C.*, 2006, p. 155, n° 3.

majoritaires, préconisent en effet de se reporter à la définition donnée par la Cour constitutionnelle dans l'arrêt qui a poussé à l'adoption des nouvelles dispositions légales⁷. Ainsi, « *la nature gratuite de la caution porte sur l'absence de tout avantage, tant direct qu'indirect, que la caution peut obtenir grâce au cautionnement* »⁸.

Se référant à cette définition, le tribunal de commerce d'Hasselt estime, dans la décision commentée, que le cautionnement d'un époux pour son conjoint *n'est jamais gratuit*. En effet, en raison du devoir de secours qui existe entre les personnes mariées, un conjoint a toujours un intérêt à soutenir les activités de son époux pour permettre à celui-ci d'en retirer des revenus. Le fait que le couple ait opté pour le régime de la séparation de biens est indifférent à cet égard, puisque l'article 213 du Code civil fait partie du régime matrimonial primaire. L'article 221 du Code civil le confirmerait.

Cette position est partagée par une grande partie de la jurisprudence⁹.

L. R.

Section 2. Protection du logement familial (art. 215)

§1. Logement familial en propriété

3. Incidence de la séparation de fait

L'article 215 du Code civil confère une protection à l'immeuble et aux meubles meublants qui constituent le cadre de vie familial. Conformément à cette disposition, ces biens sont soustraits aux règles de gestion du régime matrimonial secondaire pour être soumis à un système proche de la gestion conjointe.

⁶ Voy. not. Cass., 26 juin 2008, *Pas.*, 2008, 1685, *Rev. Dr. ULg*, 2009, p. 273, *Rev. prat. soc.*, 2008, p. 84, concl. A. VAN INGELGEM, note W. DERIJCCKE, *R.W.*, 2008-09, p. 365, note P. COUSSEMENT, *R.G.D.C.*, 2008, p. 476, note B. VAN BAEVEGHEM, *R.D.C.*, 2008, 728, note ; Cass., 26 juin 2008 également, *Pas.*, 2008, p. 1682, *J.L.M.B.*, 2009, 720, note T. CAVENAILE, *Rev. Dr. ULg*, 2009, p. 275, *Rev. prat. soc.*, 2008, p. 84, concl. A. VAN INGELGEM, note W. DERIJCCKE, *R.W.*, 2008-09, p. 45 ; Cass., 14 novembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2549 ; Gand, 10 juin 2009, *DAOR*, 2010, p. 288, note S. WEYDTS ; Gand, 28 décembre 2009, *NjW*, 2010, p. 291, note B. MOUTON ; Liège, 15 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 350 ; Mons, 21 novembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 753 ; Anvers, 24 avril 2008, *R.D.C.*, 2008, p. 895 ; Comm. Termonde, 12 décembre 2005, *R.W.*, 2005-06, p. 953 ; Comm. Tongres, 1^{er} mars 2007, *R.W.*, 2007-08, p. 745, note.

⁷ C. Const., 30 juin 2004, n°114/2004, *M.B.*, 22 juillet 2004, 56922, *Arr. C.A.*, 2004, p. 1301, *J.T.*, 2005, p. 80, note P. HENRY et F. ABU DALU, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1309, note J. RENARD, *NjW*, 2004, p. 1382, note M. TISON, *R.W.*, 2004-05, p. 662, note M. VANMEENEN, *R.D.C.*, 2004, p. 884, note J. WINDEY et K. DRIESSEN.

⁸ Considérant B.5.4 de l'arrêt précité.

⁹ Voy. not. Liège, 14 octobre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 751 ; Anvers, 1^{er} juin 2006, *R.W.*, 2006-07, p. 1013. *Contra* Comm. Bruxelles, 29 septembre 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1625.

Si l'article 215, disposition du régime primaire, est destiné à s'appliquer tant que dure le mariage, la question du maintien de la protection qu'il prévoit en cas de séparation de fait des époux reste néanmoins controversée¹⁰.

Selon une tendance minoritaire¹¹ et critiquable, le régime matrimonial primaire est lié à l'état de mariage et doit être appliqué jusqu'à la dissolution de celui-ci ; la protection de l'article 215 du Code civil devrait par conséquent être accordée aux époux séparés de fait.

Un courant majoritaire¹² attache plus d'importance au contexte et estime, quant à lui, que la protection légale ne subsiste qu'à la condition que l'immeuble puisse encore être considéré comme le « logement principal de la famille », malgré la séparation. Ceci doit être vérifié au cas par cas, en tenant compte principalement de la durée de la séparation de fait et de son caractère organisé.

Dans un jugement du 26 mars 2009, le tribunal civil d'Anvers procède ainsi, et à raison, à une analyse *in concreto* de la situation des parties. Une épouse séparée de fait avait vendu seule un immeuble qui lui appartenait en propre. Son conjoint sollicitait la nullité de la vente au motif que cet immeuble constituait le logement principal de la famille et que son consentement était requis pour en disposer. Tenant compte, notamment, du fait que les parties étaient séparées de fait depuis environ un an et demi, qu'un juge de paix les avait autorisées à résider séparément et que l'époux entretenait une relation amoureuse avec une autre femme avec laquelle il habitait à l'étranger, le tribunal décide que l'immeuble de l'épouse ne constituait plus, lors de la vente, le logement principal de la famille. La protection de l'article 215 du Code civil n'était donc pas applicable et le consentement du mari n'était pas nécessaire pour procéder à la vente (Civ. Anvers, 26 mars 2009, R.A.B.G., 2009, p. 836, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 424, somm.).

L. R.

¹⁰ Cette problématique a également été abordée par E. LANGENAKEN, « Le droit patrimonial des couples. Le régime primaire », in *Chron. Not.*, vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 146, n° 1.

¹¹ V. ALLAERTS, « Primair huwelijksvermogensstelsel », *Patrimonium 2006*, W. PINTENS et J. DU MONGH (éds.), Anvers, Intersentia, 2006, p. 6, n° 8 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 15, n° 11 ; J.-L. RENCHON, « La jouissance du logement familial après la séparation du couple », in *Le logement familial*, Story-Scientia, 1999, p. 148, n° 17 ; M. VERWILGHEN, « La protection du logement familial », in *Les régimes matrimoniaux*, I, *Le régime primaire*, Rép. Not., L. RAUCENT et Y.-H. LELEU (éds.), t. V, l. II, Bruxelles, Larcier, éd. 2002, p. 248, n° 76, c). Applications : Civ. Arlon, 26 novembre 2003 et Liège, 27 avril 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1209, commentés par E. LANGENAKEN, in « Le droit patrimonial des couples. Le régime primaire », *Chron. Not.*, vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 146-147, n° 1.

¹² H. CASMAN, *Régimes matrimoniaux*, Malines, Kluwer, feuillets mobiles, I.4 – 5 et 6 ; E. de WILDE d'ESTMAEL, « Vingt ans d'application des articles 215, 218, 220, 222 et 224 du Code civil », R.G.D.C., 1996, p. 414 ; Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997-2005) », R.C.J.B., 2006, p. 783, n° 2.

4. Autorisation du tribunal de vendre l'immeuble servant au logement de la famille – Compétence (art. 215, § 1^{er}, al. 3, du Code civil et art. 1253^{ter} et s., du Code judiciaire)

Les demandes des époux relatives à leurs droits et devoirs respectifs et à leur régime matrimonial sont soumises à une procédure particulière, régie par les articles 1253^{ter} et suivants du Code judiciaire.

Les litiges fondés sur l'article 215, § 1^{er}, du Code civil ressortissent à la compétence du tribunal de première instance ou, en cas d'urgence, à celle de son président. Dans ce dernier cas, le président exerce un pouvoir juridictionnel *définitif*, expressément prévu par le Code judiciaire et différent de sa compétence de droit commun en référé¹³. Il ne pourrait d'ailleurs en être autrement : lorsqu'il se prononce sur une demande d'autorisation d'aliénation du logement principal de la famille, le président du tribunal de première instance prend inévitablement une décision « irréversible ».

C'est dès lors à juste titre que le président du tribunal de première instance de Termonde, saisi en référé de droit commun – art. 584 du Code judiciaire – d'un différend de ce type, a décidé¹⁴ que la demande qui lui était soumise appelait une décision de fond qui ne peut intervenir dans le cadre du référé ordinaire (Civ. Termonde (réf.), 23 juillet 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 423, somm., *T.G.R. – T.W.V.R.*, 2009, p. 9).

On rappellera que, dès l'introduction d'une demande en divorce, le président du tribunal de première instance connaît des mesures urgentes et provisoires relatives aux biens des époux, conformément à l'article 1280 du Code judiciaire. La question de savoir si le président du tribunal, saisi sur cette base, est compétent pour autoriser la vente de l'immeuble familial par un époux seul est controversée.

La doctrine¹⁵ et la jurisprudence¹⁶ considèrent traditionnellement que la compétence présidentielle fondée sur l'article 1280 du Code judiciaire n'excède pas le domaine du provisoire et doit être distinguée des attributions que confère l'article 215, § 1^{er}, alinéa 3, du Code civil. Saisi d'une demande de mesures urgentes et provisoires dans le cadre d'une procédure en divorce, le président du tribunal ne peut donc pas autoriser la vente du logement de la famille, puisqu'une telle décision est nécessairement définitive.

¹³ H. CASMAN, *Régimes matrimoniaux*, Malines, Kluwer, feuillets mobiles, VI.1. – 6 ; Ch. PANIER, « Le régime primaire – Aspects judiciaires », *Ann. dr.*, 1977, p. 69 et s. ; L. RAUCENT et Y.-H. LELEU, « Caractères généraux du régime primaire. Capacité d'exercice des époux. Procédure », *Rép. Not.*, t. V, l. II, éd. 2002, p. 222, n° 31 ; P. SENAEVE, *Handboek van familieprocesrecht*, Leven, Acco, 1986, p. 44 et 45, n° 30 ; K. UYTTERHOEVEN, « De machtiging tot verkoop van de gezinswoning als voorlopige maatregel tijdens de echtscheidingsprocedure », note sous Bruxelles, 23 mars 2000, *E.J.*, 2002, p. 126, n° 3 ; E. VIEUJEAN, « Le contentieux de l'autorisation et de l'annulation pendant le mariage », *Rev. Dr. ULg*, 2007, p. 461, n° 20.

¹⁴ Implicitement, mais certainement.

¹⁵ Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997-2005) », *R.C.J.B.*, 2006, p. 788-789, n° 5 ; E. VIEUJEAN, « Le contentieux de l'autorisation et de l'annulation pendant le mariage », *Rev. Dr. ULg*, 2007, p. 461, n° 20.

¹⁶ Voy. Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1982-1996). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 1998, p. 64, n° 8.

Une nouvelle tendance¹⁷ – critiquable – estime au contraire que, dès l'introduction de la demande en divorce, toutes les règles de compétence relatives au régime matrimonial des époux, à l'exception de celles de compétence exclusive, sont écartées au profit de celle de la compétence du président, saisi sur la base de l'article 1280 du Code judiciaire. Cette disposition légale investirait donc le président d'une compétence de *fond*, qui se justifierait, notamment, par un argument d'économie procédurale.

L. R.

§2. *Logement familial pris à bail*

5. Application de l'article 215, § 2, du Code civil aux baux contractés par les deux époux ?

L'article 215, § 2, alinéa 1^{er}, du Code civil énonce que le bail du logement principal de la famille appartient conjointement aux époux, même lorsqu'il a été contracté par l'un d'eux avant le mariage. Le deuxième alinéa de cette disposition exige dès lors que les congés, notifications et exploits relatifs au bail soient adressés aux deux époux ou émanent de tous deux.

Cette protection du droit au bail du logement familial s'applique-t-elle également aux baux contractés par les deux époux *ensemble*? Cette question a nourri bien des débats et suscite encore de larges hésitations dans la pratique d'aujourd'hui.

Une partie de la doctrine¹⁸ et de la jurisprudence¹⁹ prescrit une interprétation littérale de l'article 215 du Code civil – disposition dérogatoire au droit commun – et refuse d'en accorder le bénéfice aux baux conclus conjointement par les époux.

Un autre courant²⁰ considère au contraire que la protection est applicable dans tous les cas ; ces auteurs fondent leur position sur la *ratio legis* de l'article 215, lequel vise à protéger chacun des époux contre les actes posés par l'autre et qui seraient susceptibles de mettre en péril le cadre de vie de la famille.

¹⁷ J.-L. RENCHON, « Les mesures provisoires relatives aux biens des époux », *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 491-492 ; Bruxelles, 23 mars 2000, *E.J.*, 2002, p. 124 et la note (approbative) de K. UYTTERHOEVEN.

¹⁸ Voy. not. G. BAETEMAN, « De bescherming van de gezinswoning », *T.P.R.*, 1985, p. 395, n° 11 ; G. BAETEMAN, H. CASMAN et J. GERLO, « Overzicht van rechtspraak. Huwelijksvermogensrecht (1989-1995) », *T.P.R.*, 1996, p. 154, n° 15 ; E. de WILDE d'ESTMAEL, « Vingt ans d'application des articles 215, 218, 220, 222 et 224 du Code civil », *R.G.D.C.*, 1996, p. 409-410 ; J. GERLO, *Huwelijksvermogensrecht*, Bruges, La Charte, 2001, p. 51, n° 82 ; Y. MERCHIERS, « Incidences de certains aspects des relations familiales sur le bail de résidence principale », *Rép. Not.*, t. VIII, l. III, éd. 2010, p. 238, n° 344.

¹⁹ J.P. Ninove, 17 janvier 1990, *R.W.*, 1990-91, p. 1205 ; Civ. Verviers, 3 novembre 1993, *Rev. not. b.*, 1994, p. 119.

²⁰ Voy. not. G. BAETEMAN et H. CASMAN, qui sont progressivement revenus sur leur position initiale : G. BAETEMAN, « De huurbescherming in het huwelijks- en samenlevingsrecht », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylants, 2002, p. 357-358, n° 8 ; H. CASMAN, *Les régimes matrimoniaux*, Malines, Kluwer, feuillets mobiles, I.4. – 14. En ce sens également : Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997-2005) », *R.C.J.B.*, 2006, p. 791, n° 8 ; K. PITEUS, note sous J.P. Aarschot, 16 décembre 2005 et 20 janvier 2006, *Huur*, 2006, p. 158, n° 9.

Le juge de paix de Westerlo s'est récemment rallié à cette deuxième tendance en affirmant, à juste titre selon nous, que la protection légale de l'article 215, § 2, du Code civil s'applique tant aux baux conclus par un époux seul qu'à ceux que les époux contractent ensemble (J.P. Westerlo, 8 janvier 2007, *Huur*, 2008, p. 83, *R.W.*, 2008-09, p. 1572, *J.J.P.*, 2009, p. 46, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 952, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 424)²¹.

L. R.

6. Congé adressé aux époux par une seule lettre recommandée

Locataires de l'immeuble servant au logement principal de la famille, deux époux se voient notifier un congé par les propriétaires du bien. La lettre recommandée, unique, est adressée à leurs deux noms. Le couple refuse de quitter les lieux, au motif que la notification du congé ne satisfait pas au prescrit de l'article 215, § 2, du Code civil.

Après avoir décidé que cette disposition légale s'applique aux baux conclus par les deux époux ensemble (*supra*, n° 5), le juge de paix de Westerlo valide la résiliation du bail. S'il est vrai que l'article 215, § 2, du Code civil, lu formellement, impose que le congé soit adressé séparément à chacun des époux, le juge estime néanmoins que les locataires ne peuvent remettre en cause la résiliation du bail lorsque l'envoi recommandé notifiant le congé a été signé pour réception par chacun des conjoints, comme c'est le cas en l'espèce. L'on peut en effet considérer, dans ces circonstances, que tous deux ont pris connaissance de la résiliation du bail ; la protection poursuivie par l'article 215 du Code civil est donc atteinte (J.P. Westerlo, 8 janvier 2007, *Huur*, 2008, p. 83, *R.W.*, 2008-09, p. 1572, *J.J.P.*, 2009, p. 46, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 952, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 424).

Le juge de paix de Westerlo s'était déjà prononcé en ce sens dans un jugement du 23 octobre 2006 (J.P. Westerlo, 23 octobre 2006, *Huur*, 2008, p. 82).

Sa position est conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation²².

L. R.

§3. Le mobilier

7. Œuvres d'art et collections

Par contrat signé le 25 février 2004, un collectionneur procède à la vente de plusieurs œuvres d'art qu'il a en sa possession. Son épouse, qui estime que cet acte nécessitait son consentement conformément à l'article 215, § 1^{er}, alinéa 2, du Code civil, invoque la nullité de l'opération.

²¹ Ce jugement est plus largement commenté *infra*, n° 6.

²² Cass., 22 mars 1991, *Bull.*, 1991, p. 693, *Par.*, 1991, I, p. 693, *R.W.*, 1991-92, p. 846, note, *T. Not.*, 1992, p. 274. Voy. à ce sujet Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylants, 2008, p. 18, n° 15 ; Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997-2005) », *R.C.J.B.*, 2006, p. 792-793, n° 9.

L'article 215, § 1^{er}, alinéa 2, du Code civil confère la même protection aux meubles meublants qui garnissent le logement familial qu'à l'immeuble lui-même. Les termes « meubles meublants » contenus dans cette disposition s'entendent cependant dans un sens spécifique : ils ne visent que les meubles qui font partie du « cadre de vie normal » des époux²³. Il s'agit là d'une question de fait qui devra être appréciée au cas par cas.

Le sort des collections a toutefois été tranché de façon très claire dans les travaux préparatoires²⁴ : quels que soient les objets sur lesquelles elles portent, les collections sont expressément exclues de la notion de « meubles meublants ».

C'est dès lors à juste titre que la cour d'appel de Gand, appelée à se prononcer dans le cadre du litige exposé plus haut, refuse d'invalider la vente conclue par le mari ; les œuvres vendues ne constituent pas des « meubles meublants » au sens de l'article 215 du Code civil, le consentement de l'épouse n'était pas nécessaire pour qu'il puisse en disposer (Gand, 17 septembre 2008, *T.G.R.*, 2009, p. 104, note, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 423, somm.).

L. R.

Section 3. Dettes contractées pour les besoins du ménage et l'éducation des enfants (art. 222)

8. Dettes donnant lieu à solidarité. Dettes fiscales

Un couple marié sous le régime légal se sépare – de fait – le 14 décembre 2004. L'épouse est admise en règlement collectif de dettes en 2006. Le médiateur de dettes chargé d'apurer sa situation dépose, en 2007, une requête en homologation d'un plan de règlement amiable. Il est proposé, dans ce plan, de diviser en deux les dettes fiscales des époux – qui constituent des dettes communes – de manière à ce que chacun devienne seul débiteur de la moitié.

L'Administration fiscale s'oppose à cette division et rappelle qu'une solidarité passive lie les conjoints relativement aux dettes d'impôts (art. 394, CIR/92). Elle entend dès lors pouvoir recouvrer, tant à charge de Monsieur qu'à charge de Madame, les sommes dont les époux restent redevables à son égard au titre de l'impôt des personnes physiques et de la taxe de circulation. L'Administration interjette donc appel du jugement homologuant le plan de règlement amiable.

Saisie du litige, la cour d'appel de Gand décide que l'article 394 du Code des impôts sur les revenus ne concerne que les sommes dues par les époux au titre de l'impôt sur les revenus. Le fisc ne peut dès lors pas s'appuyer sur cette disposition pour obtenir le paiement solidaire de la taxe de circulation afférente à la voiture familiale, qui restait impayée pour l'année 2003.

²³ H. CASMAN, *Régimes matrimoniaux*, Malines, Kluwer, feuillets mobiles, I.4 – 6 et 7 ; J. HAMBYE, *Doc. Sénat*, session 1975-1976, Rapport n° 683-2 du 25 novembre 1975, p. 9 et 10 ; J. HAMBYE, « Régimes matrimoniaux – La réforme de 1976 », *Rép. Not.*, t. V, l. II, éd. 1980 (mise à jour P.-E. DE FAYS), p. 55, n° 13 ; M. VERWILGHEN, « La protection du logement familial », in *Les régimes matrimoniaux*, I, *Le régime primaire*, *Rép. Not.*, L. RAUCENT et Y.-H. LELEU (éds.), t. V, l. II, Bruxelles, Larcier, éd. 2002, p. 262-263, n° 96, b).

²⁴ J. HAMBYE, *Doc. Sénat*, session 1975-1976, Rapport n° 683-2 du 25 novembre 1975, p. 9 et 10.

La cour accepte néanmoins qu'une autre disposition légale, l'article 222 du Code civil, puisse fonder la solidarité passive des conjoints pour le paiement de cette taxe de circulation. D'après cette disposition, toute dette contractée par l'un des époux pour les besoins du ménage et l'éducation des enfants oblige solidairement l'autre époux, si elle n'est pas excessive eu égard aux ressources du ménage²⁵. La cour d'appel de Gand estime la taxe de circulation impayée en l'espèce est bien une dette contractée pour les besoins du ménage, puisqu'elle frappe la voiture familiale²⁶.

Néanmoins, précise la cour, la solidarité passive instaurée par l'article 222 du Code civil suppose l'existence d'un ménage et ne peut en principe être invoquée en cas de séparation de fait. Il en résulte, en l'espèce, que l'Administration fiscale ne pourra réclamer le paiement de la taxe à Monsieur et à Madame que pour les périodes imposables *antérieures à la séparation de fait* (Gand, 8 janvier 2008, *NjW*, 2008, p. 742, note S. DE RAEDT).

Cette décision est conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'incidence de la séparation de fait sur la solidarité instaurée par l'article 222 du Code civil – voyez *infra*, n° 12.

L. R.

9. (suite). Dettes professionnelles (non)

Dans une affaire soumise à la cour d'appel de Gand (Gand, 5 septembre 2007, *NjW*, 2008, p. 225, note G. VERSCHELDEN), un époux avait contracté un emprunt en agissant « en tant qu'actionnaire de la S.P.R.L. O. ». Le bailleur des fonds soutenait toutefois que l'argent avait été remis au mari pour faire face aux besoins de son ménage et que la dette issue du contrat de prêt engageait solidairement les deux époux, conformément à l'article 222 du Code civil.

²⁵ Voy. à ce sujet V. ALLAERTS, « Primair huwelijksvermogensstelsel », *Patrimonium* 2006, W. PINTENS et J. DU MONGH (éds.), Anvers, Intersentia, 2006, p. 6, n° 9 ; du même auteur, « Primair huwelijksvermogensstelsel », *Patrimonium* 2007, W. PINTENS et J. DU MONGH (éds.), Anvers, Intersentia, 2007, p. 7, n° 4 ; G. BAETEMAN, J. GERLO et W. PINTENS, « Overzicht van rechtspraak. Huwelijksvermogensrecht (1996-2002) », *T.P.R.*, 2003, p. 1185, n° 39 ; E. BEGUIN, « Les dettes de ménage et l'éducation des enfants », *Rép. Not.*, t. V, l. II, éd. 2002, p. 373, n° 273 ; H. CASMAN, *Régimes matrimoniaux*, Malines, Kluwer, feuillets mobiles, I.11. – 1 à 8 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 39, n° 38 ; Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997-2005) », *R.C.J.B.*, 2006, p. 795, n° 12 ; E. VIEUJEAN, « Vous avez dit ménage ? », in *Liber amicorum Paul Delnoy*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 569.

²⁶ Il faut souligner que le terme « contractée » qui figure dans l'article 222 du Code civil doit être entendu au sens large. La solidarité ne concerne pas seulement les dettes conventionnellement souscrites par les époux ; elle vise également les dettes qui leur sont imposées par la loi (Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997-2005) », *R.C.J.B.*, 2006, p. 797-798, n° 12). C'est dès lors à juste titre que, dans l'arrêt commenté, la cour d'appel de Gand a appliqué cette disposition légale à une dette d'impôt impayée. Dans le même sens, voy. Civ. Huy, 6 février 2002, *R.R.D.*, 2002, p. 57.

Ce raisonnement n'a pas convaincu pas la cour d'appel de Gand, qui a estimé que la mention « agissant en tant qu'actionnaire de la S.P.R.L. O. », expressément inscrite dans l'acte de prêt, faisait à tout le moins présumer que l'emprunt avait été conclu par l'époux dans le cadre de son activité professionnelle. La dette qui en découle ne peut donc pas être considérée comme ayant été contractée pour les besoins de son ménage.

L. R.

10. (suite). Frais de soins de santé

Les frais médicaux exposés par l'un des époux font partie des dettes contractées pour les besoins du ménage et donnent lieu à la solidarité passive prévue par l'article 222 du Code civil (J.P. Charleroi, 8 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2011, p. 379, somm., note Y.-H. LELEU)²⁷.

L. R.

11. (suite). Bail

Dans un jugement du 16 mai 2006 (J.P. Wavre, 16 mai 2006, *J.J.P.*, 2010, p. 325), le juge de paix de Wavre considère que l'affection d'un immeuble pris en location à la résidence de la famille donne aux obligations nées du bail, la nature de dettes contractées pour les besoins du ménage. Par conséquent, le bailleur est autorisé à poursuivre à charge de chaque époux l'exécution des dettes locatives – et notamment celles afférentes aux dégâts locatifs. Cette solidarité ne résulte pas de l'article 215 du Code civil, mais bien de l'article 222 du même Code.

Cette décision est conforme à l'opinion des auteurs²⁸.

L. R.

12. Incidence de la séparation de fait. Connaissance de la séparation par le tiers contractant

1. L'incidence de la séparation de fait sur la solidarité ménagère de l'article 222 du Code civil a longtemps fait l'objet d'une vaste controverse, déjà abordée dans une précédente Chronique²⁹.

²⁷ A ce sujet également : E. BEGUIN, « Les dettes de ménage et l'éducation des enfants », *Rép. Not.*, t. V, l. II, éd. 2002, p. 376, n° 276, c) ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 40, n° 38 ; Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997-2005) », *R.C.J.B.*, 2006, p. 790, n° 7 et p. 795, n° 12 ; E. VAN ROYEN, « De toepassing van de primaire verplichting tot hoofdelijke gehoudenheid van de echtgenoten voor huishoudelijke schulden in tijden van echtelijke moeilijkheden », note sous Cass., 7 janvier 2008, *T. Fam.*, 2009, p. 58, n° 3.

²⁸ E. BEGUIN, « Les dettes de ménage et l'éducation des enfants », *Rép. Not.*, t. V, l. II, éd. 2002, p. 376, n° 276, c) ; F. BUYSEN, note sous J.P. Sint-Niklaas, 2 mars 1998, *R.W.*, 1998-1999, p. 1155-1156, n° 6 et s. ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 40, n° 38 ; Y. MERICIERS, « Incidences de certains aspects des relations familiales sur le bail de résidence principale », *Rép. Not.*, t. VIII, l. III, éd. 2010, p. 239, n° 347.

²⁹ E. LANGENAKEN, « Le régime matrimonial primaire », *Chron. Not.*, Bruxelles, Larcier, 2008, vol. 48, p. 153, n° 8.

Par trois arrêts prononcés respectivement le 15 octobre 1999³⁰, le 28 novembre 2003³¹ et le 7 janvier 2008³², la Cour de cassation a dissipé les doutes en décidant que la solidarité instituée par l'article 222 du Code civil suppose l'existence d'un ménage et ne peut, partant, être invoquée en cas de séparation de fait des époux ; elle ajoute que cette situation ne peut pas être opposée au tiers *de bonne foi*, qui a contracté dans l'ignorance de la séparation. Ceci revient à appliquer la théorie de l'apparence aux dettes ménagères visées par l'article 222 du Code civil : le tiers créancier doit être protégé lorsqu'il a *légitimement* pu croire en l'existence du ménage de son débiteur³³. L'on rappellera ici la distinction opérée entre la bonne foi « subjective » du tiers, présumé ignorer la séparation de fait, et la bonne foi « objective », laquelle implique implicitement, dans son chef, un devoir d'investigation quant à cette séparation³⁴.

2. Bien que les juridictions de fond apprécient parfois la bonne foi du créancier de manière divergente³⁵, les enseignements dégagés par la jurisprudence de la Cour de cassation semblent bien suivis dans l'ensemble.

Statuant sur renvoi après l'arrêt du 7 janvier 2008 précité, la cour d'appel de Liège a ainsi décidé que les Cliniques universitaires Saint-Luc étaient fondées à poursuivre contre l'épouse le paiement d'une facture pour soins de santé prodigués à son mari (Liège, 3 février 2009, R.R.D., 2009, p. 504). Les conjoints étaient séparés depuis plusieurs années lorsque l'époux fut admis aux Cliniques. Lors de son arrivée au sein de l'établissement, il fournit une photocopie de sa carte d'identité qui mentionnait à la rubrique « état civil » qu'il était marié. La cour d'appel de Liège a dès lors estimé que l'hôpital avait légitimement pu croire en l'existence du ménage du patient, aucun élément du dossier ne permettant par ailleurs d'établir que la Clinique ait eu connaissance de la séparation des époux à ce moment.

Le juge de paix de Charleroi a également statué en ce sens dans une affaire semblable, en précisant que l'institution hospitalière n'avait pas à vérifier plus avant les renseignements donnés par le patient (J.P. Charleroi, 8 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2011, p. 379, somm.).

Ces deux décisions sont, à notre avis, trop favorables aux créanciers et prennent le contre-pied de la théorie de la bonne foi « objective », pourtant adoptée par la Cour de cassation³⁶. Elles sont de

³⁰ Cass., 15 octobre 1999, *Arr. Cass.*, 1999, p. 1269 ; *Bull.*, 1999, p. 1323 ; *J.L.M.B.*, 1999, p. 1724 ; *Juristenkrant*, 1999, liv. 9, p. 5 ; *Div. Act.*, 2000, p. 18, note E. de WILDE d'ESTMAEL ; *Rev. not. b.*, 2000, p. 176 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 357 ; *R.W.*, 2000-01, p. 836, note F. APS ; *R.C.J.B.*, 2001, p. 73, note Y.-H. LELEU. Voy. aussi E. VIEUJEAN, « Vous avez dit ménage ? », in *Liber amicorum Paul Delnoy*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 562.

³¹ Cass., 28 novembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1914 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 447, note F. TAINMONT. Cet arrêt est également commenté par E. LANGENAKEN, in *Chron. Not.*, Bruxelles, Larcier, 2005, vol. 42, p. 134, n° 26.

³² Cass., 7 janvier 2008, *Pas.*, 2008, p. 36 ; *J.L.M.B.*, 2008, p. 1091, note E. VAN BRUSTEM et M. VAN BRUSTEM ; *T. Fam.*, 2009, p. 55, note E. VAN ROYEN ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1269, somm. Voy. aussi les commentaires de V. ALLAERTS, in « Primair huwelijksvermogensstelsel », *Patrimonium 2008*, W. PINTENS, J. DU MONGH et Ch. DECLERCK (éds.), Anvers, Intersentia, 2008, p. 5, n° 5 ; E. LANGENAKEN, in *Chron. Not.*, Bruxelles, Larcier, 2008, vol. 48, p. 153, n° 8.

³³ Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 42-43, n° 41.

³⁴ Y.-H. LELEU, « Le ménage apparent des époux séparés », note sous Cass., 15 octobre 1999, *R.C.J.B.*, 2001, p. 73.

³⁵ Voy. à ce sujet E. LANGENAKEN, in *Chron. Not.*, Bruxelles, Larcier, 2008, vol. 48, p. 153, n° 8 ; E. VAN BRUSTEM et M. VAN BRUSTEM, « L'application de l'adage *vigilantibus, non dormientibus prosunt jura* en matière de dettes de soins de santé », note sous Cass., 7 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1095, n° 6.

nature à affaiblir le devoir d'investigation *aggravé* qui pèse en principe sur les établissements de soins et sur les professionnels en général³⁷, et poussent même à s'interroger sur la persistance de ce devoir dans leur chef. Si elles venaient à se généraliser, de telles décisions mèneraient à une déresponsabilisation critiquable des tiers créanciers.

Nous semble en revanche devoir être approuvée, la décision selon laquelle les indications légales jointes à une citation en justice et révélant la séparation des époux sont de nature à informer l'établissement hospitalier de la situation du patient et, partant, à exclure sa bonne foi (J.P. Tournai, 27 juin 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1289).

3. Si de nombreuses décisions ont été rendues sur la question dans le cadre de litiges avec des établissements de soins, d'autres situations peuvent évidemment donner lieu à l'application des règles dégagées par la Cour de cassation. Ainsi, le tribunal civil de Gand s'est récemment prononcé à propos du conflit locatif suivant (Civ. Gand, 26 février 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 242, somm., *T.G.R.*, 2010, p. 153). A la suite d'une crise conjugale, deux époux avaient été autorisés à résider séparément par le juge des référés de Gand. L'occupation du foyer familial ayant été attribuée à l'épouse et à la fille cadette du couple, l'époux s'était mis à la recherche d'un nouveau logement, qu'il avait pris en location. Malheureusement, il avait rapidement manqué à ses obligations de locataire ; un différend était alors survenu avec le bailleur, qui assigna les *deux* époux. Après un rappel très didactique des principes applicables en la matière, le tribunal civil de Gand a jugé que le bailleur avait légitimement pu croire en l'existence du ménage de son locataire. Les documents produits par l'époux dans le cadre de la conclusion du bail mentionnaient en effet clairement qu'il était marié et père de deux enfants. Il n'incombait par ailleurs pas au bailleur de vérifier plus avant la situation de son interlocuteur³⁸. Le tribunal a également précisé qu'il appartenait à l'époux non contractant – en l'espèce, à Madame – de fournir la preuve de la mauvaise foi du tiers ; cette preuve n'a toutefois pas été rapportée ici. Par conséquent, le tribunal a conclu à l'application de l'article 222 du Code civil et a condamné solidairement les conjoints au paiement des arriérés de loyers.

d. La règle dégagée par la Cour de cassation – selon laquelle la solidarité instaurée par l'article 222 du Code civil prend fin, en principe, avec la séparation de fait – ne s'applique pas aux dettes contractées pour l'éducation des *enfants*³⁹. Même séparés, les époux restent solidairement obligés

³⁶ La Cour de cassation semble toutefois être revenue sur cette théorie dans son arrêt du 7 janvier 2008, précité. La Cour y décide, en effet, que la Clinique créancière ne peut être privée du bénéfice de l'article 222 du Code civil au motif qu'elle n'aurait pas vérifié la situation du patient. L'exigence de bonne foi « objective » serait donc abandonnée et, avec elle, le devoir d'investigation du tiers créancier. Voy. en ce sens, E. VAN BRUSTEM et M. VAN BRUSTEM, « L'application de l'adage *vigilantibus, non dormientibus prosunt jura* en matière de dettes de soins de santé », note sous Cass., 7 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1097, n° 8 ; E. VAN ROYEN, « De toepassing van de primaire verplichting tot hoofdelijke gehoudenheid van de echtgenoten voor huishoudelijke schulden in tijden van echtelijke moeilijkheden », note sous Cass., 7 janvier 2008, *T. Fam.*, 2009, p. 62-63, n° 13.

³⁷ Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997-2005) », *R.C.J.B.*, 2006, p. 801, n° 14.

³⁸ Le jugement commenté doit être approuvé sur ce point car, contrairement à un établissement de soins, le bailleur n'est pas un professionnel et ne se voit donc pas infliger un devoir d'investigation aggravé.

³⁹ E. BEGUIN, « Les dettes de ménage et l'éducation des enfants », *Rép. Not.*, t. V, l. II, éd. 2002, p. 375, n° 276, a) ; H. CASMAN, *Les régimes matrimoniaux*, Malines, Kluwer, feuillets mobiles, I.11. – 4 ; Ch.-E. DE FRESART, « Solidarité des parents séparés ou divorcés pour les dettes d'hébergement, d'entretien, de surveillance, d'éducation et de formation des enfants », note sous J.P. Fontaine l'Evêque, 23 novembre 2006, *J.J.P.*, 2011, p. 36, n° 20 et les références citées ;

au paiement de ces dettes. C'est ce que rappelle très justement un jugement prononcé par le juge de paix de Fontaine-l'Evêque le 23 novembre 2006 (J.P. Fontaine-l'Evêque, 23 novembre 2006, *J.J.P.*, 2011, p. 28, note Ch.-E. DE FRESART). Ceci nous paraît d'ailleurs parfaitement logique : ce n'est pas parce que les parents se séparent – et qu'il n'y a donc plus de ménage – qu'il n'y a plus de besoins d'éducation à financer⁴⁰.

L. R.

Section 4. Mesures urgentes et provisoires à caractère patrimonial (art. 223)

13. Compétence *ratione temporis*

1. Dans un arrêt du 15 janvier 2010 (Cass., 15 janvier 2010, *R.W.*, 2010-11, p. 872, somm., *J.L.M.B.*, 2011, p. 640, *NjW*, 2011, p. 101, note K. VANDENBERGHE)⁴¹, la Cour de cassation a rappelé sa position quant à l'articulation des compétences respectives du juge de paix et du président du tribunal de première instance en matière de mesures urgentes et provisoires.

Selon la Cour, les décisions prises par le juge de paix statuant dans le cadre de la compétence que lui confère l'article 223 du Code civil, demeurent exécutoires nonobstant le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps, jusqu'à la décision du tribunal ou de son président statuant en référé, à moins que lesdites mesures n'aient pris fin par l'expiration de la durée que le juge de paix avait déterminée⁴².

Cette règle ne porte pas atteinte à la compétence du président du tribunal statuant en matière de mesures provisoires en vertu de l'article 1280 du Code judiciaire. Cette compétence s'étend du jour de la citation en divorce au jour auquel la décision de divorce passe en force de chose jugée. Le président du tribunal peut, dès lors, ordonner des mesures prenant cours à la date de la citation en divorce et réduisant à néant l'exécution des mesures déjà ordonnées par le juge de paix en application de l'article 223 du Code civil.

La Cour de cassation rappelle enfin que l'objet de la demande de mesures urgentes et provisoires soumise au juge de paix sur la base de l'article 223 du Code civil diffère de celui de la demande soumise au président du tribunal statuant en référé dans le cadre de l'article 1280 du Code

E. de WILDE d'ESTMAEL, « Les dettes de soins de santé engagées par un époux marié sous le régime légal, à la lumière d'un deuxième arrêt de la Cour de cassation », *Dir. Act.*, 2000, p. 21, n° 10 ; Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997-2005) », *R.C.J.B.*, 2006, p. 798, n° 12.

⁴⁰ Ch.-E. DE FRESART, « Solidarité des parents séparés ou divorcés pour les dettes d'hébergement, d'entretien, de surveillance, d'éducation et de formation des enfants », note sous J.P. Fontaine-l'Evêque, 23 novembre 2006, *J.J.P.*, 2011, p. 36, n° 20.

⁴¹ Cet arrêt est également commenté par D. PIRE, *in* « Le droit des personnes et des familles », *Chron. Not.*, vol. 52, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 71, n° 58.

⁴² Voy. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 376, n° 363. Précisons encore que, la compétence s'appréciant au moment de l'introduction de la demande, le juge de paix, saisi *avant* l'introduction de la demande en divorce, peut statuer, que sa décision intervienne *avant ou après* ladite introduction.

judiciaire. Par conséquent, la décision du juge de paix prise en application de l'article 223 du Code civil n'est pas revêtue de l'autorité de chose jugée à l'égard de la décision prise par le président du tribunal statuant en référé en vertu de l'article 1280 du Code judiciaire.

2. Ces principes ont été correctement appliqués par le juge de paix de Marche-en-Famenne dans un jugement du 13 mars 2008 (J.P. Marche-en-Famenne, 13 mars 2008, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 149, note A.-Ch. VAN GYSEL)⁴³. Deux époux avaient entrepris puis abandonné une procédure de divorce par consentement mutuel⁴⁴. Suite à ce désistement, l'épouse avait saisi le juge de paix d'une demande de mesures urgentes et provisoires sur la base de l'article 223 du Code civil. Le lendemain même de l'introduction de cette demande, le mari avait fait usage de la « passerelle » prévue par l'article 1294bis du Code judiciaire vers le divorce pour cause de désunion irrémédiable⁴⁵. Le juge de paix de Marche-en-Famenne a estimé qu'il n'était plus compétent pour statuer sur les mesures urgentes et provisoires dès lors qu'une instance en divorce était pendante⁴⁶.

L. R.

14. Application dans le temps des mesures urgentes et provisoires

1. Par arrêt du 18 mai 2009 (Cass., 18 mai 2009, *Pas.*, 2009, p. 1214 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 1072 (somm.) ; *Arr. Cass.*, 2009, p. 1308, concl. R. MORTIER ; *R.W.*, 2009-10, p. 1132, concl. R. MORTIER ; *T. Not.*, 2010, p. 279 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 443, note Y.-H. LELEU), la Cour de cassation a décidé que la mesure octroyant la jouissance exclusive du logement familial à l'un des époux, ordonnée en application de l'article 223 du Code civil, demeure exécutoire nonobstant le dépôt ultérieur d'une requête en divorce, et jusqu'à la décision du tribunal ou du président du tribunal statuant en référé, à moins qu'elle n'ait pris fin en raison de l'expiration du délai fixé par le juge de paix.

Il est également admis que les mesures urgentes et provisoires ordonnées par le juge de paix, si elles ne sont modifiées par le président du tribunal de première instance statuant dans le cadre de l'article 1280 du Code judiciaire, expirent lors de la transcription du divorce. Seules subsistent les

⁴³ D. PIRE, *in* « Le droit des personnes et des familles », *Chron. Not.*, vol. 52, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 71, n° 58.

⁴⁴ Notons que l'article 1280 du Code judiciaire, qui permet au président du tribunal de première instance d'adopter des mesures urgentes et provisoires durant la procédure en divorce pour cause de désunion irrémédiable, n'est pas applicable dans le cadre du divorce par consentement mutuel. Dès lors, lorsqu'un problème urgent, non réglé par les conventions préalables, survient en cours de procédure, la seule voie ouverte aux parties est celle du référé ordinaire – article 584 du Code judiciaire.

⁴⁵ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 561-563, n° 586-1 et 586-2 ; J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce : le 'droit au divorce' », *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1025, n° 162 et s.

⁴⁶ Précisons que si des mesures avaient déjà été adoptées par le juge de paix avant l'introduction de la procédure en divorce, ces mesures seraient restées exécutoires jusqu'à la décision du tribunal ou de son président statuant en vertu de l'article 1280 du Code judiciaire, à moins qu'elles n'aient pris fin par l'expiration de la durée que le juge de paix leur avait assignnée.

mesures relatives aux enfants car les époux, même divorcés, restent tenus de leurs devoirs parentaux⁴⁷.

2. Une affaire récemment soumise au juge de paix de Wavre illustre les situations quelque peu cocasses qui peuvent résulter de l'application de ces principes.

Par ordonnance du président du tribunal de première instance rendue le 10 juin 2008⁴⁸, l'épouse avait obtenu l'autorisation de résider seule dans l'immeuble familial durant l'instance en divorce. Le divorce des parties était devenu définitif le 26 juin 2008, soit à peine seize jours plus tard ! Soutenant que la mesure présidentielle était devenue caduque par le fait du divorce, l'ex-mari entendait se maintenir dans les lieux.

Le juge de paix de Wavre ne put que lui donner raison (J.P. Wavre, 7 octobre 2008, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 119 et 148). Il était en effet certain que l'autorisation d'occupation exclusive du logement familial accordée à l'épouse avait expiré en raison du divorce ; pour la même raison, il était également impossible pour les parties d'obtenir de nouvelles mesures urgentes et provisoires. Dès lors, dans l'attente la liquidation définitive du régime patrimonial, la situation des conjoints ne pouvait être aménagée qu'en vertu du droit commun⁴⁹. Seulement voilà, aucune disposition légale ne permettait, selon le juge de paix de Wavre, d'attribuer la jouissance de l'immeuble indivis à l'un des époux à titre exclusif. Les parties, pourtant divorcées, furent donc contraintes de demeurer ensemble dans la maison familiale...

C'est pour éviter ce genre de situation que J.-L. RENCHON⁵⁰ plaide pour la prolongation, jusqu'à la liquidation définitive du régime matrimonial, des mesures urgentes et provisoires relatives à l'occupation du logement de la famille.

L. R.

15. Mesures envisageables : travaux de rénovation d'un immeuble commun (non)

Les mesures ordonnées par le juge de paix sur la base de l'article 223 du Code civil doivent, comme leur nom l'indique, demeurer *provisoires*. Ce qualificatif ne s'entend pas au sens de

⁴⁷ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 377, n° 363.

⁴⁸ La mesure urgente et provisoire avait, en l'espèce, été rendue sur la base de l'article 1280 du Code judiciaire. Néanmoins, les mesures ordonnées par le juge de paix dans le cadre de l'article 223 du Code civil expirant, comme celles prononcées par le président du tribunal de première instance, lors de la transcription du divorce, la même situation aurait très bien pu se présenter si l'autorisation d'occupation exclusive du logement familial avait été donnée à l'épouse par le magistrat cantonal.

⁴⁹ En matière d'union libre, les relations patrimoniales entre partenaires sont soumises, en l'absence de régime spécifique, aux dispositions du droit commun de la propriété. Voy. not. Bruxelles, 5 mai 1999, *E.J.*, 2000, p. 58, note ; Bruxelles, 4 décembre 2000, *R.W.*, 2001-02, p. 61 ; Civ. Liège, 6 octobre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 659, *R.G.D.C.*, 2005, p. 329, note S. TAILLIEU ; J.P. Audernade, 7 juin 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 951, somm., *J.J.P.*, 2009, p. 163. Voy. aussi *infra*, n° 122.

⁵⁰ J.-L. RENCHON, « La jouissance du logement familial après la séparation du couple », in *Le logement familial*, P. DELNOY, Y.-H. LELEU et E. VIEUJEAN (dir.), Kluwer, Story-Scientia, 1999, p. 168 et s., n° 37 et s.

« temporaires » ou « limitées dans le temps », mais bien au sens de « réversibles », « susceptibles de modification ou d'abrogation »⁵¹.

C'est dès lors à juste titre que le juge de paix de Wavre a refusé d'imposer à l'épouse – autorisée à occuper seule le logement familial – de l'aménager de façon à en donner une partie en location ; les travaux de rénovation et la location de l'immeuble à un tiers pourraient en effet constituer un obstacle à la reprise de la vie commune par les époux ou à des conventions relatives à leur patrimoine. Il ne s'agit donc pas d'une mesure *provisoire* susceptible d'être ordonnée dans le cadre de l'article 223 de Code civil (J.P. Wavre, 13 octobre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 420).

L. R.

Section 5. Annulation d'actes irréguliers (art. 224)

16. Sûretés personnelles mettant en péril les intérêts de la famille

Les sûretés personnelles, tel le cautionnement, données par l'un des époux et mettant en péril les intérêts de la famille sont annulables en vertu de l'article 224, § 1^{er}, 4^o, du Code civil⁵². Des termes généraux de cette disposition légale, il faut déduire qu'elle s'applique tant aux sûretés données dans le cadre professionnel qu'à celles qui sont consenties dans la sphère privée.

Il n'est pas inutile de rappeler, avec la cour d'appel de Bruxelles (Bruxelles, 9 juin 2009, *T. Not.*, 2010, p. 556, note F. BOUCKAERT), qu'une sûreté personnelle est un engagement qui garantit la dette d'un tiers. Un *emprunt* n'est donc pas constitutif d'une telle sûreté, puisque l'emprunteur s'oblige envers la banque à rembourser une dette *personnelle*.

Afin d'apprécier l'existence d'une menace pour les intérêts familiaux, une jurisprudence constante procède à la comparaison, *in concreto*, de l'impact économique potentiel de la sûreté personnelle avec la situation de fortune de la famille. Cette comparaison doit être effectuée en se plaçant au moment de la constitution de la sûreté, et non au moment où il est fait appel à la caution ; les événements survenus postérieurement à la naissance de la sûreté sont en principe non relevant⁵³.

Dans son appréciation du péril pour les intérêts familiaux, le juge doit confronter les caractéristiques intrinsèques de la sûreté – c'est-à-dire son montant, son but, et le risque qu'elle

⁵¹ G. CLOSSET-MARCHAL, « L'article 223 du Code civil : un référé familial », note sous Cass., 20 février 2006, *R.G.D.C.*, 2007, p. 47, n° 12 ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 376, n° 362.

⁵² Voy. à ce sujet V. DE FRANCQEN, « Quand le cautionnement consenti par un seul des conjoints est-il annulable ? », *R.G.D.C.*, 2000, p. 155 ; Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997-2005) », *R.C.J.B.*, 2006, p. 814, n° 23 et p. 818, n° 24 ; E. LANGENAKEN, « Le droit patrimonial des couples. Le régime primaire », in *Chron. Not.*, vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 165, n° 18 ; M.-A. MASSCHELEIN, « De borgstelling door een van de echtgenoten », note sous Anvers, 15 mai 2007, *R.G.D.C.*, 2008, p. 442.

⁵³ La jurisprudence récente a néanmoins nuancé cette règle, en décidant que des événements ultérieurs peuvent influencer l'appréciation du péril lorsqu'ils étaient connus ou prévisibles au moment de la conclusion de la sûreté. Voy. Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997-2005) », *R.C.J.B.*, 2006, p. 818, n° 24.

comporte – avec la situation financière de la famille⁵⁴. Le fait que l'époux contractant ne soit plus en mesure de supporter les charges du mariage, ou encore que le logement familial soit menacé de vente en raison du cautionnement, indique que les intérêts de la famille sont mis en danger.

La cour d'appel de Gand (Gand, 24 septembre 2007, R.W., 2008-09, p. 29)⁵⁵ a considéré qu'il existait une disproportion entre le montant du cautionnement donné par le mari – 5 millions d'anciens francs belges – et les revenus imposables annuels du couple – environ 1.400.000 anciens francs belges. Tenant également compte du fait que le couple n'était pas propriétaire du logement familial, la cour a conclu au caractère dangereux de la caution pour les intérêts de la famille et a, partant, annulé cette sûreté⁵⁶.

Dans un arrêt du 15 mai 2007, la cour d'appel d'Anvers (Anvers, 15 mai 2007, R.G.D.C., 2008, p. 439, note. M.-A. MASSCHELEIN) s'est estimée insuffisamment informée pour se prononcer sur la demande de nullité. Les parties avaient notamment omis de lui fournir les renseignements relatifs à la valeur de l'habitation familiale et à leur situation de fortune ; elles restaient également en défaut de prouver que leur fille majeure était toujours financièrement à leur charge. Dans ces conditions, l'appréciation concrète de l'impact économique potentiel de la sûreté personnelle sur les intérêts de la famille s'avérait impossible.

L. R.

17. Délai d'exercice de l'action

En vertu de l'article 224, § 2, du Code civil, l'action doit être introduite, à peine de forclusion, dans un délai d' 1 an à dater du jour de la prise de connaissance de l'acte par l'époux demandeur⁵⁷. Il appartient au tiers contractant, qui invoque que le délai est expiré, de démontrer que l'époux demandeur avait connaissance de l'acte et de son contenu depuis plus d'un an lors de l'introduction de l'action. Cette preuve peut être établie par toutes voies de droit.

Ces principes, admis par une doctrine et une jurisprudence unanimes⁵⁸, ont été rappelés dans un arrêt récent de la cour d'appel de Mons (Mons, 13 janvier 2005, R.G.D.C., 2008, p. 71)⁵⁹. Dans

⁵⁴ La notion de « famille » doit être entendue ici dans un sens large. Voy. not. V. DE FRANCQUEN, « Quand le cautionnement consenti par un seul des conjoints est-il annulable ? », R.G.D.C., 2000, p. 161, n° 27 ; Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997-2005) », R.C.J.B., 2006, p. 814, n° 23.

⁵⁵ Voy. aussi *infra*, n° 17.

⁵⁶ La cour d'appel de Gand a également décidé que le divorce des parties, intervenu dans le courant de la procédure de nullité de la sûreté, n'avait pas pour effet d'ôter son fondement à ladite demande en nullité.

⁵⁷ Voy. E. LANGENAKEN, « Le droit patrimonial des couples. Le régime primaire », in *Chron. Not.*, vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 166, n° 19.

⁵⁸ Voy. not. V. DE FRANCQUEN, « Quand le cautionnement consenti par un seul des conjoints est-il annulable ? », R.G.D.C., 2000, p. 160, n° 25 et les références citées ; F. TAINMONT, « L'acte de cautionnement posé par un époux dans le cadre de son activité professionnelle et la mise en péril des intérêts de la famille », note sous Mons, 16 septembre 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 238, n° 2 et les références citées.

⁵⁹ Cet arrêt est également commenté par V. ALLAERTS, in « Primair huwelijksvermogensstelsel », *Patrimonium 2008*, W. PINTENS, J. DU MONGH et Ch. DECLERCK (éds.), Anvers, Intersentia, 2008, p. 17, n° 17, et par E.

cette affaire, un mari s'était porté caution pour un prêt contracté par la société dont il était administrateur. La société étant restée à maintes reprises en défaut de paiement, l'époux fut actionné en sa qualité de caution par la banque créancière. Sa femme s'opposa toutefois à cette action et sollicita l'annulation de l'acte de cautionnement signé par son mari. Saisie du litige, la cour d'appel de Mons rappelle qu'il incombe à la banque créancière de démontrer que l'épouse avait connaissance de l'existence de l'acte et de son contenu depuis plus d'un an pour constater la forclusion. Or, pour la cour, cette preuve n'est pas rapportée en l'espèce. En effet, la banque n'a adressé aucun document à l'épouse pour l'informer de l'existence de l'acte de cautionnement ; aucun écrit relatif à cette sûreté, ni même au prêt qu'elle garantit, ne porte par ailleurs la signature de Madame. Enfin, selon la cour, le simple fait que les conjoints entretiennent de bonnes relations et que l'épouse a connaissance d'un certain nombre de données patrimoniales, financières et fiscales concernant son mari, n'implique pas à lui seul que ce dernier informe systématiquement sa femme de tous les actes qu'il signe⁶⁰.

Selon la cour d'appel de Gand (Gand, 24 septembre 2007, *R.W.*, 2008-09, p. 29), il ne découle pas nécessairement du fait que le créancier a adressé plusieurs lettres au conjoint contractant, que son épouse ait eu connaissance de l'acte. La seule circonstance que les époux vivent sous le même toit n'implique pas nécessairement, en effet, que l'épouse ait pris connaissance de cette correspondance, laquelle était adressée personnellement au mari qui s'était porté caution.

L. R.

18. Aspects de droit international privé

Deux époux indiens, mariés en Inde en 1952, sont venus s'installer en Belgique. En 2000, le mari se porte caution pour des engagements contractés par la société dont il est administrateur. Estimant que cette sûreté met en péril les intérêts de la famille, son épouse en sollicite la nullité devant les juridictions belges, sur la base de l'article 224, § 1^{er}, 4^o, du Code civil.

Saisie de l'affaire, la cour d'appel d'Anvers (Anvers, 28 octobre 2009, *T. Fam.*, 2011, p. 74, note J. DE MEYER) constate que le Code de droit international privé belge de 2004, dépourvu du tout effet rétroactif, n'a pas vocation à régir cette situation, le mariage des parties datant de 1952.

Il convient dès lors de faire application des anciennes règles de renvoi en matière de mariage, en vertu desquelles les dispositions relatives au régime primaire doivent être considérés comme des dispositions touchant à l'état des personnes⁶¹. Ces règles sont à trouver dans la législation de l'Etat dont les deux époux ont la nationalité, et donc, en l'espèce, dans le droit indien.

LANGENAKEN, *in* « Le droit patrimonial des couples. Le régime primaire », in *Chron. Not.*, vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 166, n° 19.

⁶⁰ En ce sens également : Mons, 3 décembre 2001, *J.T.*, 2002, p. 449.

⁶¹ Ce principe a été posé par la Cour de cassation dans un arrêt du 25 mai 1992 (Cass., 25 mai 1992, *Bull.*, 1992, p. 839, concl. J.-F. LECLERCQ ; *Pas.*, 1992, p. 839, concl. J.-F. LECLERCQ ; *J.L.M.B.*, 1992, p. 938, note S. NUDELHOLE et p. 946, note M. LIENARD-LIGNY ; *T. Not.*, 1992, p. 432, note F. BOUCKAERT ; *Rev. dr. étr.*, 1992, p. 418, note M. FOBLETS ; *R.W.*, 1992-93, p. 332 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 1993, p. 181, note ; *R.G.D.C.*, 1993, p. 455, note I. COUWENBERG ; *T. Vreemd.*, 1993, p. 24 ; *R.C.J.B.*, 1994, p. 664 ; *R.G.D.C.*, 1994, p. 125, note N. WATTE).

Cette solution ne satisfaisait toutefois pas l'épouse : celle-ci cherchait absolument à faire annuler la caution, ce que ne permet pas la législation indienne. Elle soutint alors que l'article 224, § 1^{er}, 4^o, de notre Code civil est une loi de police, qui doit s'appliquer quel que soit le droit désigné par les règles de conflits de lois. Mais cet argument ne convainc la cour d'appel d'Anvers. Comme l'a en effet décidé la Cour de cassation dans un arrêt du 25 mai 1992⁶², l'article 224 du Code civil ne revêt aucun caractère impératif⁶³ ; il ne protège que des intérêts familiaux, et donc privés. Cette disposition légale ne peut par conséquent être invoquée que lorsque les règles de renvoi relatives au régime primaire mènent à l'application du droit belge, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Il convient dès lors d'appliquer le droit indien pour résoudre le litige qui oppose les parties.

La législation indienne ne connaît pas de disposition équivalente à l'article 224 de notre Code civil. Au contraire, lorsqu'une sûreté personnelle est contractée par un époux seul, la loi indienne protège le conjoint non contractant par une limitation des possibilités d'exécution de la caution, notamment sur le logement familial. Le droit indien étant seul d'application en l'espèce, la demande de l'épouse fondée sur l'article 224, § 1^{er}, 4^o, du Code civil belge doit être déclarée irrecevable.

L. R.

⁶² Cass., 25 mai 1992, précité.

⁶³ Voy. à ce sujet J. DE MEYER, « Internationaal privaatrecht voor persoonlijke borgstelling tegen gezinsbelangen : Antwerpse hof van beroep zet de puntjes op de i », note sous Anvers, 28 octobre 2009, *T. Fam.*, 2011, p. 80-81, n° 28-29.

Chapitre 2.

Le régime légal

Section 1. L'actif des patrimoines

§ 1. Preuve de la propriété des biens

19. Liste des biens propres dans le contrat de mariage ou y annexée

La preuve de la propriété des biens propres est réglée à l'article 1399 du Code civil. Si entre époux, cette preuve peut être rapportée par toutes voies de droit, à l'égard des tiers, elle s'établit 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 ».

La controverse relative à la force probante, à l'égard des tiers, d'une liste de biens propres dans le contrat de mariage se rencontre principalement dans les régimes séparatistes et sera donc abordée dans ce chapitre (*infra*, n° 108).

J. L.

20. Accord amiable conclu durant la séparation de fait

Dans un arrêt du 25 mai 2010, la Cour d'appel de Bruxelles (Bruxelles, 25 mai 2010, *T. Not.*, 2011, p. 28) a estimé qu'une convention amiable de liquidation-partage de la communauté conclue par les époux durant la séparation de fait, bien qu'elle soit nulle au regard de l'article 1427 du Code civil (voyez *infra*, n° 47), pouvait néanmoins servir de preuve de la composition du patrimoine commun et de la possession par chaque époux de parties de ce patrimoine. D'après la cour en effet, les biens que les époux se sont attribués en vertu de ladite convention doivent être considérés comme appartenant à la communauté.

Cette décision nous semble conforme aux principes régissant la preuve de la propriété des biens. Les biens dont le caractère propre n'est pas établi selon les modalités de l'article 1399 du Code civil sont en effet présumés communs en application de l'article 1405, 4°. La convention amiable ne fait dès lors que confirmer le caractère commun desdits biens.

J. L.

§2. L'actif propre

1. Biens propres par relation

21. Droits résultant d'une assurance de personnes

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

Par son arrêt du 26 mai 1999⁶⁴, la Cour d'arbitrage a déclaré ces dispositions inconstitutionnelles. La Cour reproche au législateur d'avoir rendu ces dispositions applicables à *tous* les contrats régis par la loi de 1992, et notamment aux nouveaux produits d'assurance apparentés à des instruments d'*épargne*. Il n'existe aucune raison objective, selon la Cour, de traiter ces produits différemment d'autres placements financiers ; ils doivent par conséquent profiter à la communauté qui les a financés.

C'est donc la *finalité* du contrat d'assurance, déterminée au cas par cas, qui devra guider le praticien vers la norme applicable à la qualification – propre ou commune – des droits résultant d'une assurance de personnes⁶⁵. S'il y a lieu d'appliquer les dispositions de la loi du 25 juin 1992 aux « véritables assurances » conclues par les époux dans un but de *prévoyance*⁶⁶, il convient, au contraire, de s'en référer au droit commun des régimes matrimoniaux lorsque l'on a affaire à une *épargne*.

Les assurances-vie dites « vie entière » posent encore problème. Dans sa décision du 26 mai 2009, le Service des Décisions Anticipées de l'Administration fiscale s'est prononcé sur les faits suivants (Décision anticipée du 26 mai 2009, n° 800.279, *Rec. gén. enr. not.*, 2010, p. 194, n° 26.196, obs. C. PRÜM). Une dame avait conclu une police d'assurance « vie entière » durant le mariage sur sa propre tête, au profit de son époux. Il s'agissait d'un contrat viager, prenant fin au décès de la preneuse ; le mari ne bénéficierait du capital qu'en cas de prédécès de son épouse ; aucune attribution en cas de vie à une certaine date n'était prévue ; la prime, unique, avait été financée par des deniers communs. Mais le mari décéda le premier... Se posa alors la question de la qualification – propre ou commune – de la *valeur de rachat* du contrat d'assurance, afin de

⁶⁴ C. arb., 26 mai 1999, n° 54/99, *Arr. C.A.*, 1999, p. 623 ; *Bull. ass.*, 1999, p. 475, note Y.-H. LELEU et D. SCHUERMANS ; *J.L.M.B.*, 1999, p. 1456 ; *Rev. not. b.*, 1999, p. 710, note ; *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 691 ; *R.D.C.*, 1999, p. 849, note K. TERMOTE ; *R.W.*, 1999-00, p. 295 ; *E.J.*, 2000, p. 22, note F. BUYSENS ; *T. not.*, 2000, p. 257.

⁶⁵ Voy. not. Y.-H. LELEU, « L'actif des patrimoines propres », in *Les régimes matrimoniaux*, Rép. Not., Tome V, Livre II, p. 644, n° 687, c), et « Etendue et composition du patrimoine commun », in *Manuel de planification patrimoniale, Le couple, Vie commune*, Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS et M. BOURGEOIS (éds.), Bruxelles, Larcier, 2009, p. 65, n° 54.

⁶⁶ Ces assurances « pures » sont celles qui protègent le bénéficiaire contre un risque de *décès* ; elles ne sont dès lors perçues qu'une fois le régime matrimonial dissous (S. LOUIS, « Capital d'assurance-groupe : bien propre ou bien commun ? », note sous civ. Liège, 16 février 2004, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1161, n° 2).

reconstituer la masse taxable de la succession du mari. Le Service des Décisions Anticipées considéra que l'assurance « vie entière » contractée par l'épouse était une assurance-vie « *pure* » visant à protéger le conjoint en cas de décès de la preneuse ; les articles 127 et 128 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre étaient donc applicables, en principe, à cette police d'assurance.

En l'espèce, néanmoins, le Service des Décisions Anticipées décida d'écartier ces dispositions légales, au motif qu'elles n'avaient pas vocation à s'appliquer à la valeur de rachat d'une police d'assurance, mais uniquement aux *prestations* effectuées en vertu du contrat. Le prédécès du conjoint bénéficiaire rend par contre applicable l'article 111 de la même loi, en vertu duquel « en cas de décès du bénéficiaire avant l'exigibilité des prestations d'assurance (...), ces prestations sont dues au preneur (...) ». C'est sur la base de cette disposition légale, lue en combinaison avec l'article 1400, 7°, du Code civil, que l'Administration fiscale qualifie le contrat d'assurance de *propre* à l'épouse ; celle-ci est dès lors redevable d'une récompense au profit du patrimoine commun, pour un montant égal à celui de la prime payée avec des fonds communs⁶⁷.

La simplicité des principes dégagés par la Cour d'arbitrage dans son arrêt du 26 mai 1999 n'a pas empêché une importante controverse de persister à propos de l'applicabilité de cette jurisprudence aux contrats d'assurance-groupe⁶⁸. Ces contrats ont la particularité de se trouver en lien direct avec le contrat de travail de l'époux bénéficiaire : ils sont souscrits par l'employeur en faveur de son personnel et s'apparentent – économiquement – à une pension complémentaire. Ces spécificités de l'assurance-groupe ont longtemps semé le doute au sein de la doctrine et de la jurisprudence. Les capitaux issus de ces contrats sont-ils visés par les enseignements constitutionnels ? C'est ce qu'a admis une jurisprudence de fond quasi-unanime⁶⁹. Les assurances-groupes étant généralement considérées comme des instruments d'épargne, elles demeurent dès lors régie par le droit commun des régimes matrimoniaux, par application de l'arrêt de la Cour constitutionnelle de 1999.

Dans un arrêt du 28 juin 2007 (Gand, 28 juin 2007, *T. Not.*, 2009, p. 550, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 962, somm.), la cour d'appel de Gand s'est ralliée à cette tendance, confirmant ainsi sa

⁶⁷ Le Service des Décisions Anticipées se fonde notamment sur la thèse de C. Devoet et sur la circulaire administrative 16/2006 du 31 juillet 2006 pour se prononcer en ce sens. Cette décision est critiquée par Ch. DECLERCK, in « Secundair huwelijksvermogensstelsel », *Patrimonium* 2010, W. PINTENS et Ch. DECLERCK (éds.), Anvers, Intersentia, 2010, p. 6, n° 5. L'auteur estime qu'une assurance-vie entière, telle que celle en cause en l'espèce, est un instrument d'épargne, dont la qualification doit être recherchée dans le droit commun des régimes matrimoniaux, par application de l'arrêt de la Cour constitutionnelle de 1999. Or, en vertu de l'article 1405, 4°, du Code civil, la valeur de rachat d'une telle assurance doit être qualifiée de commune.

⁶⁸ Voy. à ce sujet M. DEMARET, « Les régimes matrimoniaux. Le régime légal », in *Chron. Not.*, vol. 42, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 151, n° 42 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 84, n° 74, e) ; Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, « Assurance vie et régimes matrimoniaux », in *L'assurance vie : outil de planification patrimoniale. Aspects civils et fiscaux*, Patrimoines et fiscalités, Ph. DE PAGE et A. CULOT (dir.), Anthémis, 2010, p. 187, n° 34 et s. ; Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997-2005) », *R.C.J.B.*, 2006, p. 837, n° 35 ; S. LOUIS, « Capital d'assurance-groupe : bien propre ou bien commun ? », note sous civ. Liège, 16 février 2004, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1160, et « Le droit patrimonial des couples. Le régime matrimonial légal », in *Chron. Not.*, vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 170, n° 25.

⁶⁹ Voy. Y.-H. LELEU, « Assurance-vie et planification patrimoniale », in *A l'automne de ma vie*, Congrès notarial 2007, Larcier, 2007, p. 54, n° 8.

jurisprudence antérieure⁷⁰. La cour estime que les contrats d'assurance-groupe appartiennent à la catégorie des assurances « d'épargne » et sont régis par le droit commun des régimes matrimoniaux. Le capital issu de ces contrats tombe selon elle dans le patrimoine commun en vertu de la présomption de communauté de l'article 1405, 4^o, du Code civil⁷¹. En l'espèce toutefois, le capital n'étant pas encore échu au moment de la dissolution de la communauté par le divorce, il faut considérer que c'est la valeur de rachat du contrat qui est entrée dans le patrimoine commun, le *droit à l'assurance* restant propre à l'époux bénéficiaire.

Le tribunal civil de Nivelles, qui avait déjà adopté la même solution en 2003⁷², a réaffirmé sa position dans un jugement du 24 juillet 2007 (Civ. Nivelles, 24 juillet 2007, *Rec. gén. enr. not.*, 2008, p. 70, note L. ROUSSEAU)⁷³. Il rejette l'argument fondé sur l'article 1401, 4^o, du Code civil, qui répute propre le droit aux pensions, rentes viagères ou allocations de même nature, dont un seul des époux est titulaire. Selon le juge, en effet, cette disposition ne vise que ce qui est destiné à assurer la survie du bénéficiaire du droit à la pension, alors que le capital généré par une police d'assurance-groupe doit être considéré comme un bien d'épargne⁷⁴. Nous avouons toutefois ne pas comprendre cette décision : l'article 1401, 4^o, du Code civil, ne rend propre que le *droit à l'assurance*, tandis que le capital produit par ce droit propre durant le mariage fait partie de la communauté⁷⁵. L'écartement de cette disposition légale n'était donc pas pertinente pour la solution du litige.

La jurisprudence de la cour d'appel d'Anvers s'inscrit également dans la tendance majoritaire. Dans un arrêt du 4 novembre 2009 (Anvers, 4 novembre 2009, R.G.D.C., 2010, p. 329, note N. TORFS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 243, somm.), la cour a rappelé que le capital échu des contrats d'assurance-groupe tombe dans le patrimoine commun en vertu de l'article 1405, 4^o, du Code civil. Lorsque la communauté est dissoute par le divorce alors qu'un contrat est toujours en cours, il y a lieu, selon la cour, d'opérer une distinction selon que les droits issus du contrat peuvent ou non être rachetés. Si le rachat est possible, la valeur de rachat entre dans le patrimoine commun et doit être prise en compte dans la liquidation de la masse communautaire ; si le rachat n'est pas possible, l'époux non titulaire obtient un droit de créance contre son ex-époux au moment où ce dernier, parvenu à l'âge de la retraite, touche le capital de l'assurance-groupe.

⁷⁰ Gand, 24 mars 2005, *T. Not.*, 2005, p. 481. Cette décision est commentée par Ch. DECLERCK, *in* « Secundair huwelijksvermogensstelsel », *Patrimonium* 2006, W. PINTENS et J. DU MONGH (éds.), Anvers, Intersentia, 2006, p. 34, n° 44.

⁷¹ Ceci semble communément admis. Voy. not. N. TORFS, « De levensverzekering en het huwelijksvermogensrecht. Het gelijkheidsbeginsel geschonden », *T. Not.*, 2000, p 230 et s., spéc. p. 241 ; du même auteur, « Hoe moeten tijdens het huwelijk verworven rechten in een groepsverzekering bij de verdeling van het gemeenschappelijk vermogen worden betrokken ? », note sous Anvers, 4 novembre 2009, R.G.D.C., 2010, p. 331, n° 1.

⁷² Civ. Nivelles, 24 juin 2003, *Div. Act.*, 2003, p. 127, note A.-M. BOUDART.

⁷³ Cette décision est également commentée par Ch. DECLERCK, *in* « Secundair huwelijksvermogensstelsel », *Patrimonium* 2008, W. PINTENS, J. DU MONGH et Ch. DECLERCK (éds.), Anvers, Intersentia, 2008, p. 20, n° 21.

⁷⁴ *Contra* : C. DEVOET, « Assurance-vie, mariage, divorce », *Rev. not. b.*, 2002, p. 580, n° 94 et s.

⁷⁵ H. CASMAN et M. VAN LOOK, *Les régimes matrimoniaux*, Kluwer, III.2. – 96 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 74, n° 70 ; C. DEVOET, « Assurance groupe et régime matrimonial de communauté – La Cour de cassation ferme certaines portes », obs. sous Cass., 24 janvier 2011, *Bull. Ass.*, 2011, p. 188, n° 3.

Quoique bien établie, cette jurisprudence a toutefois fait l'objet d'une condamnation ferme par la Cour de cassation, dans un arrêt prononcé le 24 janvier 2011⁷⁶. Selon la Cour, le statut matrimonial de l'assurance-groupe est une question différente de celle qui a trait à l'assurance individuelle. Dès lors, en se dispensant de poser une nouvelle question préjudiciale au juge constitutionnel et en appliquant par analogie la solution dictée par l'arrêt du 26 mai 1999 aux contrats d'assurances-groupes, les juridictions de fond violent les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 relatives à l'autorité des arrêts de la Cour constitutionnelle⁷⁷.

Un vent de panique aurait pu s'abattre sur les cours et tribunaux suite à cet arrêt de cassation. La non application de l'arrêt de la Cour d'arbitrage de 1999 aux assurances-groupes signifiait en effet qu'à moins de poser une nouvelle question préjudiciale à la Cour constitutionnelle, les dispositions de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre restaient applicables, en toutes circonstances, à ces contrats. Les capitaux générés par de telles assurances seraient dès lors toujours *propres* au conjoint affilié. Une telle solution, en plus de sembler dissonante avec l'économie générale de notre droit des régimes matrimoniaux, était de nature à rompre toute cohérence entre les assurances individuelles et les assurances collectives.

Fort heureusement, la Cour constitutionnelle, interrogée à titre préjudiciel par la cour d'appel de Bruxelles, a eu l'occasion de préciser le statut matrimonial de l'assurance-groupe dans un arrêt du 27 juillet 2011⁷⁸. La Cour y a décidé que les articles 127 et 128 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre *violent* les articles 10 et 11 de la Constitution « dans l'interprétation selon laquelle, lorsque deux conjoints sont mariés sous le régime de la communauté de biens, le capital de l'assurance-groupe obligatoire que souscrit l'employeur de l'un d'eux au bénéfice de son travailleur en vue de financer une pension complémentaire payée lorsque l'affilié atteint un âge déterminé, est considéré comme un bien *propre* ».

La Cour estime que de telles assurances s'apparentent à des opérations d'*épargne*, puisqu'elles permettent la constitution d'un revenu complémentaire dont le travailleur pourra disposer à l'âge de la retraite. Peu importe, par ailleurs, que les primes soient payées directement par l'employeur ou qu'elles soient retenues sur la rémunération de l'affilié ; dans les deux cas, en effet, ces primes doivent être considérées comme un avantage perçu par le travailleur en vertu de son contrat de travail et font partie de la rémunération. Il résulte de ces considérations que les prestations d'assurance-groupe peuvent être assimilées à des *revenus professionnels*, lesquels sont *communs* en vertu de l'article 1405, 1^o, du Code civil.

Il convient de souligner que la Cour constitutionnelle limite expressément son examen à l'hypothèse dans laquelle l'assurance-groupe est souscrite par l'employeur en vue de constituer une pension complémentaire payée au travailleur lorsqu'il atteint un âge déterminé. En d'autres termes, seules les assurances-groupes *obligatoires*⁷⁹ sont visées ici. Mais il nous semble évident que les enseignements de l'arrêt du 27 juillet 2011 peuvent être appliqués, à plus forte raison, au volet

⁷⁶ Cass., 24 janvier 2011, *Bull. Ass.*, 2011, p. 186, note (approbative) C. DEVOET. La position adoptée par la Cour dans cet arrêt est également défendue par J.-CH. ANDRE-DUMONT et G. RASSON, in *Assurance vie des particuliers. Aspects techniques, juridiques, fiscaux et de planification successorale*, Kluwer, 2009, p. 416-417, spéc. notes 41 et 42.

⁷⁷ Articles 26, § 2, 2^o et 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1989.

⁷⁸ C. Const., 27 juillet 2011, n° 136/2011, non encore publié.

⁷⁹ En vertu d'une convention collective de travail, par exemple.

volontaire de l'assurance-groupe⁸⁰. En effet, si l'on peut admettre qu'une assurance obligatoirement souscrite au profit d'un travailleur – qui ne l'a donc pas choisie – est un bien d'épargne dans son chef, il en va de même des cotisations individuelles payées par l'affilié de sa propre initiative. Nous pensons donc, n'était la décision de la Cour de cassation du 24 janvier 2011, que l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 27 juillet 2011 peut être appliqué par analogie au volet volontaire de l'assurance-groupe et que l'épargne constituée par cette voie doit certainement être qualifiée de *commune* ; le fondement de cette qualification est toutefois à trouver, à notre avis, non plus dans l'article 1405, 1^o, du Code civil, mais bien dans la présomption de communauté de l'article 1405, 4^o, du même Code⁸¹.

L. R.

2. Biens propres par nature

22. Vêtements et objets à usage personnel. Bijoux

L'article 1401, 1^o du Code civil qualifie propres, quel que soit le moment de l'acquisition, les vêtements et objets à usage personnel. Le caractère personnel de ces biens peut toutefois être mis en doute lorsque ceux-ci présentent une valeur patrimoniale élevée compte tenu du niveau de vie du couple⁸².

Dans un arrêt du 20 décembre 2007, la cour d'appel de Bruxelles (Bruxelles, 20 décembre 2007, *N.j.W.*, 2008, p. 451, obs. G. VERSCHELDEN) s'est prononcée en faveur de la qualification propre de 23 bijoux appartenant à l'épouse pour une valeur totale avoisinant les 72.000 €. La cour, se fondant sur le standing du couple et la durée de leur mariage (22 ans), ainsi que sur la circonstance que les bijoux avaient perdu de la valeur au fil des ans, rejette l'argument du mari selon lequel ces achats de bijoux constituaient un investissement réalisé par la communauté et conclut à l'application de l'article 1401, 1^o du Code civil.

La même juridiction, dans un arrêt du 11 janvier 2011 (Bruxelles, 11 janvier 2011, *T. Not.*, 2011, p. 215), se fonde sur la clause du contrat de mariage d'époux mariés en 1966 sous le régime ancien de la communauté réduite aux acquêts⁸³ stipulant que les bijoux et autres objets à usage personnels sont propres, pour décider que l'or obtenu (ou sa contre valeur) à la suite de la fonte

⁸⁰ Sur la distinction entre « volet obligatoire » et « volet volontaire », voy. Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997-2005) », *R.C.J.B.*, 2006, p. 838, n° 35 ; Y.-H. LELEU et F. BUYSENS, « Les assurances vie », Kluwer, 2007, TVI.2-23.

⁸¹ Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997-2005) », *R.C.J.B.*, 2006, p. 838, n° 35 ; Y.-H. LELEU et F. BUYSENS, « Les assurances vie », Kluwer, 2007, TVI.2-23.

⁸² Y.-H. LELEU, « L'actif des patrimoines propres », in *Les régimes matrimoniaux. 3. Le régime légal*, Y.-H. LELEU, L. RAUCENT (éds.), *Répertoire notarial*, t. V.3, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 78-79, n°690-691 ; W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, 2^{ème} éd., Anvers-Oxford, Intersentia, 2010, p. 174, n°293.

⁸³ La cour a écarté l'application de l'article 1401 du code civil tel que modifié par la loi du 14 juillet 1976 en vertu du droit transitoire (art. 1^{er}, 3^o des dispositions transitoires de la loi – respect du contrat conclu sous l'empire du droit antérieur).

des bijoux de l'épouse reste un bien propre de celle-ci en vertu de la subrogation réelle (actuel article 1400, 5°, C.civ.). Pour la cour, il importe peu que les bijoux en question aient une valeur sentimentale dans le chef des époux ou correspondent à des investissements dans la mesure où le contrat de mariage, tout comme l'actuel article 1401, 1°, ne distingue pas quant à ce. Nous approuvons cette solution. L'or obtenu est propre à l'épouse en tant que bien subrogé à un propre⁸⁴ (art. 1400, 5°), mais ne fait plus partie de la catégorie des biens à usage personnel (art. 1401, 1°) puisque les bijoux n'existent plus.

J. L.

23. Parts sociales. Droits résultant de la qualité d'associé. Action en retrait

Le principe en matière de qualification des parts et actions de société acquises durant le mariage est la qualification commune résiduaire : les parts et actions acquises durant le mariage sont communes sauf disposition expresse les qualifiant propres (art. 1405, 4°, jo art. 1399 à 1401 C.civ.).

L'article 1401, 5°, du Code civil déroge toutefois à ce principe pour certaines parts ou actions auxquelles il applique la distinction titre/finance, qualifiant propres les droits d'associés attachés à ces parts et actions, tout en laissant commune leur valeur.

Le champ d'application de cette disposition est cependant limité aux parts et actions *communes*, dans des sociétés où toutes les parts ou actions sont *nominatives* et à condition que celles-ci soient attribuées à *un seul conjoint* ou inscrites à son seul nom⁸⁵.

Dans son arrêt du 2 avril 2007, la cour d'appel de Gand (Gand, 2 avril 2007, *D.A.O.R.*, 2008/85, p. 15, note T. HOOGSTOEL) s'appuie néanmoins sur cette disposition pour considérer d'une manière (trop) générale qu'il s'impose d'appliquer cette distinction titre/finance dans tous les cas où est discutée la qualification propre ou commune de la valeur de parts, dès lors qu'il est question, dans le mariage, de l'une ou l'autre forme de communauté.

Cette position nous paraît critiquable dès lors que ce faisant, la cour méconnait le champ d'application limité de l'article 1401, 5°, du Code civil. En outre, la raison d'être de l'application de la distinction titre/finance à des parts et actions de société est d'éviter, sans que le patrimoine commun s'en trouve lésé, que l'époux non-associé, par le biais de la gestion concurrente, interfère dans la vie d'une société au caractère *intuitu personae* marqué à laquelle son conjoint participe. Appliquer cette distinction n'a donc de sens que pour des parts et actions de sociétés dont le caractère *intuitu personae* est marqué. L'on ne peut dès lors, comme l'affirme l'arrêt commenté,

⁸⁴ Le droit ancien admettait également le principe de la subrogation, mobilière ou immobilière, de biens propres : J. RENAUD, *Droit patrimonial de la famille. Tome I. Régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Larcier, 1971, p. 540-541, n°828-830.

⁸⁵ Pour plus de détails : B. CARTUYVELS, « Statut des parts sociales souscrites au moyen de fonds communs par un époux marié sous un régime de communauté », in *Quinze années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux*, Louvain/Académia, Bruxelles/ Bruylant, 1991, p. 59 ; Y.-H. LELEU et S. LOUIS, *Sociétés et régime matrimonial de communauté*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 27 et s. ; H. MICHEL, « Le statut des parts et actions de société au regard des régimes matrimoniaux », in *Les sociétés et le patrimoine familial : convergences et confrontations*, J.-L. RENCHON (éd.), Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia/Bruylant, 1996, 87; B. WAUTERS, *Aandelen en echtscheiding*, Anvers, Maklu, 2000, p. 40 et s.

l'appliquer à toute part ou action, dès qu'il est question dans le régime matrimonial des époux de l'une ou l'autre forme de communauté.

Dans le même arrêt, la cour d'appel de Gand considère ensuite que fait notamment⁸⁶ partie des droits d'associé qualifiés propres par l'article 1401, 5°, du Code civil et donc soumis, en vertu de l'article 1425 du même code, à la gestion exclusive de l'époux qui en est titulaire, le pouvoir d'intenter une action en retrait. A juste titre elle déclare en conséquence recevable l'action en retrait introduite par le conjoint qui dispose des droits résultant de la qualité d'associé sur les parts pour lesquelles le retrait est demandé, peu importe la qualification propre ou commune de la valeur de ces parts et actions.

Elle précise toutefois que si, suite à une telle procédure en retrait, l'un des époux est, comme en l'espèce, condamné à payer à l'autre un prix de reprise des parts et actions en cause, cette décision ne constitue nullement un jugement concernant le caractère propre ou commun des sommes ainsi payées. Il se peut en effet que la reprise des parts et actions par un époux et le paiement par lui d'un prix de reprise à son conjoint décidés dans le cadre d'une procédure en retrait, donne naissance à un droit à récompense dans le cadre de la procédure en liquidation-partage du régime matrimonial, mais le juge saisi de l'action en retrait n'a pas à se prononcer sur cette question. La cour estime dès lors que le droit patrimonial qui est acquis à la suite d'une procédure en retrait, ne pourra être considéré comme étant définitivement et personnellement acquis par le demandeur vu que des règlements éventuels restent toujours possibles entre les patrimoines personnels et le patrimoine commun.

S. L.

§3. Actif commun

1. Biens professionnels

24. La clientèle de professions libérales. Evaluation. Qualification

Le statut des clientèles de professions libérales pose question dès lors que ce type de profession tend à rattacher la clientèle au titulaire de la profession et, partant, à en réduire l'affectation commune.

⁸⁶ Relèvent également des « droits résultant de la qualité d'associé » visés à l'article 1401, 5°, du Code civil : le droit de participation à l'assemblée générale, le droit de solliciter la convocation d'une assemblée générale, le droit de vote, le droit de percevoir les dividendes, le droit d'information, l'accès aux documents sociaux, le droit de souscription préférentielle, le droit d'obtenir la communication de documents sociaux, le contrôle de la société si aucun commissaire n'a été nommé, le droit de préemption en cas de cession de parts, le droit en tant qu'actionnaire minoritaire de faire convoquer une assemblée générale, le droit à une part dans le patrimoine social de la société, le droit au boni de liquidation, le droit de demander la désignation d'un expert (réviseur d'entreprise), l'acceptation de nouveaux associés, le droit de percevoir des indemnités en cas de diminution de capital ou de dissolution, le droit de décider l'affectation du bénéfice, le droit d'être nommé gérant lorsqu'il s'agit d'une S.P.R.L. et que les statuts réservent cette fonction à un associé,... Pour plus de détails et des références doctrinales et jurisprudentielles : Y.-H. LELEU et S. LOUIS, « Les actionnaires mariés sous le régime de la communauté légale », in *Le statut des actionnaires (S.A., S.P.R.L., S.C.) – questions spéciales*, Liège, C.U.P., 2006, vol. 89, p. 182.

Néanmoins, il est désormais unanimement admis qu'une telle clientèle représente une valeur patrimoniale, même lorsque l'accès à la profession est réglementé ou que la déontologie restreint sa libre cessibilité⁸⁷. De manière générale, toute clientèle est liée au professionnel, même au « simple » commerçant.

Sur le plan de la qualification, dès lors qu'elle est acquise ou constituée durant le mariage, la clientèle d'une profession libérale doit en principe être qualifiée de commune, au titre de bien professionnel. Toutefois, afin que l'*intuitu personae* caractéristique de ce type de clientèle se concrétise par une totale liberté de gestion du titulaire, la doctrine majoritaire prône l'application de la distinction titre/finance : le titulaire de la profession conserve des droits de gestion exclusifs emportant le pouvoir d'en disposer ; la valeur de la clientèle demeure commune⁸⁸.

L'arrêt du 20 décembre 2007 de la Cour d'appel de Bruxelles (Bruxelles, 20 décembre 2007, *NjW*, 2008, p. 451, note G. VERSCHELDEN) contredit, à tort selon nous, ces principes⁸⁹.

Elle considère en effet, dans une espèce où étaient en cause les clientèles de deux ex-époux communs en biens et respectivement chirurgien esthétique et orthodontiste, que la clientèle de l'ex-époux chirurgien esthétique est à ce point liée à la personne, au nom, à l'expérience et au savoir-faire de l'ex-époux titulaire de cette profession hautement spécialisée qu'il ne peut être question de lui reconnaître une valeur patrimoniale, tandis que si le caractère *intuitu personae* de la clientèle de l'ex-épouse orthodontiste est peut être moins marqué, il n'est néanmoins pas possible de reconnaître une valeur à une simple potentialité, une évaluation de la clientèle étant purement hypothétique et aléatoire à défaut de vente, cession, apport de clientèle ou cession d'activité. Elle conclut dès lors que ces deux clientèles doivent être exclues de la communauté matrimoniale à partager. A l'appui de sa décision, elle précise encore, avec une certaine pertinence, que si la capacité de gain était reprise dans la communauté, le titulaire de chacune de ces professions se verrait empêché de manière injustifiée de poursuivre l'exercice de son activité professionnelle et de percevoir intégralement les revenus qu'elle doit générer après la dissolution de la communauté matrimoniale.

S. L.

⁸⁷ Y.-H. LELEU, « Les régimes matrimoniaux - Examen de jurisprudence (1997-2005) », *R.C.J.B.*, 2006, p. 847, n° 40 ; Y.-H. LELEU, « L'actif des patrimoines propres », in *Les régimes matrimoniaux*, 3, *Le régime légal*, L. RAUCENT et Y.-H. LELEU (éd.), *Rép. not.*, t. V., 3. II, Bruxelles, Larcier, 2001, n° 733 et références citées ; D. PIGNOLET « Het statuut en de waardering van de cliënteel in gemeenschapsstelsels », in *Patrimonium 2009*, W. PINTENS, J. DU MONGH et C. DECLERCK (éd.), Anvers, Intersentia, 2009, p. 190.

⁸⁸ Y.-H. LELEU, « Les régimes matrimoniaux - Examen de jurisprudence (1997-2005) », *R.C.J.B.*, 2006, p. 847, n° 40. En ce sens et pour plus de détails : D. PIGNOLET « Het statuut en de waardering van de cliënteel in gemeenschapsstelsels », in *Patrimonium 2009*, W. PINTENS, J. DU MONGH et C. DECLERCK (éd.), Anvers, Intersentia, 2009, p. 182 et s.

⁸⁹ Pour un autre commentaire critique : C. DECLERCK, « Kroniek familiaal vermogensrecht. Secundaire huwelijksvermogensstelsel », in *Patrimonium 2008*, W. PINTENS, J. DU MONGH et C. DECLERCK (éd.), Anvers, Intersentia, 2008, p. 23, n° 26.

2. Biens donnés conjointement aux deux époux

25. Présomption de libéralité conjointe

Il résulte de la combinaison des articles 1399, alinéa 1^{er} et 1405, 3^o du code civil que les donations (ou legs) constituent des biens propres de l'époux donataire, sauf lorsque ces biens sont donnés conjointement aux deux époux ou à l'un d'eux avec stipulation de communauté⁹⁰. La jurisprudence récente montre qu'une certaine confusion règne encore lorsque la destination de la donation n'est pas précisée dans l'*instrumentum*, qui peut être un virement en cas de donation bancaire⁹¹.

La cour d'appel de Bruxelles (Bruxelles, 7 décembre 2006, *Rec. gen. enr. not.*, 2010, p. 67, R.T.D.F., 2009, p. 914, R.T.D.F., 2010, p. 14) en présence d'un don effectué par les parents de l'époux sur le compte personnel de celui-ci (les époux ne possédant pas de compte commun à l'époque), présume la libéralité conjointe « dans la mesure où cette somme a servi à rembourser un emprunt souscrit par les deux époux » et où les parties ne disposaient pas d'un compte commun à l'époque. Elle considère ainsi qu'il appartenait à l'époux de démontrer l'intention de ses parents de lui donner l'argent à lui seul.

La cour a, selon nous, appliqué de façon incorrecte les principes susmentionnés en renversant la charge de la preuve. Nous approuvons donc la décision du tribunal civil de Termonde (civ. Termonde, 18 juin 2009, R.A.B.G., 2010, p. 782, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 244, somm.) qui juge qu'à défaut de démontrer que la donation a été effectuée aux deux époux, elle doit être considérée comme ayant été faite par le père de l'épouse à celle-ci personnellement. La circonstance que l'argent donné ait servi à acquérir un bien commun ne change rien à cette qualification. Il en irait autrement, selon nous, en présence d'une donation sur un compte commun et dont l'affectation à des fins communes, telles l'achat d'un bien commun, aurait été précisée par le donateur⁹².

J. L.

⁹⁰ W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, 2^{ème} éd., Anvers-Oxford, Intersentia, 2010, p. 183, n°308 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 91-92, n°78.

⁹¹ Voy. not. à ce sujet la jurisprudence de la cour d'appel de Mons : S. LOUIS, « Le régime matrimonial légal », in *Chroniques notariales*, Y.-H. LELEU (éd.), vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 174-175, n°29 ; Y.-H. LELEU, « Les régimes matrimoniaux – Examen de jurisprudence (1997-2005) », R.C.J.B., 2006, p. 849, n°42.

⁹² *Contra* : Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 92, n°78. Selon cet auteur, la donation effectuée sur un compte commun sans précision de l'affectation est commune en application de l'article 1405, 3^o, C.civ.

3. Qualification commune résiduaire

26. Argent déposé sur un compte au nom d'un des époux

En vertu de l'article 1405, 4°, du Code civil tous les biens dont il n'est pas prouvé qu'ils sont propres à l'un des époux en application d'une disposition légale sont communs.

Le tribunal de première instance d'Arlon (Civ. Arlon, 3 mars 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1276) fait une correcte application de cette disposition concernant des fonds déposés sur un compte bancaire ouvert au nom d'un seul des époux. En effet, aucune disposition légale ne prévoyant expressément que les sommes figurant sur un compte ouvert au nom d'un seul époux sont propres, ces sommes doivent être qualifiées de communes en application de l'article 1405, 4°, du Code civil. La preuve de la propriété des fonds n'est en effet pas établie par la seule titularité du compte⁹³.

Le tribunal de première instance de Nivelles (Civ. Nivelles, 11 octobre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, liv. 4, p. 1281, note J.-L. RENCHON) va dans le même sens dans son jugement du 11 octobre 2006 en considérant que le fait qu'un compte bancaire soit ouvert au nom d'un seul époux n'établit pas le caractère propre des sommes figurant sur ce compte. Toutefois, dès lors que dans l'espèce soumise à ce tribunal, l'argent figurant sur un tel compte provenait en fait d'économies faites sur les revenus de l'époux titulaire dudit compte, cet argent est qualifié de commun en application de l'article 1405, 1°, du Code civil et non en vertu de la qualification commune résiduaire de l'article 1405, 4°, du Code civil.

S. L.

Section 2. Le passif des patrimoines et les droits des créanciers

§ 1. Passif propre

27. Dette antérieure au mariage

Sont propres, aux termes de l'article 1406 du Code civil, les dettes des époux antérieures au mariage, c'est-à-dire celles dont la cause juridique est antérieure au mariage, même si elles ne deviennent exigibles que postérieurement à cette date⁹⁴.

⁹³ Dans le même sens : Bruxelles, 16 février 2010, RG : 2007AR2074, non publié, cité in C. DECLERCK, « Kroniek familiaal vermogensrecht. Secundaire huwelijksvermogensstelse », in *Patrimonium* 2010, W. PINTENS et C. DECLERCK (éd.), Anvers, Intersentia, 2010, p. 7, n° 9.

⁹⁴ H. CASMAN, M. VAN LOOK, *Les régimes matrimoniaux*, Kluwer, feuill. mob., 1997, III.5.-4 ; E. BEGUIN, « Le passif », *Les régimes matrimoniaux. 3. Le régime légal*, Y.-H. LELEU, L. RAUCENT (éds.), *Répertoire notarial*, t. V, II.3, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 171-172, n°799 ; G. VERSCHELDEN, « Huwelijksvermogensrecht en erfrecht », *Rechtskroniek voor het Notariaat*, Deel 15, Die Keure, 2009, p. 111, n°13 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruxlant, 2008, p. 118-119, n°99.

Le tribunal de commerce de Charleroi a fait une application correcte de ce principe dans un arrêt du 9 janvier 2008 (Comm. Charleroi, 9 janvier 2008, *J.T.*, 2008, p. 192) en jugeant qu'une dette de cautionnement contractée par un époux avant le mariage était propre en vertu de l'article 1406, bien que l'obligation de paiement ne soit née qu'en cours de mariage.

J. L.

28. Dette contractée dans l'intérêt exclusif du patrimoine propre

En vertu de l'article 1407, 1^{er} tiret, du Code civil, sont propres les dettes contractées par un seul des époux dans l'intérêt exclusif de son patrimoine propre. Il appartient au juge du fond d'apprécier souverainement *in concreto*, cet intérêt exclusif⁹⁵.

La cour d'appel de Gand (Gand, 22 décembre 2006, *Huur*, 2008, p. 147) s'est prononcée sur la qualification d'une dette résultant du dommage causé par le décès d'un époux. Les faits ayant donné lieu à cet arrêt sont assez singuliers : un homme marié loue un appartement à la mer pour y passer quelques jours seul. Il décède dans l'appartement à la fin de son séjour, mais le corps n'est retrouvé que quelques jours plus tard, ce qui cause un dommage au propriétaire qui souhaite obtenir une indemnisation notamment de la part de l'épouse du défunt. La cour estime que le défunt avait contracté la dette uniquement dans son intérêt propre et conclut à l'application des articles 1407, alinéa 1^{er} et 1409 du Code civil pour décharger l'épouse de toute obligation d'indemnisation en sa qualité d'indivisaire de la communauté dissoute.

L'on peut regretter, au vu des rares cas d'application de l'article 1407, 1^{er} tiret, que la cour n'ait pas précisé davantage quelle est la dette qu'elle qualifie de propre : s'agit-il de la dette résultant de la location de l'appartement par l'époux, ou de celle résultant du dommage causé par son décès ? Il semble ressortir de la formulation de la cour que celle-ci ait voulu viser la première de ces hypothèses ; l'on ne peut en effet *contracter* une dette lorsque l'on est mort.

Si tel est bien le cas, nous regrettons la solution retenue par la cour et en particulier son manque de motivation. En effet, la dette de location contractée par le mari seul ne l'est pas dans l'intérêt exclusif de son *patrimoine propre*, mais plutôt dans son intérêt personnel. Or l'article 1407, 1^{er} tiret, est de stricte interprétation⁹⁶. Cette dette aurait donc dû être qualifiée de commune en vertu de l'article 1408, 7^{ème} tiret, du Code civil.

J. L.

⁹⁵ En ce sens : E. BEGUIN, « Le passif », in *Les régimes matrimoniaux. 3. Le régime légal*, Y.-H. LELEU, L. RAUCENT (éds.), *Répertoire notarial*, t. V., II.3, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 174, n° 803 ; W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, 2^{ème} éd., Anvers-Oxford, Intersentia, 2010, p. 188-189, n° 322.

⁹⁶ En ce sens : S. LOUIS, « Le régime matrimonial légal », in *Chroniques notariales*, Y.-H. LELEU (éd.), vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 177-178, n° 32 ; Ch. DECLERCK, « Secundair huwelijksvermogensstelsel », in *Patrimonium 2007*, W. PINTENS, J. DU MONGH (éds.), Anvers-Oxford, Intersentia, 2007, p. 27, n° 30 ; A. WYLLEMAN, « Familiaal vermogensrecht », *Rechtskroniek voor het Notariaat*, Deel 10, Die Keure, 2007, p. 77, n° 14.

29. Dette résultant d'une infraction pénale. Confiscation

L'article 1407, 4^{ème} tiret du Code civil qualifie également de propres les dettes résultant d'une condamnation pénale ou d'un délit ou quasi-délit commis par un des époux.

Dans une affaire soumise au tribunal de première instance de Liège, deux immeubles communs avaient été confisqués suite à une infraction pénale commise par le mari (Civ. Liège, 25 février 2008, *Rev. not. b.*, 2009, p. 263, obs. G. de L.). L'épouse avait alors introduit une demande de mainlevée pour la part des immeubles lui appartenant. Le tribunal rappelle à cette occasion que les immeubles confisqués sont communs et non indivis. Il en résulte que les époux n'ont pas, pendant le mariage, de droits de copropriété sur ces biens. Suite à la confiscation, les droits de l'époux dans ces immeubles sont devenus la propriété de l'Etat. Il existe donc une indivision entre l'Etat et l'épouse, de sorte que lors de la réalisation des immeubles, la moitié du prix devra revenir à celle-ci. Le tribunal relève pour terminer, sans autres précisions, et à vrai dire sans en avoir besoin, que « la confiscation pénale des biens immobiliers voire de droits réels immobiliers n'est pas une dette résultant d'une infraction pénale mais une peine », ce qui exclut l'application des articles 1407 et suivants.

J. L.

30. Dette d'aliments à l'égard d'un parent

L'article 1408, 6^{ème} tiret, du Code civil qualifie de commune la dette d'aliments au profit des descendants d'un seul des époux.

Le sort des dettes alimentaires à l'égard des *ascendants* n'est quant à lui pas expressément réglé par les dispositions du régime légal. Elles sont traditionnellement qualifiées de communes, tant par la doctrine⁹⁷ que la jurisprudence⁹⁸. La jurisprudence limite toutefois le gage des créanciers au patrimoine propre du débiteur et au patrimoine commun, ce qui est équitable mais critiquable au vu de la nécessité d'interpréter restrictivement l'article 1414, alinéa 2, 4, du Code civil⁹⁹.

Dans un litige opposant un CPAS à un couple marié sous le régime légal à propos de l'aide sociale dispensée à la mère de l'épouse, la cour d'appel de Bruxelles (Bruxelles, 1er décembre 2009, T. Fam., 2010, p. 100, note R. BARBAIX) s'écarte toutefois de ces principes. La cour qualifie

⁹⁷ H. CASMAN, M. VAN LOOK, *Les régimes matrimoniaux*, Kluwer, feuill. mob., 1997, III.6.-7 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 129 ; E. BEGUIN, « Le passif », *Les régimes matrimoniaux. 3. Le régime légal*, Y.-H. LELEU, L. RAUCENT (éds.), *Répertoire notarial*, t. V, II.3, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 184, n° 818 ; Y.-H. LELEU « Examen de jurisprudence (1996-2005). Régimes matrimoniaux », R.C.J.B., 2006, 857, n° 50 ; W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, 2^{ème} éd., Anvers-Oxford, Intersentia, 2010, p. 195, n° 340 ; *contra* : R. BARBAIX, « Het huwelijksvermogensrechtelijk statuut van onderhoudsschulden. Een pleidooi voor consistentie ! », in *Patrimonium 2008*, W. PINTENS, J. DU MONGH, Ch. DECLERCK (éds.), Anvers-Oxford, Intersentia, 2008, p. 222-230, n° 12-20.

⁹⁸ Anvers, 26 juin 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, 978, note (critique) K. VANWINCKELEN ; Cass. 10 septembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 37, *J.T.*, 1988, p. 143, R.C.J.B., 1990, p. 251, note S. NUDELHOLE, *Rev. not. b.*, 1987, p. 680, R.G.D.C., 1989, p. 129, note J. GERLO.

⁹⁹ Voy. sur ce point : Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1996-2005). Régimes matrimoniaux », R.C.J.B., 2006, p. 857, n° 50 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 129.

en effet de *propre* la dette d'aliments d'un enfant à l'égard de ses parents dans la mesure où cette dette résulte du lien de la filiation et est donc antérieure au mariage (art. 1406 C.civ.). Par contre, la dette alimentaire d'un allié à l'égard de ses beaux-parents – ici la dette du mari envers la mère de l'épouse – est qualifiée de commune dans la mesure où elle ne naît qu'avec le mariage et n'entre dans aucune catégorie de dettes propres (art. 1408, *in fine*, C.civ.)¹⁰⁰.

Si l'on admet que la cause de la dette d'aliments d'un enfant à l'égard de ses ascendants est le lien de parenté existant, peu importe le moment de l'exigibilité (la naissance du besoin d'aliments), il faut reconnaître que la cour a fait une application correcte de l'article 1406 du Code civil (*supra*, n° 27)¹⁰¹.

Quant au passif provisoire, la cour conclut à l'application de l'article 1413 du Code civil. Elle considère en effet que la dette d'aliments peut être recouvrée sur les trois patrimoines, estimant qu'elle a été « contractée » par les deux époux, mais en des qualités différentes, l'un sur base de l'article 205, l'autre sur base de l'article 206 du même code.

Selon nous, l'application de l'article 1413 est critiquable en l'espèce, à défaut d'une dette *contractée* par les époux. Cette disposition vise en effet les dettes communes en vertu de l'article 1408 et les dettes qui engagent les époux, l'un comme débiteur, l'autre comme caution¹⁰². Or, suivant le raisonnement de la cour, la dette de l'époux à l'égard de ses propres parents est une dette propre. La question de l'application de l'article 1413 ne se pose donc même pas¹⁰³. Quel sera alors le gage des créanciers ? Selon nous, si l'on suit le raisonnement de la cour quant à la contribution, il faut distinguer entre les époux. La dette (propre) de l'épouse devrait pouvoir être recouvrée, sur son patrimoine propre et ses revenus (art. 1409 C.civ) ainsi que sur le patrimoine commun dans la mesure où il se serait enrichi par l'absorption de biens propres (art. 1410 C.civ.). La dette commune (la dette alimentaire de l'époux à l'égard de sa belle-mère), quant à elle, pourrait l'être sur les trois patrimoines en application de l'article 1414, alinéa 1^{er}.

J. L.

¹⁰⁰ En ce sens : R. BARBAIX, « Het huwelijksvermogensrechtelijk statuut van onderhoudsschulden. Een pleidooi voor consistentie ! », in *Patrimonium 2008*, W. PINTENS, J. DU MONGH, Ch. DECLERCK (éds.), Anvers-Oxford, Intersentia, 2008, p. 222-230, n° 12-20.

¹⁰¹ Dans ce sens, R. BARBAIX, « Enkele aspecten van het verhaal van het OCMW op de gehuwde onderhoudsplichtigen », note sous l'arrêt commenté, *T. Fam.*, 2010, p. 105 et s., n°18-19. *Contra* : Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1982-1996). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 1998, p. 139-144, n° 59.

¹⁰² H. CASMAN, M. VAN LOOK, *Les régimes matrimoniaux*, Kluwer, feuill. mob., 1997, III.8.-1 ; Rapport HAMBYE, Doc. Parl., Sén., sess. extr. 1974, n°2, p. 42-43 ; Rapport de la sous-commission de la Justice, Doc. Parl., Sén., sess. extr. 1974, n°2, pp. 123 et 139.

¹⁰³ *Contra* : R. BARBAIX, « Enkele aspecten van het verhaal van het OCMW op de gehuwde onderhoudsplichtigen », note sous l'arrêt commenté, *T. Fam.*, 2010, p. 112, n° 20. L'auteur approuve la raisonnement de la cour quant à l'applicabilité de l'article 1413, estimant que le terme « contracté » peut être étendu aux hypothèses où les époux sont légalement tenus à la dette.

§ 2. *Passif commun*

31. Présomption de communauté. Frais de soins de santé

La qualification commune d'une dette de soins de santé contractée par un époux séparé de fait ne fait plus de doute depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 20 mars 1997¹⁰⁴. Elle a été confirmée par deux décisions des juges de paix de Fontaine-l'Evêque et du 1^{er} canton de Charleroi (J.P. Fontaine-l'Evêque, 10 juin 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 380, somm. et J.P. Charleroi (1^{er} canton), 8 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2011, p. 379, somm.). Ces décisions se fondent sur la qualification résiduaire de l'article 1408, 7^{ème} tiret, du Code civil, considérant que la séparation de fait ne suffit pas à renverser la présomption de communauté (outre qu'aucune disposition de l'article 1407 du Code civil ne permettrait de déclarer la dette propre)¹⁰⁵.

J. L.

32. (suite) Présomption de communauté. Frais de notaire

En présence d'un inventaire réalisé avant la date à laquelle rétroagissent les effets du divorce (art. 1278, al. 2, C.jud.), la cour d'appel de Bruxelles se fonde sur la qualification commune résiduaire de l'article 1408, dernier alinéa, pour considérer que les frais de notaires y relatifs sont une dette commune à défaut pour l'époux de démontrer sur quelle base légale elle serait propre (Bruxelles, 11 janvier 2011, *T. Not.*, 2011, p. 215).

J. L.

33. Dettes fiscales

Dans ce même arrêt du 11 janvier 2011, la cour rappelle à juste titre que les dettes fiscales nées avant la dissolution du régime sont à charge du patrimoine commun et doivent être supportées par les époux chacun à concurrence de moitié, et non proportionnellement aux revenus taxables générés par chacun d'eux¹⁰⁶. Du point de vue de l'obligation, la cour ajoute que ces dettes peuvent être recouvrées sur les trois patrimoines en vertu de l'article 1414 (alinéa 1^{er}) du Code civil. La cour ne fait pas ici mention de l'article 314 du CIR qui règle l'assiette du recours de

¹⁰⁴ Cass., 20 mars 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 392, *Div. Act.*, 1997, p. 120, note E. DE WILDE D'ESTMAEL, *E.J.*, 1997, p. 130, note F. BUYSSENS, *R.W.*, 1997-98, p. 913, note F. APS. Pour un commentaire de cette décision, voy. Y.-H. LELEU « Examen de jurisprudence (1982-1996). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 1998, p. 153, n° 71.

¹⁰⁵ Voy. sur cette question : Y.-H. LELEU « Examen de jurisprudence (1996-2005). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2006, p. 856-857, n° 49.

¹⁰⁶ En ce sens déjà : Gand, 17 mars 2005, *Div. Act.*, 2005, p. 101, obs. J.-E. BEERNAERT. Voy. également Ch. DECLERCK, « Secundair huwelijksvermogensstelsel », in *Patrimonium 2006*, W. PINTENS, J. DU MONGH (éds.), Anvers-Oxford, Intersentia, 2006, p. 47, n° 72.

l'administration fiscale - en principe les trois patrimoines - et prime les dispositions du régime matrimonial¹⁰⁷.

La cour d'appel de Gand, quant à elle (Gand, 19 janvier 2010, *T.G.R.*, 2010, p. 205), précise que le fait que la dette soit commune et puisse être recouvrée sur les trois patrimoines ne suffit pas pour déduire l'existence d'une solidarité entre des époux séparés de fait depuis plus d'un an. Dans cette affaire, l'administration fiscale n'avait pu recouvrer, contre le mari, la dette d'impôt relative à des revenus qu'il avait perçus en 1983 alors que les époux étaient déjà séparés de fait depuis plus d'un an. Elle a alors tenté de récupérer les sommes auprès de l'épouse. Cette dernière invoquait pour sa défense la prescription de la dette d'impôt. L'administration fiscale soutenait de son côté que l'interruption, non contestée, de la prescription à l'égard du mari sortait également ses effets à l'égard de l'épouse, dans la mesure où ceux-ci devaient être considérés comme débiteurs solidaires (art. 1206 et 2249 C.civ.)¹⁰⁸. La cour ne suit pas le raisonnement de l'administration estimant, à raison, que le caractère commun de la dette d'impôt, et le gage de l'administration fiscale sur les trois patrimoines, ne suffisent pas à entraîner la solidarité dans le chef des époux. La portée de cet arrêt doit être relativisée sur le plan fiscal depuis l'introduction, en 2001, de l'article 394, § 2 du CIR¹⁰⁹. Cette disposition empêche l'administration fiscale, en cas de séparation de fait des conjoints, de recouvrer l'impôt afférent aux revenus que l'un d'eux aura perçus à partir de la deuxième année civile suivant celle de la séparation de fait sur les revenus de l'autre conjoint ou sur les biens qu'il aurait acquis grâce à ces revenus¹¹⁰.

J. L.

§ 3. Droits des créanciers

34. Paiement d'une dette propre. Charge de la preuve du caractère propre des biens saisis

En vertu des articles 1409 et 1410 du Code civil, le paiement d'une dette d'un époux antérieure au mariage, ou grevant les successions et libéralités, peut être poursuivi tant sur son patrimoine propre et ses revenus que sur le patrimoine commun dans la mesure où celui-ci s'est enrichi par l'absorption de biens propres au débiteur. L'article 1405, 4^o qualifie quant à lui de communs tous les biens dont il n'est pas prouvé qu'ils sont propres.

¹⁰⁷ Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 132, n°113 ; Y.-H. LELEU « Examen de jurisprudence (1996-2005). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2006, p. 858-863, n° 51.

¹⁰⁸ Sur la question de l'interruption de la prescription en présence de débiteurs solidaires : P. WERY, « L'interruption de la prescription libératoire en présence d'une obligation à pluralité de sujets », note sous Cass., 9 juin 2006, *R.G.D.C.*, 2008, p. 99.

¹⁰⁹ Introduit par la loi du 10 août 2001, puis modifié par une loi du 10 août 2005 pour étendre la mesure au précompte professionnel et au précompte mobilier.

¹¹⁰ Sur le recouvrement des dettes fiscales en cas de séparation de fait : M.-Ch. VALSCHAERTS, « Impôts sur les revenus. La fiscalité familiale », in *Rép. not.*, t. XV, liv. 4/1, 2009, p. 95-96, n°129 ; Y.-H. LELEU « Examen de jurisprudence (1996-2005). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2006, p. 858-863, n° 51 ; D. PIGNOLET, « De belastingschuld en het huwelijk. Contributio en obligatio », *Patrimonium 2007*, W. PINTENS, J. DU MONGH (éds.), Anvers-Oxford, Intersentia, 2007, p. 212-214, n°10-12.

Nous approuvons dès lors la décision du juge des saisies de Gand (Civ. Gand, 13 octobre 2009, R.W., 2010-11, p. 1267) selon laquelle il appartient au créancier agissant sur base de l'article 1409 du Code civil pour obtenir le paiement d'une dette d'un époux antérieure au mariage, d'apporter la preuve du caractère propre des meubles meublants saisis au domicile conjugal. Cette charge de la preuve, qui peut être rapportée par toutes voies de droit, pèse de la même manière sur le créancier lorsque celui-ci se prévaut de l'article 1410 (voy. ci-dessous, n° 35).

Le juge facilite néanmoins la tâche du créancier dans la mesure où il estime qu'il appartient aux époux de collaborer à l'administration de la preuve, ceux-ci ne pouvant se retrancher derrière la présomption de l'article 1405, 4° du Code civil. Nous regrettons qu'il ne précise pas, alors que la charge de la preuve pourrait en être renversée, comment cette collaboration doit concrètement s'effectuer.

J. L.

35. (suite). Enrichissement du patrimoine commun par absorption de biens propres

L'article 1410, qui étend le gage des créanciers au patrimoine commun dans la mesure où il s'est « enrichi par l'absorption de biens propres au débiteur », poursuit un double objectif : éviter que l'époux débiteur ne diminue le gage de ses créanciers en transformant ses biens propres en biens communs, et limiter le gage des créanciers sur le patrimoine commun à raison de l'enrichissement procuré à celui-ci¹¹¹.

Les modalités de l'absorption de biens propres sont sans incidence¹¹². Nous approuvons donc la décision du juge des saisies de Gand ci-dessus commentée (Civ. Gand, 13 octobre 2009, R.W., 2010-11, p. 1267) qui considère que cet enrichissement peut résulter de la confusion des patrimoines durant les années de vie communes précédant le mariage. Le juge ne précise pas ici l'objet de la preuve devant être rapportée par le créancier. Selon nous, la preuve de l'enrichissement est rapportée à suffisance s'il démontre que des biens propres sont entrés en communauté, sans devoir démontrer le profit concret retiré par celle-ci¹¹³.

¹¹¹ Rapport de la Sous-commission, Doc. Parl., Sén., sess. extr. 1974, n°2, p. 135 ; H. CASMAN, M. VAN LOOK, *Les régimes matrimoniaux*, Kluwer, feuill. mob., 1997, III.7.-4.

¹¹² H. CASMAN, M. VAN LOOK, *Les régimes matrimoniaux*, Kluwer, feuill. mob., 1997, III.7.-4 ; W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, 2^{ème} éd., Anvers-Oxford, Intersentia, 2010, p. 200, n°347.

¹¹³ Cette position nous paraît cohérente avec la jurisprudence récente en matière de récompense qui dispense l'époux demandeur de récompense (art. 1434 C.civ.) de la preuve d'un profit tangible pour la communauté (*infra*, n° 60). En ce sens : E. BEGUIN, « Le passif », *Les régimes matrimoniaux. 3. Le régime légal*, Y.-H. LELEU, L. RAUCENT (éds.), *Répertoire notarial*, t. V, II.3, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 188, n° 821. *Contra* : Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 124-125, n°106 ; W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, 2^{ème} éd., Anvers-Oxford, Intersentia, 2010, p. 200-201, n°348. Selon ces auteurs, la preuve de l'entrée en communauté ne suffit pas, il appartient au créancier de démontrer en outre l'enrichissement réel de celle-ci.

Nous doutons par contre que l'apport en communauté d'un bien qui appartenait au débiteur avant le mariage (art. 1452) soit visé par l'article 1410¹¹⁴. L'article 1452, al. 2, rend en effet déjà une partie des dettes antérieures au mariage communes à titre définitif. Le tribunal de commerce de Charleroi en a cependant décidé autrement dans un arrêt du 9 janvier 2008 (Comm. Charleroi, 9 janvier 2008, *J.T.*, 2008, p. 192 – déjà commenté *supra*, n° 27) estimant que l'article 1410 s'applique dans la mesure où l'époux a fait entrer, par contrat de mariage, tout son patrimoine propre dans la société d'acquêts.

J. L.

§ 4. Faillite d'un époux.

36. Excusabilité. Dette contractée par les deux époux

L'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites¹¹⁵, stipule que « le conjoint du failli qui est personnellement obligé à la dette de son époux ou l'ex-conjoint qui est personnellement obligé à la dette de son époux contractée du temps du mariage est libéré de cette obligation par l'effet de l'excusabilité ».

La jurisprudence récente accorde le bénéfice de l'excusabilité du failli au conjoint sans distinction selon qu'il s'est engagé en qualité de caution ou de codébiteur. Ainsi, dans ses arrêts des 2 octobre 2008 et 24 février 2009, la Cour d'appel de Liège (Liège, 2 octobre 2008, *J.L.M.B.*, 2010, p. 348 et Liège, 24 février 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1345), en présence de crédits contractés par les deux époux, libère le conjoint du failli de sa dette envers l'institution financière malgré sa qualité de codébiteur. La cour se fonde sur la généralités des termes de la loi, celle-ci ne distinguant pas selon que la dette est également propre au conjoint du failli (dans le même sens : Mons, 21 février 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1241 ; Gand, 2 janvier 2008, *N.j.W.*, 2008, p. 264 ; Gand, 28 octobre 2008, *R.W.*, 2008-2009, p. 1776).

Nous ne pouvons qu'approuver cette solution qui découle des termes de la loi¹¹⁶. Comme certains auteurs¹¹⁷, nous relevons toutefois « l'aubaine » que constitue dans cette mesure la faillite d'un

¹¹⁴ En ce sens : Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 124-125, n°106. *Contra* : W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, 2^{ème} éd., Anvers-Oxford, Intersentia, 2010, p. 200, n°347 ; B. CARTUYVELS, « Les régimes de communauté conventionnelle », *Les régimes matrimoniaux. 4. Les régimes conventionnels. Le droit transitoire*, Y.-H. LELEU et L. RAUCENT (éds.), *Répertoire notarial*, t. V., II. 4, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 155, n° 1229. Voy. également : H. CASMAN, M. VAN LOOK, *Les régimes matrimoniaux*, Kluwer, feuill. mob., 1997, IV.2.-9 ; R. DEKKERS, H. CASMAN, *Handboek Burgerlijk Recht. Deel IV. Huwelijksstelsels – Erfrecht – Giften*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2010, p. 99-100, n°151, p. 189-190, n°294. Selon ces derniers auteurs, l'article 1452, al. 2 ne s'applique que dans les rapports entre époux, les droits des créanciers en cas d'apport étant dès lors réglés par le droit commun de la matière à savoir l'article 1410 C.civ.

¹¹⁵ Telle que modifiée par la loi du 18 juillet 2008.

¹¹⁶ Voy. dans ce sens : J. DU MONGH, Ch. DECLERCK, « Secundair huwelijksvermogensstelsel », in *Patrimonium* 2009, W. PINTENS, J. DU MONGH, Ch. DECLERCK (éds.), Anvers-Oxford, Intersentia, 2009, p. 21-22, n° 27-29 ; P. HENFLING, J. WILLEMS, « Excusabilité du failli et décharge de la caution », in *Droit de la faillite - Actualités*, Editions du Jeune barreau de Liège, 2005, p. 48 ; M. LEMAL, « Le bénéfice de l'excusabilité étendu au cohabitant légal du failli », note sous C. Const., 18 novembre 2010, *J.T.*, 2011, p. 127 ; DERIJKE, T'KINT, « La faillite », in

époux pour son conjoint dès lors libéré de dettes qui lui sont pourtant personnelles. Reste qu'en l'état actuel des textes il ne peut en être décidé autrement.

En matière fiscale par contre, le tribunal de première instance de Gand (Civ. Gand, 30 mars 2010, *T.G.R.*, 2010, p. 286, *R.T.D.F.*, 2011, p. 245, somm.) estime que l'enrôlement de l'impôt au nom des deux époux n'empêche pas de déterminer leur dette fiscale de manière séparée. Dès lors, l'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites ne libère pas le conjoint du failli de sa propre dette fiscale établie sur base de la partie de la déclaration fiscale relative à ses revenus. L'excusabilité fait cependant obstacle à ce que la dette d'impôt relative aux revenus de l'époux non failli soit recouvrée sur le patrimoine commun. Elle pourra par contre l'être sur son patrimoine propre.

J. L.

37. Faillite du conjoint. Suspension des poursuites

Il peut s'écouler un certain temps entre le jugement déclaratif de faillite et la décision statuant sur l'excusabilité. L'article 24bis de la loi du 8 août 1997 prévoit dès lors que les voies d'exécution seront suspendues à dater du jugement déclaratif de faillite pour « la personne qui, à titre gratuit, s'est constituée sûreté personnelle du failli ».

La cour d'appel de Liège (Liège, 29 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 354) eut à connaître d'un litige dans lequel, alors qu'il n'avait *pas encore* été statué sur l'excusabilité, l'épouse du failli était *personnellement obligée* à la dette de son mari et s'était engagée envers le créancier à *céder* sa rémunération en garantie de cette obligation. L'épouse, *n'ayant pas la qualité de sûreté à titre gratuit*, ne pouvait bénéficier de mesure de suspension de l'article 24bis, qui par ailleurs ne s'applique pas aux mécanismes conventionnels tels qu'une cession de rémunération. Ce litige amena la cour d'appel à interroger la Cour Constitutionnelle sur la compatibilité de cet article 24bis avec les principes d'égalité et de non discrimination.

Dans son arrêt du 4 février 2010, la Cour Constitutionnelle (C. Const., 4 février 2010, *N.j.W.*, 2010, p. 418, note G.V., *R.A.G.B.*, 2010, p. 475, *R.W.*, 2009-2010, p. 1109, *T.B.H.*, 2010, p. 286, *T. Fam.*, 2010, p. 90, note C. AERTS) s'est fondée sur sa jurisprudence antérieure pour décider que « le législateur a laissé subsister une différence de traitement incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il n'a pas prévu que les voies d'exécution à charge du conjoint du failli sont suspendues, en attendant que, le cas échéant, ait été prise la décision relative à l'excusabilité du failli »¹¹⁸. De même, la Cour estime que l'article 24bis de la loi sur les faillites doit pouvoir être appliqué à l'exécution d'une convention de cession de rémunération.

J. L.

Répertoire notarial, t. XII, liv. 12, 2006, p. 372, n° 536 ; M. LAMESCH, « L'excusabilité du débiteur failli, le sort des sûretés personnelles et de son conjoint. Dix ans d'évolution depuis l'adoption de la loi du 8 août 1997 », *R.G.D.C.*, 2007, p. 515, n° 108-110 ; K. CREYF, « De gevolgen voor de borg of de echtgenoot bij bevrijding of kwijtschelding van schulden in het insolventierecht », *R.W.*, 202-2003, p. 450, n° 25.

¹¹⁷ Ch. BIQUET-MATHIEU, S. NOTARNICOLA, « La protection des sûretés personnelles dites faibles. Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit », *CUP*, vol. 100, Anthemis, p. 85, n° 73.

¹¹⁸ Attendu B.10.

38. Faillite postérieure au divorce

En cas de faillite d'un époux marié sous le régime légal, la masse faillie se compose de ses biens propres ainsi que du patrimoine commun. Elle ne comprend pas les biens propres du conjoint.

Lorsque la faillite survient postérieurement au divorce, le régime légal est déjà dissous et les biens communs appartiennent aux époux en indivision. La cour d'appel de Liège précise que, dans ce cas, « il n'existe plus de parfaite corrélation entre les créanciers admis à la faillite et les créanciers qui peuvent prétendre à des droits sur le patrimoine commun à liquider. Les créanciers qui ont contracté avec le failli après son divorce sont des créanciers personnels de ce dernier et ne peuvent prétendre récupérer leur créance que sur son patrimoine propre ainsi que sur le solde éventuel revenant à ce dernier après aboutissement de la liquidation du patrimoine commun ».

La circonstance qu'un époux soit déclaré en faillite, avant ou après le divorce, ne modifie en rien la règle selon laquelle le partage de la communauté n'intervient qu'après le règlement du passif. L'épouse du failli ne peut dès lors prétendre d'emblée à la moitié du prix de vente d'un immeuble commun, pas plus qu'elle ne peut conserver la somme provenant d'un dégrèvement fiscal relatif à des revenus communs (Liège 8 mai 2008, *J.L.M.B.*, 2011, p. 353, *J.D.J.*, 2010, p. 43).

J. L.

Section 3. La gestion du patrimoine commun

§1^{er}. Gestion concurrente

39. Préjudice causé au patrimoine commun

En vertu de l'article 1416 du Code civil, le patrimoine commun est soumis à la gestion concurrente des époux, sous réserve des actes soumis à leur gestion conjointe (art. 1417, al. 2, 1418 et 1419, C. civ.) ou à la gestion privative professionnelle d'un époux (art. 1417, al. 1, C. civ.), à charge pour chacun d'eux de respecter les actes accomplis par son conjoint.

Dans son arrêt du 24 juin 2010 (Cass., 24 juin 2010, *N.J.W.*, 2011, liv. 235, p. 54, note G. JOCQUE, R.D.C., 2011, liv. 2, p. 139, note C. VAN SCHOUBROEK), la Cour de cassation était saisie d'une espèce dans laquelle l'épouse, agissant en sa qualité de gestionnaire du patrimoine commun, prétendait obtenir de l'assureur du véhicule de société de son époux, réparation du dommage causé par celui-ci au patrimoine commun, plus précisément au véhicule commun du couple que l'époux, au volant de sa voiture de société, avait embouti.

La Cour considère que le patrimoine commun étant constitutif d'un patrimoine affecté soumis à une gestion concurrente des deux conjoints, le conjoint marié sous le régime légal qui, par sa faute, porte préjudice à un bien du patrimoine commun à la suite d'un délit ou quasi-délit est tenu de réparer ce préjudice. Elle précise que l'article 1382 du Code civil ne déterminant pas le moment auquel cette réparation doit intervenir, aucun obstacle ne s'oppose à ce que le principe de l'obligation de réparation et l'étendue de la réparation soient établis à tout moment.

La Cour constate ensuite que l'article 3, § 1^{er}, de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs oblige l'assureur à indemniser

la personne préjudiciée qui a subi un dommage par la faute de l'assuré et que cet article n'exonère pas entièrement l'assureur de son obligation d'indemnisation si le préjudice est subi par le patrimoine commun dont l'assuré est co-indivisaire¹¹⁹.

Elle conclut dès lors qu'en application des articles 1382, 1398, 1415 et 1416 du Code civil et de l'article 3, § 1er de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs, le conjoint non fautif peut solliciter sans délai au nom de la communauté l'intervention de l'assureur de la responsabilité civile du conjoint fautif à concurrence d'une partie de la perte subie par la société conjugale.

Par cet arrêt la Cour de cassation tranche donc clairement, dans le sens de la négative, la question de savoir s'il est nécessaire d'attendre la dissolution du régime matrimonial pour que le patrimoine commun puisse obtenir réparation du dommage lui causé par l'un des époux.

Par ailleurs, la Cour précise, sans toutefois motiver sa décision sur ce point, que l'époux non fautif ne peut réclamer réparation à l'assureur responsabilité civile de l'époux fautif que d'*une partie* (« sa partie », soit une moitié) de la perte subie par le patrimoine commun. Or, une certaine jurisprudence de fond (voy. not. Pol. Gand, 14 novembre 2002, *TAVW*, 2003, p. 221) admettait que l'époux non fautif puisse, en sa qualité de gestionnaire du patrimoine commun, réclamer réparation de l'entièreté du dommage subi par celui-ci et non seulement d'une partie de ce dommage.

S. L.

40. Conclusion d'une convention avec un agent immobilier

Comme rappelé ci-dessus, en vertu de l'article 1416 du Code civil, le patrimoine commun est en principe soumis à la gestion concurrente des époux.

L'article 1418 porte exception à cette disposition et exige en principe¹²⁰ le consentement des deux époux pour l'accomplissement de divers actes jugés dangereux par le législateur, notamment « *acquérir, aliéner ou grever de droits réels les biens susceptibles d'hypothèque* » (art. 1418, 1, a, C. civ.).

Les limites de l'article 1418, 1, a, du Code civil restent toutefois délicates à tracer.

En effet, une partie de la doctrine et de la jurisprudence a opté pour une interprétation fonctionnelle des exceptions à la gestion concurrente et estime que sont également soumis à la

¹¹⁹ La compagnie d'assurance actionnée soutenait en effet que le dommage invoqué par l'épouse n'était pas couvert par l'article 3, § 1^{er}, de la loi du 21 novembre 1989 notamment aux motifs d'une part que seuls sont couverts les cas où la responsabilité de l'assuré peut être engagée ce qui en l'espèce n'était selon la compagnie d'assurance pas le cas car la personne préjudiciée n'était pas un « tiers » au sens de l'article 1382 du Code civil et de la loi du 21 novembre 1989 et d'autre part, que l'assureur dans le cadre de l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs n'est pas tenu de réparer le dommage que l'assuré même subit, en d'autres termes, n'est pas tenu à la réparation du dommage d'une personne préjudiciée si la personne préjudiciée est l'assuré, si la victime du dommage et l'auteur dudit dommage ne sont pas des tiers.

¹²⁰ Sous réserve de l'application de l'article 1417, al. 1^{er}, du Code civil qui vise les actes nécessaires à l'exercice par un époux de son activité professionnelle.

gestion conjointe les actes dont les effets sont identiques à ceux d'un acte y soumis par un texte formel¹²¹, de sorte que le champ d'application de ces exceptions reste « ouvert ».

Aussi, certains auteurs considèrent, qu'en vertu de l'article 1418, 1, a, du Code civil, la conclusion¹²² d'une convention avec un agent immobilier suppose le consentement des deux conjoints lorsqu'elle porte sur un immeuble commun et si elle confère à l'agent immobilier le pouvoir de signer le compromis de vente¹²³ (ce qui est rare).

Dans l'espèce soumise à la cour d'appel de Gand (Gand, 12 mars 2008, *NjW*, 2008, liv. 190, p. 786, note R. STEENNOT, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 953 (somm.)) l'épouse avait signé seule un contrat par lequel elle donnait mission à une agence immobilière de rechercher un acheteur pour l'appartement commun pour un prix de 260.000 €. L'époux sollicitait annulation de ce contrat au motif qu'il n'y avait pas consenti en violation selon lui de l'article 1418, 1, a, du Code civil.

La cour considère toutefois, à juste titre selon nous, que lorsque la mission du courtier est limitée à la recherche d'un acquéreur pour un bien déterminé et pour un prix déterminé et ne consiste donc pas à vendre l'immeuble ou à le grever de droits réels, le courtier n'est qu'un intermédiaire sans pouvoir de représentation, de sorte que le fait de lui confier une telle mission relève de la gestion concurrente.

S. L.

41. Retrait de fonds communs préalable à l'introduction de la demande en divorce

Les notaires et les juridictions sont fréquemment confrontés à la question de la validité de retraits de fonds communs effectués par un seul époux peu de temps avant l'introduction d'une procédure en divorce. Les solutions s'affinent au vu de la jurisprudence¹²⁴.

En principe, dès lors que la gestion concurrente subsiste jusqu'au jour de la dissolution du régime matrimonial, de tels retraits effectués par un époux seul sont valables. Il ressort notamment de l'arrêt de la Cour de Cassation du 8 novembre 1990¹²⁵, que le juge ne peut condamner l'époux ayant retiré des fonds peu de temps avant l'introduction de sa demande en divorce, à les restituer.

¹²¹ F. BUYSSENS, « Art. 1418 B.W. », in *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, J. GERLO, A. HEYVAERT, P. SENAEVE (éd.), Anvers, Kluwer, feuillets mobiles, 1998, n° 14; V. DAPSENS, « La gestion du patrimoine commun », in *Les régimes matrimoniaux*, 3, *Le régime légal*, Y.-H. LELEU et L. RAUCENT (éd.), *Rép. not.*, t. V., l. II, Bruxelles, Larcier, 2001, n° 835.

¹²² Sur la question du régime applicable à la résiliation d'un mandat de vente : S. LOUIS, « Le régime matrimonial légal », in *Chron. not.*, Y.-H. LELEU (éd.), Bruxelles, Larcier, 2008, vol. 48, p. 180, n° 40.

¹²³ Y.-H. LELEU, « Les régimes matrimoniaux - Examen de jurisprudence (1982-1996) », *R.C.J.B.*, 1998, p. 171, n° 90 et références citées.

¹²⁴ Cette question et l'arrêt de la Cour de cassation du 29 mai 2008 ont déjà été analysés dans la précédente chronique : S. LOUIS, « Le régime matrimonial légal », in *Chron. not.*, Y.-H. LELEU (éd.), Bruxelles, Larcier, 2008, vol. 48, p. 187, n° 42.

¹²⁵ Cass., 8 novembre 1990, *J.T.*, 1991, p. 310, *Pas.*, 1991, p. 251, *R.W.*, 1990-91, p. 1301, *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 33, note P. DE PAGE, *T. Not.*, 1992, p. 213.

De tels retraits conduisent toutefois, le plus souvent, à des détournements (dépenses après appropriation) de fonds communs au profit d'un seul époux.

A. Afin de lutter contre de tels détournements, de nombreuses juridictions de fond¹²⁶ ont développé un raisonnement consistant à considérer que l'époux ayant effectué un tel retrait, doit rendre des comptes concernant l'affectation des fonds retirés, et qu'à défaut pour lui de démontrer l'utilisation faite de cet argent (par exemple, une dépense dans l'intérêt du patrimoine commun), il doit être présumé que ces fonds communs sont toujours présents et que cet époux les détient au moment de l'introduction de la procédure en divorce. Ces fonds font ainsi partie de l'indivision post-communautaire et leur appropriation par le retrait peut être considérée comme une avance sur la part de cet époux dans le patrimoine commun.

Dans son arrêt du 29 mai 2008, la Cour Cassation (Cass., 29 mai 2008, *Pas.*, 2008, liv. 5, p. 1348, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1270, note J.-L. RENCHON, *R.W.*, 2009-10, p. 1052 (somm.), *R.G.D.C.*, 2009, liv. 8, p. 424, note M. MASSCHELEIN, *T. Fam.*, 2008, liv. 8, p. 139, note F. BUYSSENS) s'est penchée sur cette solution. Saisie d'un pourvoi dirigé contre un arrêt de la cour d'appel d'Anvers faisant application de celle-ci, elle parfait le raisonnement amorcé dans son arrêt de 1990.

Après avoir rappelé que le patrimoine commun reste, jusqu'à l'introduction de la procédure en divorce, soumis à la gestion concurrente des époux, sous réserve de la possibilité d'annulation prévue à l'article 1422, 3°, du Code civil et de la demande de récompense au profit du patrimoine commun prévue à l'article 1433 du même code, la Cour estime que la cour d'appel d'Anvers n'a pas justifié sa décision en droit en jugeant, sur la base du raisonnement sus-rappelé, que les retraits effectués devaient être considérés comme un prélèvement sur la part de l'époux dans le patrimoine commun.

Par cet arrêt, la Cour de cassation semble donc condamner la solution dégagée par la jurisprudence de fond, ce pour deux motifs. Premièrement, parce que le rapport des sommes prélevées auquel aboutit cette solution entraîne une extension injustifiée de la rétroactivité des effets du divorce. Ensuite parce que cette solution entraîne un renversement de la charge de la preuve. En effet, c'est en principe à l'époux qui invoque un détournement de pouvoir à démontrer que le retrait de fonds n'a pas eu lieu dans l'intérêt de la famille, poursuit un intérêt autre que celui de la famille ou ne fournit aucun avantage visible, et non, comme c'est le cas dans le raisonnement analysé, à l'époux ayant effectué le retrait litigieux à s'expliquer sur l'affectation donnée aux sommes retirées et à prouver qu'elles ont été utilisées dans l'intérêt du patrimoine commun.

Sur le strict plan des principes, cet arrêt doit être approuvé, bien qu'il valide *in casu* l'acte agressif.

¹²⁶ Voy. not. : Civ. Anvers, 24 février 1994, *E.J.*, 1995, p. 29 ; Civ. Coutrai, 7 septembre 1984, *R.W.*, 1986-1987, p. 406. Voy. aussi : Anvers, 29 octobre 2003, *R.W.*, 2004-2005, p. 511 ; Anvers, 29 février 2000, *Not. fisc. M.*, 2001, p. 88 ; Gand, 31 mai 1999, *T. not.*, 2000, p. 316. Cette tendance jurisprudentielle était également approuvée et encouragée par plusieurs auteurs : Y.-H. LELEU, « Six questions en quête de réponse à propos de l'indivision post-communautaire », *Rev. not. belge*, 2001, p. 689 ; Ph. DE PAGE, « De quelques questions pratiques touchant les problématiques de fond dans le cadre des liquidations et partages de succession ou de régime matrimonial », Conférences du Centre de droit Privé de l'ULB ; H. VANBOCKRIJCK, « Overzicht van rechtspraak (1997-2004) – De vereffening-verdeling na echtscheiding », *E.J.*, 2004, p. 78.

B. Il convient dès lors de tenter de dégager d'autres solutions permettant de lutter contre ces retraits, dont tout porte à croire qu'ils ne servent pas les intérêts de la famille, mais sont opérés par un époux dans le but de s'approprier des fonds communs et soustraire ceux-ci au partage.

Nous¹²⁷ avons dès lors, avec d'autres¹²⁸, proposé diverses alternatives consistant, par exemple, en substance, à dégager de l'article 1213 du Code judiciaire et des principes de bonne foi et de loyauté dans l'administration de la preuve, une obligation d'information dans le chef de l'époux ayant effectué les retraits litigieux, obligation dont le non respect serait sanctionné par une présomption de maintien des fonds dans le patrimoine commun ou à préconiser une approche souple des exigences de preuve portées par les articles 1422, 3°, et 1433 du Code civil ; ou encore à faire application des dispositions relatives au recel de communauté.

Dans un arrêt du 31 janvier 2008, la cour d'appel de Bruxelles (Bruxelles, 31 janvier 2008, *Not. Fisc. M.*, 2009, liv. 4, p. 149, note J. DU MONGH et C. DECLERCK) fait application de cette dernière solution.

En l'espèce, quelques mois avant l'introduction d'une procédure en divorce, l'épouse avait effectué d'importants retraits de fonds sur 3 comptes communs et n'avait fait mention de ces retraits, ni dans le procès-verbal d'ouverture des opérations, ni dans les opérations d'inventaire. Sur plainte de son époux pour recel, l'épouse avait toutefois finalement reconnu l'existence de ces retraits mais prétendait à un oubli et donc à l'absence d'intention frauduleuse dans son chef.

La cour d'appel de Bruxelles estime qu'en l'espèce, l'intention frauduleuse est établie compte tenu des circonstances de fait, à savoir, la réalisation d'un retrait en 4 opérations sur 3 jours, pour une somme importante, quelques mois avant de demander le divorce, la mention par l'avocat que certains biens ont été achetés par l'épouse après le divorce de sorte qu'ils ne devaient pas figurer dans l'inventaire et l'absence de mention dans l'inventaire et le procès-verbal d'ouverture des opérations des importants achats effectués juste après la plainte pour recel. Elle considère ensuite que l'absence de mention dans l'inventaire ou dans le procès-verbal d'ouverture des opérations, de ce retrait de fonds communs effectué peu de temps avant l'introduction d'une procédure de divorce, dans l'intention frauduleuse de soustraire ces fonds au partage est constitutive d'un recel de communauté visé à l'article 1448 du Code civil et fait perdre à l'époux receleur sa part dans les avoirs ainsi soustraits au partage (*infra*, n° 73 et 74).

Cet arrêt doit être approuvé. En effet, il est classiquement admis que l'article 1448 du Code civil vise tous les comportements de mauvaise foi par lesquels un époux, au détriment de l'autre, tente

¹²⁷ S. LOUIS, « Retraits de fonds communs avant une demande en divorce : des solutions existent », *Rev. not. belge*, 2010, p. 322 et s.

¹²⁸ F. BUYSEN, « Afhalen van banktegoeden vòòr het inleiden van de echtscheidingsprocedure : loont het om de eerste te zijn », note sous Cass., 29 mai 2008, *T.fam.*, 2008, p. 143 ; F. BUYSEN, « Wegmaking door een echtgenoot van gemeenschappelijke tegoeden *in tempore suspecto* », in *Patrimonium* 2009, W. PINTENS, J. DU MONGH et C. DECLERCK (éd.), Anvers, Intersentia, 2009, p. 193 – 209.

d'obtenir un avantage illicite sur les biens du patrimoine commun¹²⁹ et tous les cas de fraude par lesquels un époux tente de rompre l'équilibre du partage au détriment de l'autre¹³⁰.

Le simple fait que les comportements frauduleux soient posés avant la dissolution du régime matrimonial ne constitue pas en soi un obstacle au recel¹³¹. Il est en effet généralement admis que le comportement en cause peut être antérieur à la dissolution du régime, même s'il ne peut être question de recel qu'après celle-ci¹³².

Ainsi, le fait pour un époux de dissimuler des retraits effectués peu de temps avant la procédure en divorce avec l'intention frauduleuse de faire échapper les fonds retirés au partage, constitue certainement une soustraction ou une dissimulation visée par l'article 1448 du Code civil. La question se pose toutefois de savoir si la même qualification peut s'appliquer dans l'hypothèse où l'époux déclare et reconnaît avoir effectué de tels retraits, mais se refuse à expliciter l'affectation donnée aux sommes retirées, et *a fortiori*, à les restituer¹³³.

Par ailleurs, il faut attirer l'attention sur le fait que l'efficacité de la sanction prévue à l'article 1448 du Code civil dépend évidemment de la solvabilité de l'époux concerné¹³⁴.

En outre, cette sanction n'est applicable que si l'actif détourné n'a pas été dépensé ou consommé par l'auteur du prélèvement avant la dissolution du régime. En effet, si l'actif a été dépensé avant la dissolution du régime, ce que chaque époux peut en principe¹³⁵ faire seul en application de la gestion concurrente (art. 1416 C.civ.), il ne figure plus dans le patrimoine commun à la date de la dissolution du régime et ne peut donc faire l'objet d'un recel de communauté¹³⁶.

Dans une décision du 3 mars 2006, le tribunal de première instance d'Arlon (Civ. Arlon, 3 mars 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1276) envisage encore une autre solution à cette problématique, à savoir l'octroi d'une récompense en faveur du patrimoine commun.

¹²⁹ Pour plus de détails : J. DU MONGH et CH. DECLERCK, « *Heling van gemeenschapsgoederen* », note sous Bruxelles, 31 janvier 2008, *Not. Fisc. M.*, 2009, p. 149.

¹³⁰ Cass., 6 juin 1969, *Arr. Cass.*, 1969, p. 972, *R.W.*, 1969-1970, p. 415, note, *J.T.*, 1969, p. 634, *Pass.*, 1969, I, p. 900, *Rev. prat. not. b.*, 1970, p. 111, note : la notion de recel ou de divertissement s'étend à toute fraude tendant à priver les copartageants de ce qui leur revient dans le partage. J. DU MONGH et CH. DECLERCK, « *Heling van gemeenschapsgoederen* », note sous Bruxelles, 31 janvier 2008, *Not. Fisc. M.*, 2009, p. 149 ; J. VERSTRAETE, « *Recel d'effets d'une succession ou de la communauté* », *M.N.F.*, 1992, p. 304.

¹³¹ J. DU MONGH et CH. DECLERCK, « *Heling van gemeenschapsgoederen* », note sous Bruxelles, 31 janvier 2008, *Not. Fisc. M.*, 2009, p. 149.

¹³² K. BOONE, « *Commentaar bij art. 1448 B.W.* », in *Personen-en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Anvers, Kluwer, feuillets mobiles.

¹³³ Voy. sur cette question : S. LOUIS, « *Retraits de fonds communs avant une demande en divorce : des solutions existent* », *Rev. not. belge*, 2010, p. 358 et s.

¹³⁴ Y.-H. LELEU, « *Six questions en quête de réponse à propos de l'indivision post-communautaire* », *Rev. not. belge*, 2001, p. 689.

¹³⁵ Sous réserve des actes soumis à la gestion conjointe en vertu des articles 1417, al. 2, 1418 et 1419 du Code civil.

¹³⁶ Ph. DE PAGE, « *De quelques questions pratiques touchant les problématiques de fond dans le cadre des liquidations et partages de succession ou de régime matrimonial* », Conférences du Centre de droit Privé de l'ULB, *Rev. de droit de l'U.L.B.*, 2003, p. 285, n° 33 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 177 et 178.

Ce tribunal estime qu'en application de l'article 1432 du Code civil, le retrait effectué durant la séparation de fait par l'époux titulaire d'un compte contenant des fonds communs, pour son profit personnel et à l'insu de son conjoint, doit être compensé par l'octroi d'une récompense à charge du patrimoine propre de l'époux ayant effectué ledit retrait et correspondant au montant décaissé. Il ne motive toutefois pas sa décision.

Cette décision est selon nous critiquable. En effet, pour pouvoir invoquer un droit à récompense au profit du patrimoine commun, encore faut-il que l'époux victime du retrait prouve que son conjoint a dépensé l'argent retiré à son profit personnel au sens de l'article 1432 du Code civil (*infra*, n° 58). Or cette preuve n'était pas rapportée en l'espèce, et ne le sera que rarement dans la problématique qui nous occupe, puisque par définition, l'affectation donnée aux sommes retirées reste inconnue. L'on peut dès lors douter de l'efficacité de ce procédé.

S. L.

42. Cautionnement

Dans une espèce soumise à la cour d'appel d'Anvers, un époux marié sous le régime de la communauté légale s'était, sans le consentement de son épouse, porté caution principale et indivisible, à concurrence d'un montant de 86.762,73 €, pour les dettes d'une société anonyme dont il était fondateur, actionnaire, administrateur délégué et employé. Quelques mois plus tard, toujours sans le consentement de son épouse, il s'était à nouveau porté caution principale et indivisible au profit de la même société à concurrence de 49.578,70 €. Un an après ce dernier cautionnement, cette société tombe en faillite et les créanciers font appel à la caution. L'épouse demande dès lors à la cour l'annulation des cautions accordées par son époux sans son consentement au motif que ces actes seraient contraires aux intérêts de la famille.

Dans son arrêt du 15 mai 2007, la cour d'appel d'Anvers (Anvers, 15 mai 2007, R.G.D.C., 2008, liv. 8, p. 439, note M. MASSCHELEIN) examine la demande de l'épouse au regard tant de l'article 224 du Code civil, qui prévoit que sont annulables à la demande du conjoint et sans préjudice de l'octroi de dommages et intérêts « les sûretés personnelles¹³⁷ données par l'un des époux et qui mettent en péril les intérêts de la famille »¹³⁸, qu'au regard des articles 1419 et 1422 du Code civil,

¹³⁷ La notion de « *sûreté personnelle* » vise tous engagements pris envers un créancier dans le but de garantir une dette contractée par un tiers et donc toute forme de sûreté personnelle conventionnelle, notamment le cautionnement, la solidarité, l'indivisibilité, la délégation, la convention de ducroire, l'aval cambiaire, l'assurance de solvabilité ou l'assurance crédit...

¹³⁸ Pour une analyse plus complète, voy. not. : V. de FANCQUEN, « Quand le cautionnement consenti par un seul des conjoints est-il annulable ? », R.G.D.C., 2000, p. 155 ; F. HERINCKX, « L'annulabilité de certains actes posés au mépris des règles du régime primaire ou qui mettent en péril les intérêts de la famille », in *Les régimes matrimoniaux*, 1, *Le régime primaire*, L. RAUCENT et Y.-H. LELEU (éd.), Rép. not., t. V., l. II, Bruxelles, Larcier, 1997, n° 371 ; J.-L. LEDOUX, « Les sûretés personnelles », in *Quinze années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux*, L. RAUCENT et J.-L. RENCHON (éd.), Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia/Bruxlant, 1991, p. 154 et s. ; S. STIJNS et A. CUYPERS, « Persoonlijke zekerheden en echtgenoten of onzekerheden omtrent zekerheden : artikel 224, § 1, 4° van het Burgelijke Wetboek », in *Borgtocht & garantie. Persoonlijke zekerheden*, K.U. Leuven. Permanente vorming, Anvers, Kluwer, 1997, p. 1 et s. ; A. VERBEKE, « Pand, borgstelling en lening aangegaan door één echtgenoot alleen : over de variatie aan huwelijksvermogensrechtelijke bestuursbeperkingen en sancties », note sous Gand, 24 novembre 1994, *A.J.T.*, 1994-95, p. 486 et s.

l'article 1419 exigeant le consentement des deux époux pour tout acte de disposition entre vifs, à titre gratuit portant sur des biens appartenant au patrimoine commun et l'article 1422 portant la sanction de principe du non respect de cette disposition¹³⁹.

Quant à la demande fondée sur l'article 224 du Code civil, nous renvoyons au numéro 16 de la présente contribution.

Quant à la demande basée sur les articles 1419 et 1422 du Code civil, la cour rappelle que les actes juridiques pour lesquels le consentement des deux époux est requis sont limitativement énumérés aux articles 1418 et 1419 du Code civil et doivent, en tant qu'exceptions à la règle de la gestion concurrente, être interprétés restrictivement. Pour les autres cas, le consentement des deux époux n'est pas requis, même si l'acte d'administration envisagé est plus dangereux pour les intérêts de la famille et de l'époux non contractant que les actes énumérés dans ces articles.

La cour estime dès lors qu'en qualité de sûreté personnelle, un cautionnement ne relève pas de l'article 1418 du Code civil et ne peut pas davantage être considéré comme une disposition à titre gratuit entre vifs au sens de l'article 1419 du Code civil, ce, au motif qu'un cautionnement ne constitue pas une donation et ne peut pas non plus être considéré ainsi en l'espèce puisqu'il n'implique aucune renonciation effective et irrévocabile à un droit dès lors qu'il n'est pas démontré en l'espèce qu'au moment où il a consenti la caution l'époux savait que son droit de recours contre la société était illusoire.

Cette décision s'inscrit ainsi dans le cadre d'une controverse portant sur la question de savoir si l'article 1422 du Code civil peut trouver matière à s'appliquer à une sûreté octroyée par un époux seul et qui serait assimilée à une donation, l'enjeu de cette controverse étant que sur la base de l'article 1422, l'époux qui sollicite la nullité n'a pas à prouver la contrariété de l'acte en cause aux intérêts de la famille comme l'exige l'article 224, § 1^{er}, 4 du Code civil. Il suffit qu'il justifie d'un intérêt légitime et que le tiers contractant ne prouve pas sa bonne foi.

Un courant doctrinal émergeant estime en effet que si, en principe, une caution n'est pas une donation, l'octroi d'un cautionnement peut, dans certaines circonstances, être assimilé à une donation indirecte¹⁴⁰ à conditions toutefois que :

- l'octroi de la caution ait été effectué à titre gratuit ; une sûreté accordée à titre onéreux ne pouvant évidemment emporter donation.
- l'octroi de la caution ait entraîné un appauvrissement immédiat et irréversible, corrélatif à

¹³⁹ La cour estime en effet que le fait que la citation ne fasse référence qu'au seul article 224 du Code civil n'empêche pas que l'on invoque, par la suite, en termes de conclusions, un fondement complémentaire, en l'espèce, les articles 1419 et 1422 du Code civil.

¹⁴⁰ En ce sens : Civ. Bruxelles, 27 mars 1981, *J.T.*, 1981, p. 708, obs. J.-M. GUSTIN, *Rev. not. belge*, 1982, p. 573, obs. D. STERCKX, *Rec. gén. enr. not.*, 1982, p. 353, obs. A. C. A. DE WILDE, « Octroi de crédit aux personnes mariées », in H. CASMAN et M. VAN LOOK (ed.), *Régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Kluwer, feuillets mobiles, TVIII. 3-10 ; L. RAUCENT, « Un époux peut-il se porter caution sans le consentement de son conjoint ? », in *Actuele problemen uit het notariële recht. Opstellen aangeboden aan Prof. A. De Bougne*, Anvers, Kluwer, 1985, p. 162 et s. ; S. STIJNS et A. CUYPERS, « Persoonlijke zekerheden en echtgenoten of onzekerheden omtrent zekerheden : artikel 224, § 1, 4° van het Burgelijke Wetboek », in *Borgtocht & garantie. Persoonlijke zekerheden*, K.U. Leuven. Permanente vorming, Anvers, Kluwer, 1997, p. 5. *Contra* : J.-M. GUSTIN, note sous Civ. Bruxelles, 27 mars 1981, *J.T.*, 1981, p. 712 qui considère qu'un cautionnement ne peut constituer un acte à titre gratuit, faute de déssaisissement immédiat et définitif du patrimoine ; D. STERCKX, obs. sous Civ. Bruxelles, 27 mars 1981, *Rev. not. belge*, 1982, p. 581.

un enrichissement. Cette condition est rarement remplie dès lors que l'octroi d'une sûreté personnelle ne comporte en principe pas de dépouillement immédiat, et que certaines sûretés personnelles, tel le cautionnement, réservent à leur auteur un recours contre le débiteur principal¹⁴¹. Toutefois, cette condition peut être rencontrée lorsqu'il ressort des circonstances particulières de l'espèce que c'est certainement la sûreté qui devra supporter le poids de la dette, par exemple en raison de l'insolvabilité totale et évidente du débiteur principal¹⁴². La cour d'appel d'Anvers semble s'inscrire dans ce courant dès lors qu'elle considère *qu'en l'espèce* le cautionnement n'implique aucune renonciation effective et irréversible à un droit vu qu'il n'est pas démontré qu'au moment où il a consenti la caution l'époux savait que son droit de recours contre la société était illusoire.

- que l'octroi de la caution soit fait *animus donandi* ce qui peut, par exemple, se déduire du fait que la caution a, dès la signature de l'acte, renoncé à son recours contre le débiteur principal, ou sait dès ce moment que son recours est *in specie*, illusoire¹⁴³.

Une fois prouvé que ces conditions sont réunies (ce qui n'était pas le cas dans l'espèce soumise à la cour d'appel d'Anvers), il est possible d'assimiler l'octroi de la caution à une donation et de solliciter son annulation sur la base des articles 1419 et 1422 du Code civil, pour autant toutefois que les conditions d'application de l'article 1422 soient elles-mêmes réunies. Ainsi, il ne peut y avoir violation de l'article 1419 du Code civil justifiant l'application de l'article 1422, 1°, du Code civil, que pour autant que la sûreté mise en cause engage le patrimoine commun dès lors que l'article 1419 du Code civil ne vise que les actes de disposition entre vifs à titre gratuit de biens faisant partie du patrimoine commun.

Enfin, précisons que la cour d'appel d'Anvers estime encore que la banque n'a commis aucune faute, d'une part, en n'avertissant pas l'époux non contractant de l'engagement pris par son conjoint et d'autre part, en n'informant pas le donneur de caution de la situation financière du débiteur principal et des risques liés au cautionnement dès lors qu'en l'espèce, le donneur de caution était fondateur, actionnaire, administrateur délégué et employé du débiteur principal et connaissait par conséquent (ou à tout le moins devait connaître) la situation financière du débiteur principal et les risques liés à l'octroi en sa faveur d'un cautionnement¹⁴⁴.

S. L.

¹⁴¹ Certains auteurs considèrent en conséquence qu'un cautionnement ne saurait constituer un acte de disposition à titre gratuit : J.-M. GUSTIN, note sous Civ. Bruxelles, 27 mars 1981, *J.T.*, 1981, p. 712 ; D. STERCKX, obs. sous Civ. Bruxelles, 27 mars 1981, *Rev. not. belge*, 1982, p. 581.

¹⁴² J.-L. LEDOUX, « Les sûretés personnelles », in *Quinze années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux*, L. RAUCENT et J.-L. RENCHON (éd.), Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia/Braylant, 1991, p. 153.

¹⁴³ En ce sens : A. DE WILDE, « Octroi de crédit aux personnes mariées », in H. CASMAN et M. VAN LOOK (ed.), *Régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Kluwer, feuillets mobiles, TVIII. 3-10 ; S. STIJNS et A. CUYPERS, « Persoonlijke zekerheden en echtparen of onzekerheden omtrent zekerheden : artikel 224, § 1, 4° van het Burgerlijk Wetboek », in *Borgtocht & garantie. Persoonlijke zekerheden*, K.U. Leuven. Permanente vorming, Anvers, Kluwer, 1997, p. 5.

¹⁴⁴ Sur les pratiques développées par le milieu bancaire pour contrer les recours en annulation de sûretés : Y.-H. LELEU et S. LOUIS, *Sociétés et régime matrimonial de communauté*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 58 et s.

43. Epoux bailleurs. Résiliation du bail par l'un d'entre eux

En vertu de l'article 1418, 1, c, du Code civil, le consentement des deux époux n'est requis que pour « conclure, renouveler ou résilier des baux de plus de neuf ans, consentir des baux commerciaux et des baux à ferme ».

C'est dès lors à juste titre que le juge de paix de Grimbergen décide, dans un jugement du 22 février 2006 (J.P. Grimbergen, 22 février 2006, *Huur*, 2008, p. 202) qu'est valable le congé donné par l'épouse seule, dans une espèce où le couple avait donné en location un immeuble commun, ce pour une durée de neuf ans. En effet, l'article 1418, 1, c, du Code civil ne vise que les baux *de plus de* neuf ans. L'époux est donc, en vertu des articles 1415 et 1416 du Code civil, lié par le congé donné par son épouse.

De même, c'est à juste titre que le Tribunal de première instance de Tournai (Civ. Tournai, 13 septembre 2005, *J.L.M.B.*, 2009, p. 161) décide que, dans le cadre d'un bail à ferme, l'action en validation d'un congé donné pour usage familial est recevable, même si la tentative de conciliation n'a été poursuivie que par un seul des deux époux mariés sous le régime de communauté.

En effet, en matière de bail commercial ou à ferme, l'article 1418, 1, c, du Code civil n'exige le consentement des deux époux que pour *consentir*, en qualité de bailleur, un tel bail.

S. L.

§2. Gestion conjointe

44. Libéralités de biens communs

La gestion conjointe gouverne les libéralités de biens communs (art. 1419 C.civ.), plus exactement les donations, quelle qu'en soit la forme¹⁴⁵.

Dans une décision du 11 octobre 2006, le tribunal de première instance de Nivelles (Civ. Nivelles, 11 octobre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, liv. 4, p. 1281, note J.-L. RENCHON) fait application de cette disposition et estime que lorsqu'il apparaît clairement qu'à l'insu de son mari, l'épouse a disposé de fonds communs, soit en les prêtant soit en les donnant à leur fille, elle a posé un acte de gestion du patrimoine commun des époux en violation de l'article 1419 du Code civil.

Cette décision est selon nous critiquable en ce qu'elle fait application de l'article 1419 du Code civil à des actes pouvant potentiellement être qualifiés de prêts, méconnaissant ainsi le champ d'application de cette disposition qui se limite aux actes de donation. Ce tribunal eut dû, dans un premier temps, se prononcer sur la qualification exacte des actes de transfert de fonds communs opérés par l'épouse au profit de sa fille, pour ensuite ne conclure à l'application de l'article 1419 du Code civil que pour ceux de ces actes pouvant être qualifiés de donation.

Quant à la sanction de principe des actes posés en violation de l'article 1419 du Code civil, elle est prévue aux articles 1422 et 1423 du même code : l'époux non contractant, s'il justifie d'un intérêt

¹⁴⁵ Cass., 5 avril 2004, *Par.*, 2004, I, p. 575, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 725.

légitime, peut, dans l'année du jour où il a eu connaissance de l'acte, demander au tribunal de première instance la nullité de l'acte irrégulier ou frauduleux accompli par son conjoint seul¹⁴⁶.

A cet égard, il est communément admis que l'intérêt légitime invoqué par l'époux demandeur peut être matériel, mais également moral, le demandeur devant établir que l'acte accompli par son conjoint lui porte préjudice ou nuit aux intérêts de la famille¹⁴⁷.

Dans l'espèce lui soumise, le tribunal de première instance de Nivelles estime que lorsqu'il résulte des explications données par les parties que les époux ne sont pas particulièrement fortunés, que leurs économies ont été fortement entamées par les versements que l'épouse a effectués au profit de sa fille et que leurs revenus risquent à l'avenir de ne pas suffire à couvrir leurs besoins, le mari a un intérêt légitime à solliciter l'annulation des conventions conclues par son épouse avec leur fille.

Le tribunal annule en conséquence les conventions dont question et condamne la fille du couple à rembourser ses parents.

S. L.

45. Emprunt

La conclusion d'un emprunt relève de la gestion conjointe, sauf s'il s'agit d'un crédit à la consommation (au sens de la loi du 12 juin 1991) nécessaire aux besoins du ménage ou à l'éducation des enfants (art. 1418, 2, e, C.civ.), ou si l'emprunt est contracté dans l'exercice d'une activité professionnelle non partagée par les deux époux (art. 1417, al. 1, C.civ.).

Dans l'espèce soumise à la cour d'appel de Bruxelles dans son arrêt du 9 juin 2009 (Bruxelles, 9 juin 2009, *T. Not.*, 2010, liv. 10, p. 556, note F. BOUCKAERT), une épouse demandait dès lors l'annulation d'un emprunt d'un montant d'un peu moins de 20.000 € et d'une ouverture de crédit pour un montant d'un peu moins de 15.000 € contractés par son époux seul, sans son consentement, ainsi que le remboursement par la banque des sommes indûment perçues, ce sur la base des articles 224, § 1, 4^o et 1418-1422 du Code civil.

La cour estime tout d'abord, à juste titre, que des actes d'emprunt et d'ouverture de crédit ne sont pas des sûretés personnelles au sens de l'article 224 du Code civil, de sorte que cette disposition ne trouve nullement à s'appliquer en l'espèce (*supra*, n° 16).

Elle rappelle ensuite que l'action visée à l'article 1422 doit être introduite dans l'année de la découverte par l'époux demandeur de l'acte litigieux (art. 1423 C.civ.) et précise à cet égard ne pas pouvoir, pour apprécier le respect de ce délai, tenir compte de la citation originale dès lors que dans celle-ci l'annulation de l'acte d'emprunt était sollicitée non pas sur la base des articles 1422 et

¹⁴⁶ Pour plus de détails, voy. : H. CASMAN, *Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Kluwer, feuillets mobiles, III.10.-41 ; C. GIMENNE, « La sanction de la gestion irrégulière ou frauduleuse d'un époux » in *Les régimes matrimoniaux*, tome 3, *Le régime légal*, L. RAUCENT et Y.-H. LELEU (éd.), *Rép. not.*, tome V., 3. VI, Bruxelles, Larcier, 2001, n° 935 et s.

¹⁴⁷ Voy. à ce propos : H. CASMAN, *Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Kluwer, feuillets mobiles, III.10.-42 ; Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997 à 2005). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2006, p. 872, n° 63 et références citées ; L. RAUCENT, *Les régimes matrimoniaux*, 3^e éd., Louvain-la-Neuve/Académia, Bruxelles/Braylant, 1986, p. 133.

1423 du Code civil mais bien sur la base de l'article 224 du même code. La cour estime donc devoir en l'espèce, se référer, pour apprécier le respect de ce délai, à la date de dépôt des conclusions invoquant pour la première fois l'article 1422 du Code civil.

Quant au fond, elle considère qu'en outre les conditions d'application de cette disposition ne sont pas remplies dès lors que l'épouse ne démontre pas qu'elle justifie d'un intérêt légitime, ni qu'elle a subi une lésion au sens de cette disposition¹⁴⁸.

La cour estime en effet que les emprunts contractés par un époux sans le consentement de son conjoint constituent, en application de l'article 1407, 3^{ème} tiret¹⁴⁹, une dette propre qui en principe ne peut être recouverte que sur le patrimoine propre et les revenus propres de l'époux contractant et non sur le patrimoine commun (art. 1409 C.civ.), de sorte que la condition de lésion ne serait pas remplie.

Cela étant, elle considère toutefois qu'il y aurait lieu, dans l'espèce lui soumise, de faire application de l'article 1410 du Code civil qui étend le gage des créanciers au patrimoine commun, dès lors qu'il n'est pas établi que ni l'épouse, ni le patrimoine commun n'ont retirés aucun avantage de ces emprunts.

Elle poursuit néanmoins en considérant que le remboursement des crédits contractés ne semblait pas disproportionné par rapport aux possibilités financières de l'époux contractant et conclut qu'au vu de ces considérations les conditions des articles 1418-1422 ne sont pas remplies.

Cet arrêt est selon nous critiquable à plusieurs égards.

Tout d'abord, la considération selon laquelle une dette propre, ne pouvant en application de l'article 1409 du Code civil être recouverte que sur le patrimoine propre et les revenus de l'époux contractant, n'est pas lésionnaire au sens de l'article 1422, 1^o, du Code civil, est erronée. Un emprunt contracté en violation de l'article 1418, 2, d, du Code civil peut être lésionnaire même si la dette en résultant est propre¹⁵⁰. En effet, la charge des intérêts qui sont l'accessoire de dettes propres est une dette commune (art. 1408, 5^{ème} tiret, C.civ.) et le paiement d'une dette propre à l'un des époux peut, durant le régime, être poursuivi sur ses revenus, de sorte qu'avant que récompense ne soit due (art. 1433 C.civ.), des revenus communs pourront être mobilisés pour le remboursement¹⁵¹.

¹⁴⁸ Rappelons en effet que pour pouvoir annuler un acte posé en violation de l'article 1418, 2, du Code civil, il faut établir l'existence d'une lésion. Or, les actes d'emprunt et d'ouverture de crédit sont visés par l'article 1418, 2, d).

¹⁴⁹ Qui vise notamment les dettes provenant d'actes que l'un des époux ne pouvait accomplir sans le concours de son conjoint.

¹⁵⁰ Dans le même sens : Ch. DECLERCK, « Secundair huwelijksvermogensstelsel », in W. PINTENS et J. DU MONGH (ed.), *Patrimonium 2006*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2006, p. 57, n° 92.

¹⁵¹ Voy. not : C. CUISINIER, « Quelques précisions au sujet de la conclusion d'un emprunt en régime de communauté », note sous Anvers, 13 septembre 2004, R.G.D.C., 2006, p. 467 ; C. GIMENNE, « La sanction de la gestion irrégulière ou frauduleuse d'un époux », in *Les régimes matrimoniaux. 3. Le régime légal*, Y.-H. LELEU et L. RAUCENT (éd.), Rép. not., t. V, l. II, Bruxelles, Larcier, 2001, n° 959 ; Y.-H. LELEU, « Les régimes matrimoniaux - Examen de jurisprudence (1997-2005) », R.C.J.B., 2006, p. 872, n° 63 ; S. LOUIS, « Le régime matrimonial légal », in *Chron. not.*, Y.-H. LELEU (éd.), Bruxelles, Larcier, 2008, vol. 48, p. 193, n° 46.

Ensuite, c'est à tort que la cour se réfère à l'article 1410 du Code civil dès lors que cette disposition ne vise que les dettes propres en vertu de l'article 1406 du Code civil (à savoir exclusivement les dettes des époux antérieures au mariage et celles qui grèvent les successions et libéralités qui leur échoient durant le mariage) et nullement les dettes propres en application de l'article 1407 du Code civil comme en l'espèce. Cette extension du gage ne profite en effet pas à tous les créanciers personnels des époux. En outre, l'application de cette disposition, qui permet à certains créanciers d'étendre leur gage, suppose que ces créanciers (et non l'épouse) établissent que le patrimoine commun s'est enrichi par l'absorption de biens propres au débiteur (*supra*, n° 35). La cour ne peut donc considérer que cette disposition trouverait à s'appliquer au motif que l'épouse n'établit pas que le patrimoine commun n'a retiré aucun avantage des dettes en question (inversion de la charge de la preuve).

S. L.

Section 4. La gestion des patrimoines propres

46. Cession de (droits liés à des) parts et actions de société

Dans un arrêt du 2 avril 2007, la cour d'appel de Gand (Gand, 2 avril 2007, *D.A.O.R.*, 2008/85, p. 15, note T. HOOGSTOEL) avait à se prononcer sur une question liée à la gestion au sens large de parts et actions de société par des époux mariés sous le régime de la communauté légale : une donation d'actions ou de parts nominatives par simple inscription dans le registre des actions ou le registre des associés est-elle valable ?

Ce procédé utilisé dans la pratique en vue d'une part, d'éviter le formalisme prescrit par l'article 931 du Code civil et, d'autre part, d'éviter les droits de donation est sujet à controverse¹⁵².

Certains auteurs et une certaine jurisprudence l'avalisent¹⁵³. Il s'agirait soit d'une donation indirecte soit d'une donation déguisée. D'autres maintiennent que la donation doit être réalisée par acte authentique (art. 931 C.civ.) et qu'une donation réalisée par simple inscription dans le registre des associés est nulle¹⁵⁴.

¹⁵² Voy. pour plus de détails : Y.-H. LELEU et S. LOUIS, *Sociétés et régime matrimonial de communauté*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 66 et s.

¹⁵³ Civ. Bruxelles, 31 octobre 2002, *T.R.V.*, 2003, liv. 6, p. 546, note E. SPRUYT ; Civ. Bruxelles, 11 mai 1973, *Rev. not. belge*, 1973, p. 455 ; *adde* : Civ. Bruges, 15 septembre 1985, *T. not.*, 1989, p. 179, note F. BOUCKAERT et K. VAN BEYLEN. P. DE BRUYNE, « Schenkingen van delen en aandelen », *V&F*, 1997, p. 99 ; P. DELNOY, « La qualification des donations par virement », *R.C.J.B.*, 1984, p. 223 ; Ph. DE PAGE et B. CARTUYVELS, « La société. Les cessions de parts entre époux » in *Les contrats entre époux*, Bruxelles, Bruxellant, 1995, p. 220 et s. ; H. DU FAUX, « Over de onrechtstreekse schenking van vennotschapsaandelen op naam », *T. Not.*, p. 195-198 ; L. RAUCENT, « Examen de jurisprudence sur les libéralités », *R.C.J.B.*, 1980, p. 277 ; J. RENAUD, « Le transfert à titre gratuit des actions nominatives des sociétés anonymes » in *Liber Amicorum L. Fredericq*, t. II, Gand, Story-Scientia, 1966, p. 795 ; L. ROUSSEAU, « Les cessions entre époux de parts sociales et d'actions » in *Les sociétés et le patrimoine familial : convergences et confrontations*, Bruxelles, Bruxellant, 1996, p. 124.

¹⁵⁴ Gand 22 mai 1997, *T.R.V.*, 1997, p. 500, note F. HELLEMANS. Dans cet arrêt la cour d'appel de Gand considère que bien que la donation soit nulle, l'inscription portée dans le registre des parts ou des actions rend le transfert de propriété opposable aux tiers ; Liège, 14 février 1962, *Rev. Gén. Enr. Not.*, 1965, p. 712 ; Comm. Furnes, 12 décembre

Dans l'espèce soumise à la cour d'appel de Gand, un époux soutenait que l'inscription dans le registre des parts de la mention « overdracht » (cession), sans autre précision, devait s'analyser en une vente ou une donation directe ou indirecte des parts en cause. La cour estime quant à elle, qu'en application de la distinction titre/finance portée par l'article 1401, 5°, du Code civil (voy. *supra*, n° 23), la modification de l'attribution ou de la désignation des parts dans le registre des parts ne constitue pas une vente (dans l'hypothèse contraire: en principe interdite) entre époux, ni une donation (dans l'hypothèse contraire: révocable), vu le caractère spécifique du droit résultant de la qualité d'associé, par opposition à son droit patrimonial. La modification de l'inscription des parts dans le registre des parts n'opère selon la cour qu'un changement de la personne qui exercera, tant envers la société qu'envers les co-actionnaires, l'administration exclusive de ces parts et n'entraîne aucun transfert de patrimoine entre époux. Cette même cour considère par ailleurs que la modification de l'administration d'une part, d'un époux à l'autre, n'est pas une donation de sorte qu'il ne peut être question de sa révocabilité *ad nutum* au sens de l'article 1096 du Code civil.

Cet arrêt nous paraît critiquable en ce qu'il applique la distinction titre/finance contenue dans l'article 1401, 5°, du Code civil sans avoir préalablement examiné si les parts en cause entraient dans son champ d'application, ni même s'il s'agissait de parts propres ou communes. Or le raisonnement développé par la cour n'est cohérent que s'il s'agissait de parts communes auxquelles s'appliquait la distinction titre/finance. S'il s'agissait de parts propres la cour ne pouvait appliquer la distinction titre/finance contenue à l'article 1401, 5 °, du Code civil : les parts propres à un époux le sont pour le tout et sont soumises à sa gestion exclusive en application de l'article 1425 du Code civil. Dès lors la « cession » aurait pu s'analyser en une vente ou en une donation directe ou indirecte comme le soutenait l'époux¹⁵⁵.

S. L.

2001, *T.R.V.*, 2003, liv. 1, p. 86, note D. PIGNOLET, K. VANWINCKELEN ; Civ. Bruxelles, 29 mars 1950, *J.T.*, 1952, p. 104. F. BOUCKAERT, « Huwelijksvermogensrecht en vennootschappenrecht » in *Gezin en recht in een postmoderne samenleving. Twintig jaar post-universitair cyclus Willy Delva (1973-1993)*, Gent, Mys & Breesch, 1994, p. 320 ; J. MALHERBE, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis. Droit communautaire. Droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 779, n° 1285 qui considèrent, s'agissant de parts de S.P.R.L., que l'inscription au registre n'est qu'une formalité de publicité et que donc le changement de propriété doit résulter d'une convention préalable respectant les formes prescrites par l'article 931 du Code civil ; E. SPRUYT, « La donation de parts ou d'actions nominatives via le registre des parts ou des actions : un point de la situation », *Accountancy & tax*, 2003, p. 19 ; M. VAN OPSTAL, W. VAN EECKHOUTTE et L. WEYTS, « Régimes matrimoniaux et sociétés », in H. CASMAN et M. VAN LOOK (ed.), *Régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Kluwer, feuillets mobiles, TIV.2- 6 et 13 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. III, n° 133 ; J. VAN RYN et P. VAN OMMEISLAGHE, « Examen de jurisprudence sur les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1981, p. 362 et références citées.

¹⁵⁵ En ce sens : T. HOOGSTOEL, « Sociétés à responsabilité limitée: actions en retrait - associés mariés sous le régime de la communauté légale », note sous Gand, 2 avril 2007, *D.A.O.R.*, 2008, liv. 85, p 26.

Section 5. La liquidation et le partage du régime matrimonial

§1^{er}. Dissolution du régime matrimonial

47. Article 1278, alinéa 2, du Code judiciaire. Date de la dissolution du régime matrimonial

1. Dans un arrêt du 25 mai 2010 (Bruxelles, 25 mai 2010, *T. Not.*, 2011, p. 28), la cour d'appel de Bruxelles a rappelé que les causes de dissolution du régime légal sont limitativement énumérées par l'article 1427 du Code civil. Parmi ces causes figure le divorce, dont les effets patrimoniaux remontent, entre époux, au jour de la demande, conformément à l'article 1278, alinéa 2, du Code judiciaire.

Ce n'est qu'à partir de ce moment que les époux communs en biens peuvent faire des conventions relatives à leurs droits dans la liquidation de leur régime matrimonial. Un contrat conclu pendant la séparation de fait et tendant à partager tout ou partie du patrimoine commun est nul, de nullité absolue¹⁵⁶.

2. Dans sa décision du 7 juillet 2009 (Civ. Gand (réf.), 7 juillet 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 958 et 962, somm., *T. Not.*, 2010, p. 72), le juge des référés de Gand a été confronté au problème suivant. Deux époux mariés sous le régime légal avaient décidé de divorcer. La demande fut introduite le 16 octobre 2007 et le jugement prononçant le divorce fut rendu le 18 novembre 2008. Par ordonnance du 12 décembre 2007, le juge des référés de Gand avait condamné le mari au paiement d'une pension alimentaire au profit de sa femme et de deux enfants du couple. Constatant le défaut de paiement de la pension pour le mois de décembre 2008, l'épouse avait signifié sans tarder un ordre de payer à son conjoint, par exploit d'huissier. Toujours impayée en janvier 2009, elle avait alors pratiqué une saisie-arrêt exécution dans les mains de la banque D. sur la part de son époux dans un compte commun indivis. Cette saisie fut contestée par le mari, au motif notamment qu'elle portait sur un compte bancaire appartenant au patrimoine commun des époux.

Le juge des référés de Gand a donné tort à l'ex-mari et validé la saisie-arrêt exécution mise en œuvre par Madame. Le juge a rappelé, à juste titre selon nous, que le régime matrimonial d'époux mariés sous le régime légal était rétroactivement dissous sur le plan du droit patrimonial à la date de la citation en divorce, conformément à l'article 1278, alinéa 2, du Code judiciaire. La saisie-arrêt exécution pratiquée *après* le divorce par un conjoint à charge de l'autre sur un compte bancaire postcommunautaire indivis apparaît dès lors possible ; il s'agit là d'une simple conséquence de la rétroactivité instaurée l'article 1278 précité.

¹⁵⁶ La cour admet néanmoins que de tels contrats puissent être utilisés à des fins de preuve de la composition de la communauté. Voyez *supra*, n° 20.

Pendant le mariage, en revanche, un époux marié sous le régime légal ne peut en aucun cas poursuivre le recouvrement d'une créance qu'il détient à l'encontre de son conjoint sur des biens communs¹⁵⁷.

L. R.

48. Article 1278, alinéa 2, du Code judiciaire. Date de la dissolution du régime matrimonial en cas de pluralité de demandes en divorce

En vertu de l'article 1278, alinéa 2, du Code civil, les effets patrimoniaux du divorce entre époux remontent au jour de la demande en divorce ou, en cas de pluralité de demandes, à celui de la première demande, qu'elle ait abouti ou non.

Dans un arrêt du 24 février 2005¹⁵⁸, la Cour de cassation a précisé qu'une reprise de la vie commune entre les différentes demandes en divorce n'était pas de nature à faire exception à la règle ; la Cour condamnait ainsi une jurisprudence, majoritairement liégeoise¹⁵⁹, selon laquelle la reprise de l'« *affectio societatis* » après l'introduction d'une première demande en divorce excluait la rétroaction des effets patrimoniaux à cette date¹⁶⁰.

La Cour constitutionnelle a été interrogée par la cour d'appel de Liège sur le point de savoir si l'interprétation donnée par la Cour de cassation de l'article 1278, alinéa 2, du Code civil ne viole pas le principe d'égalité, en ce qu'elle a pour effet de traiter de la même manière les époux qui ont décidé de reprendre la vie commune après une première demande en divorce et les époux qui ne l'ont pas fait. Dans son arrêt du 25 mars 2009, la Cour constitutionnelle a répondu à cette question par la négative (C. Const, 25 mars 2009, n° 61/2009, *A. C.C.*, 2009, p. 1083, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 108, note A.-CH. VAN GYSEL, *T. fam.*, 2009, p. 159, note H. VANBOCKRIJCK, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 1105, *NjW*, 2009, p. 807, note A. VANDERHAEGHEN, R.A.B.G., 2010, p. 246, note A. RENIERS).

La Cour constitutionnelle fonde son raisonnement sur la nécessité de sauvegarder la sécurité juridique. Elle estime que le législateur a légitimement pu considérer que la « période suspecte » d'un point de vue patrimonial commençait à courir dès l'introduction de la demande origininaire en divorce, même en cas de reprise de la vie commune par les époux entre cette demande et le prononcé du divorce. En outre, d'après la Cour, il n'est pas possible de déterminer en quoi cette règle pourrait avantager ou désavantager l'un ou l'autre des ex-époux qui auraient fait le choix de reprendre la vie maritale pendant un certain temps au cours de la procédure de divorce : si des modifications ont pu être apportées pendant ce temps au patrimoine commun et à leurs patrimoines respectifs en raison de la renaissance provisoire du régime primaire, il est impossible

¹⁵⁷ H. CASMAN et M. VAN LOOK, *Les régimes matrimoniaux*, Kluwer, III.21 – 2 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 226, n° 189. Voy. toutefois *supra*, n° 39.

¹⁵⁸ Cass, 24 février 2005, *Pas.*, 2005, p. 463 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 602 ; *R.W.*, 2005-06, p. 1101, note Ch. DECLERCK et J. DU MONGH ; *E.J.*, 2006, p. 82, note H. VANBOCKRIJCK ; *T. Not.*, 2007, p. 30, note F. BOUCKAERT. Voy. à ce sujet Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 471, n° 462.

¹⁵⁹ Voy. not. Civ. Liège, 11 juin 2001, *inédit*, R.G. 98/4472/A et Liège, 11 juin 2002, *J.T.*, 2002, p. 652.

¹⁶⁰ Voy. à ce sujet Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997-2005) », *R.C.J.B.*, 2007, p. 95, n° 69. L'auteur considère que l'arrêt de la Cour de cassation du 24 février 2005 doit être approuvé sur ce point.

de prévoir à l'avance si ces modifications sont susceptibles de procurer un avantage à l'un plutôt qu'à l'autre.

Si la solution préconisée par la Cour constitutionnelle a le mérite de respecter la lettre de la loi et d'éviter toute discussion dans le cadre de la procédure de liquidation-partage, l'on ne peut s'empêcher de penser, avec H. VANBOCKRIJCK¹⁶¹, qu'elle peut mener à des conséquences absurdes dans la pratique. Ainsi, il ne semble pas juste qu'un époux soit privé du bénéfice des biens acquis par l'autre durant la période de reprise de la vie commune – période pendant laquelle les conjoints sont censés collaborer d'un point de vue patrimonial – ou qu'il soit dispensé de supporter les dettes contractées par l'autre pour les besoins du ménage durant cette même période – ces dettes étant censées engager le patrimoine commun. C'est pourquoi l'auteur – sans proposer toutefois de solution concrète – suggère de mettre en balance le principe de sécurité juridique défendu par la Cour constitutionnelle avec celui de l'équité¹⁶².

L. R.

49. Article 1278, alinéa 2, du Code judiciaire. Date de la dissolution du régime matrimonial en cas de pluralité de demandes et/ou de procédures en divorce. Renonciation à la demande en divorce originaire

Un mari introduit successivement deux procédures en divorce, l'une 1985 et l'autre en 1991. En 1993, il fait savoir à son épouse qu'il renonce, purement et simplement, à l'action introduite en 1985. Lors de la liquidation de la communauté, les époux s'opposent à propos de la date à laquelle remontent les effets patrimoniaux du divorce.

Appelé à se prononcer dans le cadre de ce litige, le tribunal civil de Malines (Civ. Malines, 11 février 2009, R.W., 2009, p. 748, note K. CREYF, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 964, somm.) décide que le divorce produit ses effets quant aux biens des parties depuis l'introduction de la demande de 1991. C'est cette demande qui doit être considérée comme la demande originaire ; la procédure intentée en 1985 ayant fait l'objet d'un désistement d'instance, elle est en effet censée n'avoir jamais pris cours, conformément à l'article 826 du Code judiciaire.

¹⁶¹ H. VANBOCKRIJCK, « De toepassing van art. 1278, tweede lid Ger. W. bij pluraliteit van echtscheidingsvorderingen : geen onderzoek mogelijk naar het hervatten van de vermogensrechtelijke samenwerking tijdens de echtscheidingsprocedure », note sous Const, 25 mars 2009, n° 61/2009, *T. fam.*, 2009, p. 164, n° 11.

¹⁶² Pour A.-Ch. VAN GYSEL, le système prévu par l'article 1278 du Code judiciaire ne pose pas seulement un problème de discrimination ; son principal défaut serait, plus largement, de reposer sur la fiction de la rétroactivité de la dissolution de la communauté matrimoniale. Cette rétroactivité mène selon lui à une situation de « schizophrénie juridique » dans laquelle les effets patrimoniaux du divorce remontent à des dates différentes entre les époux et vis-à-vis des tiers. L'auteur plaide par conséquent pour l'abandon pur et simple de la rétroactivité. Il propose un nouveau modèle dans lequel la date de la dissolution du régime matrimonial serait la même entre époux et vis-à-vis des tiers. Tous les biens acquis par chacun des époux durant l'instance en divorce seraient qualifiés de propres, à la condition que la procédure aboutisse effectivement à la dissolution du mariage. Ce caractère propre s'imposerait à tous : aux époux et aux tiers (A.-Ch. VAN GYSEL, « Heurs et malheurs de la rétroactivité de la dissolution de la communauté matrimoniale », note sous C. Const, 25 mars 2009, n° 61/2009, Act. dr. fam., 2009, p. 111). Ces idées avaient été relayées par une proposition de loi du 4 octobre 2005 (*Doc. Parl.*, Sénat, n° 51S1541, et texte dans le document du Sénat 3-1541/1, du 27 janvier 2006), qui fut toutefois rendue caduque par la réforme de 2007.

Ce jugement est pour nous l'occasion d'attirer l'attention sur les hésitations que peut susciter la question de l'applicabilité de l'article 1278, alinéa 2, du Code judiciaire en cas de désistement d'instance.

Dans l'arrêt déjà cité du 24 février 2005¹⁶³ (*supra*, n° 48), la Cour de cassation a décidé qu'il n'y a pluralité de demandes – et donc application de l'alinéa 2 de l'article 1278 du Code judiciaire – que lorsque deux demandes en divorce *coexistent dans le temps*. Il semble donc admis que cette disposition légale ne trouve pas à s'appliquer lorsqu'un désistement d'instance intervient *avant* l'introduction d'une deuxième demande en divorce. Les effets patrimoniaux du divorce devraient donc rétroagir, dans ce cas de figure, au jour de l'introduction de la *deuxième* demande.

Bien plus délicate est l'hypothèse dans laquelle le désistement de la demande initiale intervient *après* l'introduction de la deuxième demande en divorce. Une tendance jurisprudentielle et doctrinale¹⁶⁴ se dessine en faveur de l'applicabilité de l'article 1278, alinéa 2, du Code judiciaire dans cette situation, étant donné que les demandes ont été pendantes *simultanément* entre la date d'introduction de la deuxième demande et celle du désistement de la demande initiale. Les effets patrimoniaux du divorce devraient donc remonter au jour de la *première* demande en divorce, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation.

Le tribunal civil de Malines n'a toutefois pas choisi cette voie dans le jugement commenté. Au lieu de statuer dans le sens qui semble s'imposer suite à l'arrêt précité de la Cour de cassation, le juge s'en tient, dans cette affaire, au prescrit de l'article 826 du Code judiciaire : la procédure introduite en 1985 ayant fait l'objet d'un désistement, elle est censée ne *jamais* avoir pris cours. L'on ne peut donc pas considérer, selon le juge, que les demandes aient été pendantes simultanément à un quelconque moment. Seule la demande introduite en 1991 doit, par conséquent, être prise en considération.

Cette position nous semble défendable. Nous pensons en effet, avec Y.-H. LELEU¹⁶⁵, qu'un critère de coexistence *procédurale* devrait être préféré au critère *temporel* dégagé par la Cour de cassation dans son arrêt du 24 février 2005. Bien qu'il ne figure pas au texte, c'est en effet ce critère d'unité de la démarche divortiale qui a inspiré la rédaction de l'article 1278, alinéa 2, du Code judiciaire. La rétroaction des effets patrimoniaux du divorce à la date de la demande initiale ne se justifie donc, selon nous, que lorsque les demandes sont unies dans le temps et aussi par l'intention.

L. R.

¹⁶³ Cass., 24 février 2005, *Pas.*, 2005, p. 463, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 602, *R.W.*, 2005-06, p. 1101, note Ch. DECLERCK et J. DU MONGH, *E.J.*, 2006, p. 82, note H. VANBOCKRIJCK, *T. Not.*, 2007, p. 30, note F. BOUCKAERT.

¹⁶⁴ K. CREYF, note sous Civ. Malines, 11 février 2009, *R.W.*, 2009, p. 752 ; Anvers, 18 février 2004, *R.G.D.C.*, 2004, p. 562, et la note de C. DE BUSSCHERE, p. 563, n° 4.

¹⁶⁵ Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997-2005) », *R.C.J.B.*, 2007, p. 95, n° 69. Voy. également M. DEMARET, « Le droit patrimonial des couples. Le régime matrimonial légal », in *Chron. Not.*, vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 194, n° 47.

50. Article 1278, alinéa 4, du Code judiciaire. Exclusion de la liquidation de biens acquis durant la séparation

L'article 1278, alinéa 4, du Code judiciaire¹⁶⁶ permet au juge du divorce, statuant en équité à la demande d'un époux, d'exclure de la liquidation de la communauté, en raison de circonstances exceptionnelles¹⁶⁷, certains avoirs constitués ou certaines dettes contractées depuis la séparation de fait. Cette disposition légale est généralement utilisée dans le but de protéger un époux contre les dettes souscrites par son conjoint depuis la séparation de fait, ou encore pour empêcher ce conjoint de réclamer la moitié des avoirs acquis par l'autre durant la même période¹⁶⁸.

Par arrêt du 6 février 2009 (Cass., 6 février 2009, *Arr. Cass.*, 2009, p. 391, *Pas.*, 2009, p. 342, *R.W.*, 2009-10, p. 743, somm., *Rev. not. b.*, 2010, p. 617, note E. BEGUIN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 365, somm., *T. Not.*, 2010, p. 265), la Cour de cassation a précisé que la possibilité offerte par l'alinéa 4 de l'article 1278 du Code judiciaire ne concerne que les avoirs constitués ou les dettes contractées *après* la séparation de fait, et qui seraient *communs* suivant le fonctionnement normal du régime communautaire. Il en résulte que le tribunal ne peut appliquer cette disposition à des avoirs constitués ou à des dettes contractées *avant* la séparation de fait, ni aux avoirs ou dettes qui sont *propres* aux parties suivant le fonctionnement normal du régime légal. C'est dès lors à tort, dans l'affaire qui a donné lieu à cet arrêt de la Cour de cassation, que l'époux sollicitait l'application de l'article 1278, alinéa 4, du Code judiciaire, pour exclure de la liquidation un fonds de commerce et un immeuble qui lui étaient propres.

L. R.

¹⁶⁶ Voy. à ce sujet V. DEHALLEUX, « Le droit patrimonial du couple. La liquidation et le partage du régime matrimonial », *Chron. Not.*, vol. 42, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 188, n° 77 ; M. DEMARET, « Le droit patrimonial des couples. Le régime matrimonial légal », in *Chron. Not.*, vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 199, n° 48 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylants, 2008, p. 169, n° 147 ; Ph. DE PAGE et D. TCHOU, « Divorce. Liquidation-partage », in *Divorce. Commentaire pratique*, G. BOLIAU (éd.), Kluwer, 2009, VIII.6.4 ; Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997-2005) », *R.C.J.B.*, 2007, p. 99, n° 70.

¹⁶⁷ La loi ne définit pas les « circonstances exceptionnelles » dont il s'agit. Il est néanmoins admis que la séparation de fait n'est pas, en elle-même, une circonstance exceptionnelle justifiant l'application de l'article 1278, alinéa 4, du Code judiciaire. Seule la disparition de *l'aflectio societatis* fait figure de condition générale lorsque les conséquences patrimoniales qui en découlent ne sont pas équitables. En ce sens, voy. Liège, 18 décembre 2001, *J.T.*, 2002, p. 468, *R.R.D.*, 2002, p. 63 ; Civ. Liège, 18 novembre 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 466 ; Liège, 28 mars 2007, *J.T.*, 2007, p. 549, *R.R.D.*, 2006, p. 463. Voy. aussi M. DEMARET, « Le droit patrimonial des couples. Le régime matrimonial légal », in *Chron. Not.*, vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 199, n° 48 ; Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997-2005) », *R.C.J.B.*, 2007, p. 100, n° 70.

¹⁶⁸ Ph. DE PAGE et D. TCHOU, « Divorce. Liquidation-partage », in *Divorce. Commentaire pratique*, G. BOLIAU (éd.), Kluwer, 2009, VIII.6.4 – 2.

§2. *Indivision post communautaire*

51. **Gestion. Parts et actions de société**

Le régime matrimonial cessant de s'appliquer (rétroactivement) à la date de dissolution du régime (en règle la première demande en divorce – *supra*, n° 47 à 50), les biens communs deviennent indivis et sont régis, notamment quant à leur gestion, par le droit commun de l'indivision. Les parts indivises sont présumées égales (art. 577-2, § 2 C.civ.). Certains actes valablement accomplis par un époux seul pendant l'instance en divorce en vertu des règles du régime légal (art. 1416 et 1417 C.civ.) pourraient perdre leur validité ou leur opposabilité entre époux à défaut d'avoir été accomplis conjointement s'ils excèdent le degré de la simple administration (art. 577-2, § 6 C.civ.).

La cour d'appel de Gand dans un arrêt du 5 novembre 2007 (Gand, 5 novembre 2007, *NjW*, 2008, p. 597 note G. VERSCHELDEN, *T.G.R. – T.W.V.R.*, 2008, p. 6) fait application de ces principes à des parts et actions communes, confirmant qu'entre la dissolution du régime matrimonial et le partage effectif, celles-ci sont soumises quant à leur gestion au droit commun de l'indivision (art. 577-2, § 6 et 7 C.civ.).

Chacun des ex-époux ne peut donc, sans l'accord de l'autre, accomplir que les actes purement conservatoires et les actes d'administration provisoire relatifs à ces titres. Les autres actes de gestion, en particulier ceux de disposition, requièrent que les deux ex-époux agissent ensemble¹⁶⁹.

Dans une décision du 22 novembre 2005, le président du tribunal de commerce de Tongres (Prés. Comm. Tongres, 22 novembre 2005, *RABG*, 2009, p. 119, note E. JANSSENS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 954 (somm.)) rappelle que durant l'indivision post-communautaire, les parts communes sont soumises au régime de l'indivision de sorte que tant que la communauté entre époux dissoute par le divorce n'a pas été liquidée, les ex-conjoint n'ont de pouvoir de disposition que sur leur part indivise. Il précise ensuite, à juste titre, que le fait que les parts soient indivises n'empêche nullement qu'elles puissent faire l'objet d'une action en éviction sur pied de l'article 334 du Code des sociétés. Le propriétaire d'une part indivise supérieure à 30% des parts et actions de la société dispose en effet de la participation minoritaire exigée par cette disposition. Toutefois, une procédure en éviction ne peut être utilisée pour dissoudre l'indivision née suite au divorce. En l'espèce, dès lors qu'il apparaît que l'action en éviction introduite par l'époux ne vise qu'à influer sur la procédure de liquidation-partage et non l'intérêt de la société, cette action est déclarée non fondée.

Notons par ailleurs qu'une controverse existe quant à la gestion des parts et actions visées par l'article 1401, 5°, du Code civil (*supra*, n° 23).

Une majorité d'auteurs considère en effet que l'article 1401, 5°, du Code civil, qui qualifie propres les droits d'associé liés aux parts et actions qu'il vise, contient une règle de *qualification* de sorte que ces droits demeurent propres après le divorce¹⁷⁰. S'agissant de « biens propres » de l'époux

¹⁶⁹ Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruyant, 2008, p. 164, n° 145; Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997 à 2005). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2007, p. 101, n° 71 et références citées ; G. LESIRE, « Gehuwde vennoten wat gebeurt er met aandelen bij echtscheiding ? », *L.R.L.*, 2004, n° 4, p. 217.

¹⁷⁰ Notons qu'au sein de ce courant doctrinal, certains auteurs distinguent le cas où la dissolution du régime matrimonial résulte du *décès* de l'époux titulaire des parts ou actions, et estiment que dans ce cas, les droits sociaux – qui constituaient des propres dans son chef – perdent leur existence juridique distincte, de sorte que les parts et

associé, celui-ci exerce seul ces droits même après que le divorce soit devenu définitif¹⁷¹. Par contre, la valeur de ces parts ou actions et les profits qu'elles génèrent durant l'indivision post-communautaire, notamment les dividendes, relèvent de ladite indivision¹⁷².

Toutefois, un courant doctrinal minoritaire estime au contraire qu'une fois que le divorce est devenu définitif, l'article 1401, 5°, du Code civil ne trouve plus à s'appliquer de sorte que les parts et actions sont, pour le tout, rétroactivement soumises au droit commun de l'indivision depuis la première demande en divorce¹⁷³.

Dans son arrêt du 2 avril 2007, la cour d'appel de Gand (Gand, 2 avril 2007, *D.A.O.R.*, 2008/85, p. 15, note T. HOOGSTOEL) se rallie au courant majoritaire en estimant qu'une fois que le divorce est définitif et après la dissolution de la communauté, la scission entre les droits résultant de la qualité d'associé et le droit patrimonial continue d'exister et ceci jusqu'à la liquidation et le partage définitif de la communauté.

Cette cour confirme, à tout le moins implicitement, sa position dans son arrêt du 5 novembre 2007 (Gand, 5 novembre 2007, *NjW*, 2008, p. 597 note G. VERSCHELDEN, *T.G.R. – T.W.V.R.*, 2008, p. 6) en considérant que les droits patrimoniaux attachés aux actions visées à l'article 1401, 5°, du Code civil appartiennent durant le mariage, au patrimoine commun (même si les droits d'associé liés à ces actions sont en vertu de cette disposition, propres) et, à partir de la dissolution du régime matrimonial, à l'indivision post-communautaire.

Elle en déduit que le solde issu de la liquidation de la faillite d'une SPRL constituée par les deux époux durant le mariage et tombée en faillite après le divorce, appartient en indivision aux deux époux qui disposent sur ce solde, conformément au droit commun de l'indivision, de droits égaux, et considère en conséquence que le curateur de la faillite de l'ex-époux commerçant peut en principe revendiquer la moitié du solde positif de la faillite de ladite SPRL. En l'espèce, elle précise qu'il doit toutefois être tenu compte de ce que l'ex-époux commerçant reste redevable vis-à-vis de la SPRL faillie de la partie du capital souscrit qu'il n'a pas libérée alors que l'ex-épouse a entièrement libéré le capital par elle souscrit.

actions font partie, pour le tout, de l'indivision post-communautaire à liquider : Ph. DE PAGE et H. MICHEL, « La société. Constitution » in *Les contrats entre époux*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 191, note 14 ; H. MICHEL et B. CARTUYVELS, « Société unipersonnelle et régimes matrimoniaux » in H. MICHEL, *La S.P.R.L. unipersonnelle*, Bruxelles, Bruylant, 1988 p. 407.

¹⁷¹ Y.-H. LELEU, « L'actif des patrimoines propres », in *Trente ans après la réforme des régimes matrimoniaux*, J.-L. RENCHON et N. BAUGNIET (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 111 ; G. LESIRE, « Gehuwde vennoten wat gebeurt er met aandelen bij echtscheiding ? », *L.R.L.*, 2004, n° 4, p. 224 ; M. VAN OPSTAL, W. VAN EECKHOUTTE et L. WEYTS, « Régimes matrimoniaux et sociétés », in H. CASMAN et M. VAN LOOK (ed.), *Régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Kluwer, feuillets mobiles, TIV.2-31 ; A. VERBEKE, *Goederenverdeling bij echtscheiding*, Anvers, Maklu, 1991, p. 137 ; B. WAUTERS, *Aandelen en echtscheiding*, Anvers, Maklu, 2000, p. 438 ; L. WEYTS, « Aandelen in een vennootschap bij echtscheiding », *E.J.*, 1996, p. 50. Pour plus de détails et de références : Y.-H. LELEU et S. LOUIS, *Sociétés et régime matrimonial de communauté*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 122.

¹⁷² Ph. DE PAGE, « Les parts d'associé et l'attribution préférentielle », note sous Civ. Liège, 28 février 1994, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 88.

¹⁷³ H. DU FAUX, « De lidmaatschapsrechten bedoeld in artikel 1401, 5°, B. W. Bedenkingen over de aard van deze rechten », *T.V.N.*, 1987, p. 469 ; N. TORFS, *Gezin en arbeid. Enkele huwelijksvermogensrechtelijke twistpunten*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 117 ; J. VAN BAEL, « Invoering van art. 1401, 5°, B.W. en de B.V.B.A. », *R.W.*, 1987-1988, p. 569, n° 10.

Notons que la position de la Cour d'appel de Gand et du courant majoritaire sur lequel elle s'appuie, aboutit *de facto* à empêcher la substitution rétroactive de la gestion de l'indivision à celle du régime légal, cela de manière opportune, tant la rigueur du principe peut créer des actes juridiques boiteux.

S. L.

52. Indemnité d'occupation. Principes

En vertu du droit commun de l'indivision, chaque indivisaire à le droit d'occuper ou d'utiliser un bien indivis (art. 577-2, § 5 C.civ.). En cas de litige à ce propos, par exemple si deux ex-conjoints se disputent l'occupation d'un immeuble, leurs rapports sont régis par les décisions judiciaires ayant ordonné une occupation exclusive au profit de l'un d'eux. Mais l'ordonnance du président du tribunal de première instance rendue sur la base de l'article 1280 du Code judiciaire – et à plus forte raison celle du juge de paix rendue sur la base de l'article 223 du Code civil – cesse de produire ses effets le jour où le divorce acquiert force de chose jugée¹⁷⁴.

Entre le divorce et le partage, les litiges relatifs à l'occupation du bien indivis sont déférés au juge de paix, compétent sur la base de l'article 591, 2^o du Code judiciaire. Le tribunal de Gand, statuant en appel, a ainsi arbitré les intérêts en présence pour maintenir dans les lieux, après le divorce, l'épouse qui occupait l'immeuble indivis, à titre provisoire par application de l'article 19, al. 2 du Code judiciaire. L'ex-épouse y avait en effet entretemps établi son cabinet d'avocat après avoir quitté son ancienne association, l'ex-mari avait hérité d'un immeuble familial dans lequel il pouvait se loger, et l'ex-épouse ne mettait pas en péril l'affectation unifamiliale de principe de l'immeuble indivis (Civ. Gand, 9 janvier 2009, *J.J.P.*, 2010, 207). Le juge tempère sa décision en condamnant l'occupante à payer une indemnité provisionnelle pour son occupation (*infra*, n° 53).

Pendant toute l'indivision post-communautaire, ou celle qui suit la dissolution d'un régime de séparation de biens (Liège, 22 avril 2009, *J.L.M.B.*, 2011, 361, obs. Y.-H. LELEU ET Liège, 22 octobre 2008, *R.G.D.C.*, 2009, p. 415, note Y.-H. LELEU et F. DEGUEL, *Act. dr. fam.*, 2010, p. 89, note C. DECLERCK et D. PIGNOLET, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 366, note N. BAUGNIET, *Not. Fisc. M.*, 2010, p. 231, note C. DELCERCK), l'occupation d'un bien indivis par un des époux indivisaires le rend débiteur d'une indemnité d'occupation, fondée sur l'article 577-2, § 3 du Code civil (Cass., 6 mai 2010, inédit, R.G. C.09.0095N; Cass., 18 mai 2009, commenté *infra*, n° 55). Cette disposition prescrit en effet que chaque copropriétaire participe aux droits et aux charges de la propriété en proportion de sa part¹⁷⁵. S'agissant du logement familial, et de tout autre bien indivis (comp. *infra*, n° 54), une indemnité est due pour son usage exclusif, en principe égale à sa valeur locative¹⁷⁶. Elle est due à la masse car, toujours en vertu du droit commun de l'indivision, les

¹⁷⁴ Cass., 4 novembre 1983, *Pas.*, 1984, I, 242 ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 484, n° 474.

¹⁷⁵ Dans le même sens : Cass., 4 mai 2001, *J.T.*, 2003, 683, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, 714, *E.J.*, 2001, 122, *T. Not.*, 2001, 466, note) ; Sent. arb., 31 janvier 1994, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, 250, n° 20.

¹⁷⁶ En ce sens, not. E. VIEUJEAN, Examen de jurisprudence (1970-1975). Les personnes, *R.C.J.B.*, 1978, 356, n° 119. A propos d'un bien meuble (voiture automobile) : F. BUYSENS, note sous Gand, 20 janvier 1995, *E.J.*, 1995, 107 ; A. VERBEKE, note sous Civ. Furnes, 8 mars 1991, *R.W.*, 1991-1992, 1471.

revenus des biens indivis accroissent l'indivision (*fructus augent hereditatem*). Elle est due à l'époux propriétaire si un de ses biens propres a été occupé exclusivement (en séparation de biens : Cass., 18 décembre 2008, *Pas.*, 2008, I, p. 3027, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, 354, *J.L.M.B.*, 2011, 348)

Elle prend cours à la dissolution du mariage, et non depuis la séparation ordonnée par le juge de paix sur la base de l'article 223 du Code civil. Elle est exigible au jour du partage, surtout si la décision judiciaire qui octroie l'occupation a précisé qu'elle a lieu sans charge (ce qui n'implique pas que l'occupation sera gratuite, comme on le verra, *infra*, n° 55 ; comp. en séparation de biens, où le paiement de l'indemnité pour occupation d'un bien propre de l'autre conjoint peut être dissociée des opérations de partage : Cass., 18 décembre 2008, précité). Elle produit intérêts, moyennant mise en demeure, à partir de ce jour aussi (Anvers, 29 avril 2009, *N.F.M.*, 2010, 152, note J. VERSTRAETE).

L'indemnité d'occupation n'est pas « effacée » par l'effet déclaratif du partage, notamment si l'occupant obtient l'immeuble par attribution préférentielle, non parce que cette attribution ne serait pas déclarative, mais parce que les actes d'administration que sont la perception de « loyers » ne sont pas affectés par l'effet déclaratif du partage (Bruxelles, 25 novembre 2010, *Act. Dr. Fam.*, 2011, 8, note T. VAN HALTEREN ; dans le même sens : Gand, 28 juin 2007, *T.not.*, 2009, 550)¹⁷⁷. Aussi est critiquable la motivation d'un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers qui refuse de dispenser d'indemnité d'occupation un mari qui a occupé un bien commun qu'il avait lui-même apporté en communauté, mais qu'il pouvait « reprendre » sans indemnité aux termes d'une stipulation du contrat de mariage, dérogatoire au droit de reprise d'apport à titre onéreux (art. 1455 C.civ.)¹⁷⁸ (Anvers, 29 avril 2009, *N.F.M.*, 2010, 152, note J. VERSTRAETE). La cour déclare, à tort, que la reprise n'est pas rétroactive : le contrat stipulait la reprise « au jour du divorce », mais comme on l'a dit, la rétroactivité n'efface pas l'indemnité d'occupation. La reprise a certes lieu à titre d'opération de partage, mais le contrat précise que le mari retrouve la propriété de son bien au jour du divorce. M. Verstraete critique cette solution en équité (l'époux s'est réservé par contrat le droit de redevenir propriétaire de son bien apporté en cas de divorce et devrait payer une indemnité d'occupation en fonction de la durée d'une liquidation qu'il ne maîtrise pas seul ; il n'aurait droit qu'à un demi-loyer si son épouse ou un tiers occupe « son » bien pendant la liquidation). L'auteur considère que la clause aurait permis l'attribution immédiate de la propriété du bien au mari, dès le prononcé du divorce, donc avant la fin de la liquidation-partage, de manière analogue à l'attribution de biens recelés au conjoint ou aux héritiers du receleur, suivant la jurisprudence en matière de recel. Nous ne partageons pas cet avis, car la clause de reprise dérogatoire à l'article 1455 du Code civil est un préciput, qui ne peut opérer qu'au jour du partage.

Des demandes de réactualisation de l'indemnité sont formées par les créanciers lorsque la procédure a duré longtemps. Dans l'affaire soumise à la Cour d'appel de Liège (Liège, 22 octobre 2008, précité), la valeur locative (servant de base à une indemnité d'occupation limitée à celle des enfants) a été estimé à 650 euros dans un projet d'état liquidatif contredit déposé en 2004. La cour saisie en appel de ces contredits estime qu'à partir de 2004, ce montant peut être indexé par référence à l'indice santé (dans le même sens, sans précision de l'indice : Gand, 28 juin 2007,

¹⁷⁷ Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997 à 2005). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2007, p. 105, n° 73.

¹⁷⁸ Cette dérogation est licite : J. VERSTRAETE, *Inbreng in gemeenschap*, in *Notariële Actualiteit 2008-2009*, C. CASTELEIN, A. VERBEKE, L. WEYTS (eds.), Bruxelles, Larcier, 2008, p. 56, n° 25.

T.not., 2009, 550 ; rappr. Mons, 2 mars 2010, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 2011, 367, ordonnant aux notaires de réévaluer la valeur locative entre 1991 (!) et 2011 au besoin avec l'aide d'un expert, sans donner de directives).

L'indemnité d'occupation n'est pas pour autant un « loyer » prescriptible par 5 ans en vertu de l'article 2277 du Code civil¹⁷⁹. La Cour d'appel de Mons en décide ainsi pour ne pas limiter l'obligation du mari occupant, sur la base du droit italien applicable, mais similaire au droit belge en ce qui concerne le régime de l'occupation d'un bien indivis par un indivisaire (Mons, 6 février 2006, *Act. Dr. Fam.*, 2008, 209).

Après l'homologation de l'état définitif, des *intérêts* pourront courir, mais une mise en demeure est nécessaire (Gand, 28 juin 2007, *T.not.*, 2009, 550 ; rappr. Anvers, 29 avril 2009, commenté *infra*, n° 64)¹⁸⁰.

Y.-H. L.

53. (suite). Débition ordonnée à titre provisionnel avant le partage définitif

L'ex-conjoint de l'occupant ne saurait toutefois souffrir de l'inertie de l'occupant dans la procédure, alors qu'il doit lui-même exposer des frais de logement. Suivant une tendance jurisprudentielle récente, l'ex-conjoint de l'occupant peut demander au juge, à titre provisionnel, sur la base de l'article 19, al. 2 du Code judiciaire, la condamnation de l'occupant à lui payer une « indemnité d'occupation ». Plus exactement un « loyer provisoire », car l'occupant ne doit l'indemnité d'occupation qu'à la masse indivise, et celle-ci sera égale à la valeur locative du bien, telle que calculée *in fine* par le notaire liquidateur.

Ainsi en décide la Cour d'appel de Bruxelles, pour des raisons d'équité, au profit de l'ex-mari, dont l'épouse occupe la maison commune depuis 2006, alors que la cause en liquidation-partage ne pourra être plaidée qu'au plus tôt fin 2011 (sans préjudice de la durée de la suite des opérations devant le notaire liquidateur). Elle condamne l'épouse au paiement d'une somme mensuelle de 500 euros, sans préciser si elle ce montant est une minoration de la valeur locative du bien ou de la moitié de celle-ci (Bruxelles, 25 novembre 2010, *Act. Dr. Fam.*, 2011, 8, note T. VAN HALTEREN). La Cour refuse par contre la condamnation compensatoire du mari au paiement d'intérêts provisionnels sur un portefeuille de titres indivis qu'il détient, à défaut d'informations suffisantes.

Auparavant, le tribunal de Gand, dans sa décision déjà commentée (Civ. Gand, 9 janvier 2009, *supra*, n° 52) avait également décidé en ce sens, condamnant à titre provisionnel au paiement d'une somme de 1500 euros par mois une épouse qui faisait durer la procédure d'attribution préférentielle de l'immeuble qui lui avait été confié en jouissance.

La Cour d'appel de Liège, statuant en appel de référé sur la base de l'article 1280 du Code judiciaire, se rapproche de ce courant, mais s'en distingue en ce qu'elle ajoute une « avance » sur revenus « communs » (plus exactement « indivis ») à la provision alimentaire due par le mari

¹⁷⁹ Cass., 16 novembre 2001, *Rev. Not. b.*, 2002, 307, concl. M.P. ; Y.-H. LELEU, Six questions en quête de réponse à propos de l'indivision post-communautaire, *Rev. Not. b.*, 2001, p. 666.

¹⁸⁰ Y.-H. LELEU, Examen de jurisprudence (1997-2005), Régimes matrimoniaux, R.C.J.B., 2007, p. 104, n° 73.

pendant l'instance en divorce (Liège, 5 mai 2009, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 2010, p. 1057). Le mari percevait en l'espèce les revenus locatifs d'immeubles du couple (1400 EUR) et occupait exclusivement le logement familial (valeur locative non précisée). Il doit ajouter au secours alimentaire de 200 EUR, une somme de 400 EUR à titre d'avance sur revenus communs. Cette décision procède ainsi à une allocation provisoire entre époux des revenus de l'indivision post communautaire, conseillée par la doctrine pour approcher une répartition idéale, par moitié, de nature à réduire les besoins alimentaires provisoires. Il faut l'approuver, mais ne pas en déduire que ces répartitions sont définitives (*infra*, n° 55).

Ces décisions motiveront probablement les occupants « provisoirement sans charges » à faire diligence dans le règlement définitif de la liquidation si tel n'était pas le cas de leur fait. Par contre rien ne justifie, comme certainement devant le tribunal de Gand et peut-être devant la cour de Bruxelles, de condamner l'occupant à verser la totalité de la valeur locative à titre provisionnel à l'autre conjoint. Un paiement provisionnel, s'apparentant à un partage provisionnel, ne doit remplir l'autre indivisaire que de ses droits, soit au plus la *moitié* de la valeur locative.

Y.-H. L.

54. (suite). Meubles meublants

A tort la Cour d'appel de Liège estime qu'aucune indemnité n'est due pour l'usage exclusif des meubles meublants garnissant le logement indivis entre époux *séparés de biens*, au motif qu'ils n'auraient pas de valeur locative, et qu'il appartient à celui qui ne veut pas exposer les frais de rachat d'un nouveau mobilier de réclamer ses meubles propres et sa part des meubles indivis lors de la séparation (Liège, 22 avril 2009, *J.L.M.B.*, 2011, p. 361, obs. Y.-H. LELEU).

Ce raisonnement ne saurait être généralisé à tous les meubles – notamment les véhicules¹⁸¹ -. En outre, un partage partiel des meubles ne peut s'effectuer que de commun accord et n'est pas toujours possible. Enfin, s'il fallait admettre que le mobilier meublant n'a pas de valeur locative, on ne peut nier qu'il augmente celle de l'immeuble. C'est peut-être par ce biais qu'il convient d'intégrer le prix de l'usage exclusif des meubles dans le calcul des indemnités d'occupation.

Y.-H. L.

55. Compensation avec le devoir de secours entre époux dû jusqu'au divorce

Nous avons déjà commenté dans ces *Chroniques notariales*, l'arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 2009 (Cass., 18 mai 2009, *R.W.*, 2009-2010, 1132, avec concl. av. gén. R. MORTIER, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, 1072, somm., et 2011, 481, note Y.-H. LELEU, *T. not.*, 2010, 279)¹⁸². Cet arrêt, à notre

¹⁸¹ Y.-H. LELEU, Six questions en quête de réponse à propos de l'indivision post-communautaire, *Rev. Not. b.*, 2001, p. 678, n° 30.

¹⁸² *Chroniques notariales*, vol. 51, Bruxelles, Larcier, 2010. L'arrêt a été publié en sommaire provisoire avant traduction officielle in *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 2009, p. 1072 et commenté par N. DANDOY, Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – analyse annuelle (2009) des décisions de jurisprudence », *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 2009, p. 1017, J. DU MONGH et Ch. DECLERCK, in *Patrimonium 2009*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 27-28, n° 39 et B. VERDICKT, De woonstvergoeding. De klassiek leer (opnieuw) bevestigd, *Nieuwsbrief Notariaat*, 2010/3.

avis, a clarifié les règles d'établissement du compte d'indivision post-communautaire par le notaire et par le juge liquidateur, mettant un terme à la controverse sur l'imputation des sommes dues au titre du devoir de secours sur les revenus de l'indivision post-communautaire, et donc sur l'indemnité d'occupation revenant à la masse indivise. Nous en résumons ici le commentaire (A), pour constater ensuite que la jurisprudence des juridictions de fond n'est toujours pas fixée dans le sens préconisé par cet arrêt (B).

A. L'apport de l'arrêt de la Cour de cassation pour la pratique est de rassurer le notaire-liquidateur sur sa *compétence* et son *obligation* de qualifier les allocations accordées à un époux pendant l'instance en divorce en provisions alimentaires au sens strict, ou en simples avances sur revenus indivis. Il pourra concrètement apaiser les fréquents contestations et contredits émis, qui suivent globalement deux axes :

- a. demande d'indemnité d'occupation à l'ex-conjoint nécessiteux pendant l'instance en divorce ;
- b. demande du conjoint nécessiteux de conserver toutes ses allocations « alimentaires » et, en plus, de la moitié des revenus indivis.

L'arrêt du 18 mai 2009 complète un arrêt du 27 avril 2001 qui, selon notre interprétation¹⁸³, consacrait déjà cette compétence du notaire et du juge liquidateur. Il enseigne surtout comment le notaire et le juge liquidateur doivent exercer celle-ci : ils doivent *imputer* ces allocations sur les revenus indivis de l'allocataire, et procéder à une *comparaison* chiffrée de celles-ci avec la part de revenus indivis de l'allocataire, suivant la méthode conseillère depuis 1977 par Vieujean¹⁸⁴.

L'arrêt commenté est d'autant plus clair à ce sujet qu'en l'espèce, l'épouse a bénéficié seulement d'une allocation provisoirement alimentaire en nature, sans aucun complément financier, à savoir l'occupation du logement commun. L'imputation et la comparaison préconisées seront aisées et leur résultat parlant, comme il sera exposé plus loin.

Les faits de l'espèce sont les suivants. En 1991, dès la *séparation de fait*, le juge de paix (art. 223 C.civ.) accorde à l'épouse la résidence séparée dans le logement commun avec les enfants sans lui allouer de provision alimentaire. L'instance en divorce débute en 1996 et le divorce est prononcé en

¹⁸³ Note sous Cass., 27 avril 2001, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 2003, 613. En sens contraire : J.-E. BEERNAERT, Les indemnités d'occupation, *Rev. dr. U.L.B.*, 2003, p. 152 ; J.-L. RENCHON, La jouissance du logement familial après la séparation du couple, in *Le logement familial*, P. DELNOY, Y.-H. LELEU et E. VIEUJEAN (éd.), Bruxelles, E. Story-Scientia, 1999, p. 188 et s., n° 54 et s. et note sous Cass., 27 avril 2001, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 2003, 619.

¹⁸⁴ E. VIEUJEAN, Observations sur certaines particularités des effets du divorce pour cause déterminée, *Ann. Dr. Liège*, 1977, 540, texte et note 12 ; *adde* E. VIEUJEAN, Divorce et séparation de corps pour cause déterminée en droit civil, in *Le contentieux conjugal*, Liège, Editions du Jeune Barreau, 1984, p. 102-104. Dans le même sens, notamment : N. GALLUS, Mesures provisoires pendant l'instance en divorce et liquidation du régime matrimonial: autonomie ou interférence ?, *Div. Act.*, 2006, 49; Y.-H. LELEU, Six questions en quête de réponse à propos de l'indivision post-communautaire, *Rev. Not. Belge*, 2001, 666; S. MOSSELMANS, *Onderhoudsbijdrage tussen echtgenoten in echtscheiding : begroting, aanrekening en woonstvergoeding*, Gand, Larcier, 2007, p. 82 et s. De hulpverplichting van (gewezen) echtgenoten en de vereffening-verdeling van de huwelijksgemeenschap na echtscheiding op grond van bepaalde feiten, p. 285 et s.; G. VAN OOSTERWIJCK, Civilrechtelijke aspecten van de vereffening-verdeling, in *Vereffening-verdeling van het huwelijksvermogen*, W. PINTENS et F. BUYSSENS (éd.), Anvers, Maklu, 1993, p. 19 ; J. GERLO, *Huwelijksvermogensrecht*, Bruges, Die Keure, 2004, p. 210 et s., n° 391 et s. Comp. : A. SIBIET, note sous Bruxelles, 5 janvier 2006, N.F.M., 2006, p. 309 ; J. GERLO, Echtscheiding, onderhoudsgeld en woonstvergoeding – poging tot vereenvoudiging, in *Liber amicorum Christian De Wulf*, Bruges, Die Keure, 2003, p. 135.

2001. Dans la *liquidation-partage*, les époux s'opposent quant à l'intégration de la valeur de l'occupation dans le compte d'indivision, d'abord devant le notaire, puis devant le juge liquidateur et ce jusqu'en appel. Le mari réclame une « indemnité de logement » (lisez : d'occupation) depuis 1991, date de la *séparation de fait*, au motif que le juge de paix « a fixé la pension alimentaire pour les enfants en tenant compte du fait que (le mari) n'offrait pas gratuitement le droit d'occuper le logement ». Son épouse rétorque n'en être débitrice qu'à partir de 2001, date du *divorce*, au motif que « le juge de paix n'a pas précisé expressément (...) si, et dans quelle mesure, la décision d'octroyer l'usage exclusif du logement familial a été prononcée à titre de contribution alimentaire ou à titre de simple mesure de gestion ».

La cour d'appel de Bruxelles a partiellement suivi la thèse du mari : après avoir considéré que l'occupation du logement « constitue un élément de l'exercice en nature de l'obligation de secours », elle condamne l'épouse au paiement d'une indemnité d'occupation, non à partir de 1991 mais à partir de 1996, date de dissolution du régime matrimonial entre époux.

Son arrêt n'est pas cassé à cause du paradoxe qu'il y a à, d'une part, constater que l'occupation du logement est une mesure d'exécution du devoir de secours et, d'autre part, condamner l'épouse au paiement d'une indemnité d'occupation. La Cour de cassation reproche plutôt à la cour d'appel d'avoir décrété l'obligation de paiement d'une indemnité sans avoir imputé les allocations provisoirement alimentaires sur les revenus indivis de l'allocataire suivant la méthode d'imputation arithmétique.

La Cour de cassation motive son arrêt par les considérants suivants. Si l'occupation du logement est accordée à titre d'exécution en nature du devoir de secours entre époux, cette occupation (n° 4) « peut donner lieu, suivant les éléments pris en compte par le juge de paix, à l'*imputation* de la jouissance dont l'époux a bénéficié sur sa part dans les revenus des biens indivis et *au cas où la part de l'époux créancier des aliments dans les revenus indivis excède la jouissance précitée*¹⁸⁵ », celle-ci est censée constituer une avance sur sa part ». En conséquence, selon la Cour (n° 7) l'arrêt « ne pouvait allouer une indemnité de logement (au mari) en compensation de la jouissance du logement familial dont (l'épouse) a bénéficié postérieurement à la (dissolution du mariage), mais pouvait tout au plus procéder à l'*imputation* visée au considérant 4¹⁸⁶ ».

L'arrêt recommande ainsi clairement au notaire et au juge liquidateur d'imputer les provisions alimentaires sur les revenus indivis, et de leur donner les qualifications qui résultent de la comparaison arithmétique que nous avons déjà développé dans plusieurs contributions antérieures.

B. Les juridictions de fond ne procèdent pas toutes à cette comparaison arithmétique. Certaines persistent à accorder une valeur décisive aux termes de l'ordonnance de référé ou du juge de paix (B.1). D'autres procèdent, dans la liquidation, à de nouveaux calculs alimentaires (B.2).

B.1. En référé, la Cour d'appel de Liège, dans un arrêt déjà commenté (Liège, 5 mai 2009 (*supra*, n° 53)), condamne le mari à payer une « avance » sur revenus indivis en plus de la provision alimentaire pendant l'instance en divorce. Elle énonce, concernant l'épouse, que « son secours alimentaire ne sera pas revu (lors de la liquidation) ». Cette formulation est ambiguë : seul le

¹⁸⁵ Nous soulignons.

¹⁸⁶ Nous soulignons.

quantum des besoins alimentaires et des sommes versées lient le juge de la liquidation et le notaire. Mais ceux-ci peuvent considérer que ces sommes n'étaient pas (totalement) des aliments et étaient des avances sur revenus indivis (*infra*, n° 72). Dans l'espèce soumise à la cour de Liège, ce sera probablement le cas lors de la liquidation : l'épouse a perçu une provision alimentaire de 200 EUR, une avance sur revenus indivis de 400 EUR ; les revenus locatifs perçus par le mari s'élèvent à 1400 EUR et la maison qu'il occupe produit un revenu locatif non précisé ; chaque mois l'épouse était donc virtuellement titulaire de revenus à hauteur minimale de 700 EUR. Il apparaît dans ce contexte que la provision alimentaire était aussi une avance sur revenus indivis, et que par conséquent, contrairement à ce qu'affirme la cours, le « secours alimentaire » sera « revu » quant à sa qualification et deviendra pour partie une avance sur revenus indivis.

Statuant dans la liquidation, cette même cour revoit la qualification des sommes allouées à l'épouse pendant l'instance « lorsque rien n'a été expressément tranché en justice de paix ou en référé », sous-entendant qu'elle serait liée par ces décisions dans le cas contraire (Liège, 22 avril 2009, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 2011, p. 361). A notre avis, le juge du provisoire tranche toujours le litige qui est de sa compétence – décider le *montant* des allocations provisoires que doit percevoir le conjoint nécessiteux – mais ne peut jamais se prononcer sur la nature de celles-ci, alimentaire ou simple avance sur revenus indivis.

Quand la décision de référé accordant l'occupation exclusive précise que celle-ci a lieu « purement par mesure d'ordre » (*louter bij wijze van bestuursregeling*), l'indemnité d'occupation est due dès la demande en divorce (en ce sens : Anvers, 29 avril 2009, N.F.M., 2010, liv. 5-6, 152, note J. VERSTRAETE). Le juge des référés ne précisera une telle qualification que s'il est certain que les provisions allouées au conjoint nécessiteux n'auraient pas été nécessaires s'il avait pu percevoir sa part de revenus indivis durant l'instance, autrement dit si le patrimoine indivis avait généré d'amples revenus, dont la moitié aurait pu couvrir ses besoins alimentaires (axe de contestation b. ; *supra*, A).

B.2. La Cour d'appel de Liège a débouté un mari de sa demande d'indemnité d'occupation dans une situation où l'épouse occupait le seul bien indivis pendant l'instance (axe de contestation a. ; *supra*, A ; Liège, 22 avril 2009, *J.L.M.B.*, 2011, p. 361, obs. Y.-H. LELEU). La cour ne pratique pas la méthode d'imputation préconisée par la Cour de cassation. Or celle-ci aurait permis de constater objectivement que l'allocation provisoire dont l'épouse a bénéficié (secours de 625 EUR ajouté à la valeur locative de 1.100 EUR – estimation haute) était largement supérieure à sa part de revenus indivis (550 EUR). Le juge liquidateur aurait pu en conclure qu'elle a déjà perçu sa part de revenus indivis pendant l'instance, que le surplus de l'allocation provisoire était alimentaire, et qu'aucune indemnité n'est due par elle. La cour de Liège parvient à la même conclusion (absence de débition d'une indemnité d'occupation) mais en procédant à un calcul alimentaire (ressources/charges) qui a déjà été fait, qui n'est pas de sa compétence et qui se base trop sur le contenu de la décision de référé. La cour affirme ainsi que si le juge des référés avait pris en compte une charge de logement de l'épouse égale à 550 EUR, il lui aurait alloué plus que 635 EUR à titre de secours provisoire. Constatant qu'il ne l'a pas fait, la cour pense pouvoir en déduire qu'il a considéré l'occupation du logement comme gratuite. Ce faisant, la cour s'écarte de sa mission de procéder uniquement à la répartition des revenus de l'indivision.

Face à une même contestation (axe a. ; demande du mari d'une indemnité d'occupation à son épouse qui a bénéficié du secours pendant l'instance et alors que le logement est le seul bien indivis), le tribunal d'Arlon adhère clairement à la doctrine et à la jurisprudence préconisant la

méthode arithmétique (Civ. Arlon, 3 mars 2006, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 2007). Il ne retient des ordonnances de référé que les montants des allocations provisoires, en l'espèce environ et en moyenne 40.000 BEF par mois de provisions alimentaire et une occupation gratuite valant 675 EUR (27.222 BEF). Il décide que les provisions alimentaires n'étaient pas des avances sur revenus mais des aliments, et dispense l'épouse de paiement d'une indemnité d'occupation. Il aurait pu, objectivement, suivant la méthode arithmétique, constater que les allocations provisoires (en moyenne 67.222 BEF) excédaient largement la part de revenus indivis de l'épouse (337,50 EUR), de sorte qu'aucune indemnité n'était due car l'occupation se révèle, au juge de la liquidation, pour partie alimentaire (la part du mari dans les revenus indivis, soit 337,50 EUR ajoutée à ses aliments à hauteur de 40.000 BEF) et pour une avance sur revenus indivis (la part de l'épouse soit 337,50 EUR). Ceci nous permet de critiquer le jugement quand il affirme que les provisions alimentaires payées ne sont pas des avances sur revenus indivis. Il n'était pas non plus judicieux d'écrire que l'indemnité d'occupation a été « anticipativement compensée » par une contribution alimentaire plus réduite : seul le compte d'indivision permet d'établir si l'indemnité d'occupation est due ou si l'occupation a été alimentaire¹⁸⁷.

A juste titre également en droit, la cour d'appel de Mons (Mons, 22 mars 2010, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 2011, 367) considère que le juge de la liquidation fixe la « portée » du secours alimentaire « définitif », dans le cadre des comptes d'indivision, en veillant à partager les revenus des biens indivis. La cour cite *in extenso* de la doctrine contestant toute autorité quant à ce à la décision de référé. En l'espèce, l'occupante (de 1991 à 2010 !!!) n'a jamais demandé de secours alimentaire personnel. Les parties avaient fait entériner un accord sachant qu'elle occupait le logement familial. La cour estime qu'une indemnité d'occupation est due, se fondant sur l'accord des parties, mais aussi en l'absence de précisions sur les revenus et charges de celles-ci. Le raisonnement de la cour n'est pas complet, même si elle n'était visiblement pas suffisamment éclairée. Elle aurait dû vérifier si les allocations provisoires perçues par l'épouse (ici à défaut de précision, uniquement la totalité de la valeur locative de l'immeuble) étaient *inférieures ou égales* à sa part de revenus de l'indivision post-communautaire (ici à défaut de précision, la moitié de cette valeur locative). Seul ce constat aurait permis de conclure qu'elle n'a pas occupé le logement à titre alimentaire, mais à titre d'avance sur revenus indivis, et que le cas échéant elle doit une indemnité à la masse. Le tout aurait supposé que le mari ou l'épouse aient perçu d'autres revenus indivis importants, ce qui n'est pas précisé en l'espèce.

On rapprochera cet arrêt d'un arrêt précédent de la même cour, statuant en droit italien applicable, mais similaire quant au principe de débition d'une indemnité d'occupation en cas d'usage exclusif d'un bien indivis (Mons, 6 février 2006, *Act. Dr. Fam.*, 2008, p. 209). Le mari est condamné au paiement d'une indemnité d'occupation, et la cour refuse de considérer qu'elle a déjà été payée en partie par le mari à son épouse sous forme de versements alimentaires pendant l'instance en divorce. Autrement dit la cour refuse de considérer que l'épouse a reçu, pendant l'instance, des avances sur sa part de revenus indivis. Une telle décision ne peut être prise, par le juge liquidateur, qu'après une comparaison entre les allocations perçues par l'épouse et sa part de revenus indivis, en l'occurrence la moitié de la valeur locative. Si ses allocations sont inférieures à cette part de revenus indivis, alors seulement elles peuvent être qualifiées d'avances sur revenus

¹⁸⁷ *Contra* : Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 220, n° 184, approuvant le raisonnement du tribunal d'Arlon.

indivis, car si l'épouse avait perçu pendant l'instance la moitié de la valeur locative de l'immeuble, elle n'aurait pas eu besoin de secours alimentaire provisoire.

Y.-H. L.

56. Minoration de la valeur locative ou de l'indemnité en raison de la présence des enfants communs dans le bien indivis

Presque systématiquement le débiteur potentiel d'une indemnité d'occupation plaide la réduction de son montant s'il a hébergé des enfants dans le logement occupé. Certains auteurs recommandent en effet de réduire à due concurrence les charges d'occupation dans le compte d'indivision, arguant que l'occupant aurait exposé des frais supplémentaires, ou n'aurait pu occuper un logement plus modeste¹⁸⁸. Avec d'autres¹⁸⁹ nous considérons que ce raisonnement mêle des paramètres hétérogènes. L'entretien des enfants est une dette entre parents (art. 203) tandis que le compte d'indivision liquide leurs relations patrimoniales issues du mariage. En outre, le devoir d'entretien des enfants survit au divorce (art. 302 C.civ.), au contraire du devoir de secours, le seul qui puisse être imputé sur les revenus de l'indivision. L'occupation du logement sans charges est donc une donnée précaire, dont les décisions sur l'entretien des enfants, qui ont vocation à perdurer, ne doivent pas tenir compte¹⁹⁰.

Toutefois, il est difficile de condamner fermement cette tendance, compte tenu du souci d'équité qui la fonde, et vain, au vu de la jurisprudence qui ne tient pas compte de principes qui précèdent, et surtout ne les anticipe pas au stade du référent ou des décisions alimentaires relatives aux enfants¹⁹¹.

L'impact modérateur de la présence des enfants ne peut cependant être décidé que par le juge de la liquidation (ou, avant lui, au notaire liquidateur)¹⁹².

La cour d'appel de Gand, adhérant à la ligne stricte, refuse d'adapter l'indemnité d'occupation pour la période de 3,5 ans pendant laquelle le plus jeune enfant du couple a habité avec sa mère dans l'immeuble indivis (Gand, 28 juin 2007, *T.not.*, 2009, 550). A juste titre la cour considère que les contributions alimentaires pour les enfants, qui normalement doivent permettre de supporter

¹⁸⁸ Voy. *contra* et sur la controverse : M. Demaret, in *Chroniques notariales*, 2008, n° 51, p. 205. Récemment, not. : Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 221, n° 184.

¹⁸⁹ Y.-H. LELEU, Les personnes et les régimes matrimoniaux, *Chron. not.*, vol. XXXIV, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 202; Y.-H. LELEU, Six questions en quête de réponse à propos de l'indivision post-communautaire, *Rev. not. belge*, 2001, p. 678 ; S. MOSSELMANS, De hulpverplichting van (gewezen) echtgenoten en vereffening-verdeling van de huwelijksgemeenschap na echtscheiding op grond van bepaalde feiten, in P. SENAeve, *Onderhoudsgelden*, Louvain, Acco, 2001, p. 309 ; S. MOSSELMANS, *Onderhoudsbijdrage tussen echtgenoten in echtscheiding : begroting, aanrekening en woonstvergoeding*, Gand, Larcier, 2007, p. 95 et s.

¹⁹⁰ G. VERSCHELDEN, Woonst en kinderen gescheiden na echtscheiding, *Juristenkrant*, 2006, livr. 17, p. 3.

¹⁹¹ Rappr. en ce sens, Cass., 30 septembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1283, commenté par M. DEMARET in *Chroniques notariales*, 2008, p. 205, n° 51.

¹⁹² S. MOSSELMANS, *Onderhoudsbijdrage tussen echtgenoten in echtscheiding : begroting, aanrekening en woonstvergoeding*, Gand, Larcier, 2007, p. 97, n° 103.

les frais de logement (supplémentaires) liés à leur hébergement, sont décidées séparément du compte d'indivision.

La plupart des autres décisions minorent l'indemnité d'occupation, pour divers motifs.

La cour d'appel de Bruxelles, dans un arrêt déjà commenté (Bruxelles, 25 novembre 2010, *supra*, n° 53), le fait pour apparemment minorer la somme que l'occupante (avec les enfants) sera tenue de verser à titre d'indemnité d'occupation provisionnelle à l'ex-mari. Elle estime que leur présence « est susceptible d'avoir une incidence sur la manière d'apprécier les charges respectives des parties ».

La cour d'appel de Liège, dans un arrêt déjà commenté (Liège, 22 avril 2009, *supra*, n° 52, 54, 55) cite la doctrine favorable à la modération de l'indemnité d'occupation, qui considère également la présence des enfants comme une charge, et commandant d'évaluer la « part » d'occupation qu'implique la présence des enfants. Elle n'indique toutefois pas dans quelle mesure précise elle en tient compte, se contentant d'énoncer : « d'autant plus que cet immeuble logeait aussi la fille du couple ».

La cour de Liège avait pourtant tenté de le faire dans un précédent arrêt, également déjà commenté (Liège, 22 octobre 2008, *supra*, n° 52). Le débat est limité par la cour à la part d'indemnité d'occupation liée aux 3 enfants « vu les revenus équivalents des parties ». La cour estime, en équité à défaut de motivation précise, cette part à 125 EUR, qu'elle déduit de l'indemnité d'occupation due par la mère, fixée par conséquent à 200 EUR par mois.

Un certain arbitraire demeure, qui incite à plus de rigueur dans la prise en considération de l'occupation par les enfants. Mais toujours à la marge car, selon nous, ce correctif est seulement équitable, mais pas justifiable en droit.

Y.-H. L.

§ 3. *Comptes de récompenses*

57. Causes de récompense. Récompense due par le patrimoine propre (art. 1432)

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

Dans un arrêt du 18 mars 2011, la Cour de cassation (Cass., 18 mars 2011, inédit) rappelle qu'il résulte de la combinaison des articles 1432 et 1405, 4° du Code civil que l'époux qui demande une récompense au profit de la communauté n'a pas à prouver que l'accroissement du patrimoine propre de l'autre époux a été financé au moyen de fonds communs. En vertu de la présomption de communauté de l'article 1405, 4°, il appartient en effet à l'époux qui conteste la récompense de démontrer que l'accroissement de son patrimoine propre a été réalisé avec des fonds propres¹⁹³. Dès lors, la Cour précise que manque en droit le moyen qui considère qu'il suffit que

¹⁹³ Dans le même sens : Gand, 27 juin 2002, *T. Not.*, 2003, p. 231, R.T.D.F., 2004, p. 790, somm. ; H. CASMAN et M. VAN LOOK, *Les régimes matrimoniaux*, Malines, Kluwer, feuill. mob., 1997, III.17-12 ; Ph. DE PAGE, *Le régime*

l'époux débiteur démontre que la communauté ne disposait pas des moyens financiers nécessaires, sans démontrer de quelle manière il a financé l'accroissement de son patrimoine. Il appartient donc à cet époux d'apporter la preuve que l'accroissement de son patrimoine propre n'est pas le fait de fonds communs, mais de fonds propres qu'il identifie.

J. L.

58. (suite) Récompense due par le patrimoine propre (art. 1432). Retrait d'argent effectué durant la séparation de fait

Dans une affaire soumise au Tribunal de première instance d'Arlon (Civ. Arlon, 3 mars 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1276), l'époux titulaire d'un compte ouvert à son seul nom avait effectué, pendant la séparation de fait, des retraits d'argent déposé sur ce compte (argent présumé commun en application de l'article 1405, 4^o, *supra*, n° 26). L'épouse sollicitait que la somme prélevée soit inscrite à l'actif de la communauté sur base de l'article 1415, alinéa 2, estimant que son mari avait accompli un acte de gestion contraire aux intérêts de la famille. Le magistrat a considéré que celle-ci restait en défaut de justifier en droit sa demande concrète dans la mesure où l'on ne se trouvait pas dans un cas d'application des articles 1417, alinéa 2, à 1421 ou 1424 du Code civil. Elle ne demandait par ailleurs pas l'annulation du retrait et ne développait aucun argument permettant de conclure à l'application de l'article 1433 du Code civil. Le magistrat a dès lors estimé que le mari était redevable, sur base de l'article 1432, d'une récompense au patrimoine commun « pour compenser le retrait, non contesté, de cette somme d'argent pour son profit personnel ».

Bien que cette solution (peu motivée) semble dictée par un souci d'équité, nous ne l'approuvons pas du point de vue du droit des récompenses. L'appauvrissement de la communauté au profit de patrimoine propre de l'époux n'est pas établi en l'espèce, l'affectation des fonds retirés n'étant pas précisée. A supposer même qu'il eut été démontré que l'époux avait utilisé l'argent pour son profit personnel, nous doutons encore que les conditions de l'article 1432 eut été réunies. Il appartient en effet, selon nous, à l'époux qui postule une récompense pour la communauté de prouver le profit retiré par le *patrimoine* propre de son conjoint. Or le fait d'avoir utilisé des fonds communs à des fins personnelles ne suffit pas à démontrer l'accroissement du patrimoine propre.

L'article 1433 du Code civil constituait dès lors un meilleur remède en l'espèce, dans la mesure où il sanctionne un acte fautif de gestion commis par un époux sans avoir à démontrer l'enrichissement de son patrimoine¹⁹⁴. L'on ne peut toutefois reprocher au tribunal de ne pas

matrimonial, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruxelles, 2008, p. 195, n° 165 ; W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, 2^{ème} éd., Anvers-Oxford, Intersentia, 2010, p. 309, n° 565 ; Y.-H. LELEU « Examen de jurisprudence (1996-2005). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2007, p. 119, n° 77.

¹⁹⁴ Sur l'application de l'article 1433 C.civ. à la problématique des retraits de fonds : F. BUYSSENS, « Wegmaking door een echtgenoot van gemeenschappelijke tegoeden *in tempore non suspecto* », in *Patrimonium 2009*, W. PINTENS, J. DU MONGH, Ch. DECLERCK (éds.), Anvers-Oxford, Intersentia, 2009, p. 201, n° 13-14 ; F. BUYSSENS, « Afhalen van banktegoeden vòòr het inleiden van de echtscheidingsprocedure : loont het om de eerste te zijn », note sous Cass., 29 mai 2008, *T.fam.*, 2008, p. 145, n° 6 ; S. LOUIS, « Retraits de fonds communs avant une demande en divorce : des solutions existent », *Rev. not. belge*, 2010, p. 327-328, n° 9.

l'avoir appliqué, à défaut pour les parties de lui avoir apporté les éléments nécessaires pour ce faire¹⁹⁵.

J. L.

59. (suite) Récompense due par le patrimoine propre (art. 1432). Travaux dans l'immeuble propre financés par la communauté. Compensation avec l'occupation gratuite

La cour d'appel de Bruxelles a rendu un arrêt surprenant en présence de travaux d'aménagement réalisés dans un immeuble propre de l'épouse et financés par un emprunt conjoint¹⁹⁶ (Bruxelles, 2 décembre 2008, R.T.D.F., 2009, p. 558, note N. BAUGNIET). L'immeuble appartenait en nue-propriété à l'épouse, ses parents en ayant l'usufruit, et avait servi de résidence familiale au couple durant les années de mariage. Alors que le juge d'instance avait accordé une récompense à la communauté pour les travaux qu'elle avait financés, la cour d'appel déclare au contraire la demande non fondée. Elle constate que l'économie de loyer réalisée par la communauté, si les époux avaient dû payer un loyer aux parents, excède le montant déboursé par elle pour les travaux d'aménagement nécessaires à leur confort. La cour se fonde dès lors sur la théorie de l'enrichissement sans cause pour décider que, même si les travaux ont enrichi le patrimoine propre de l'épouse, ils n'ont pas contre nullement appauvri le patrimoine commun qui, au final, a réalisé une économie.

Cet arrêt est critiquable. S'il est vrai que les récompenses sont une application de la théorie de l'enrichissement sans cause¹⁹⁷ la cour conclut à tort à l'absence d'appauvrissement de la communauté.

Tout d'abord, comme le souligne Mme BAUGNIET dans sa critique de l'arrêt¹⁹⁸, la cour ne tient pas compte du fait que ce sont les parents de l'épouse, usufruitiers, qui ont permis cette occupation gratuite. Elle compense l'appauvrissement la communauté avec « un facteur extérieur » aux époux. Or les articles 1437 et 1438 du Code civil ne prévoient la compensation des récompenses que lorsqu'elle intervient entre les patrimoines propres et commun, et non avec des tiers. En l'espèce, seuls les parents ont perdu un loyer potentiel et non le patrimoine propre de l'épouse. Il n'y avait dès lors pas matière à récompense en faveur de ce patrimoine, et donc pas lieu à compensation.

¹⁹⁵ Sur la question du retrait de fonds communs durant la séparation de fait, voyez *supra* n° 41.

¹⁹⁶ Voy. sur la revalorisation de la récompense due à la communauté pour les travaux d'amélioration d'un bien propre financés par un emprunt conjoint, *infra* n° 63.

¹⁹⁷ H. CASMAN et M. VAN LOOK, *Les régimes matrimoniaux*, Malines, Kluwer, feuill. mob., 1997, III.17-2 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylants, 2008, p. 189, n° 159 ; D. PIGNOLET, “De waardering van vergoedingsrechten en schuldvorderingen”, in W. PINTENS, C. DECLERCK (éds), *Patrimonium 2010*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2010, 180, n° 3.

¹⁹⁸ N. BAUGNIET, note sous Bruxelles, 2 décembre 2008, R.T.D.F., 2009, p. 562-566 ; en ce sens également le commentaire de cet arrêt par Ch. DECLERCK, in « Secundair huwelijksvermogensstelsel », *Patrimonium 2010*, W. PINTENS, Ch. DECLERCK (éds.), Anvers-Oxford, Intersentia, 2010, p. 27-28, n° 46.

Ensuite, à supposer que l'immeuble fut la pleine propriété de l'épouse, nous ne pourrions approuver le raisonnement de la cour car les revenus d'un bien propre sont communs (art. 1405, 2^o, C. civ). La communauté a dès lors le droit d'occuper un bien propre sans être redevable d'une récompense de ce chef¹⁹⁹.

Enfin, cet arrêt nous semble également critiquable du point de vue de la charge de la preuve. Comme il vient de l'être rappelé (*supra*, n° 57), l'époux qui réclame une récompense pour le patrimoine commun ne doit prouver que l'accroissement du patrimoine propre, celui-ci étant présumé réalisé avec des fonds communs. Or l'arrêt commenté ajoute une condition en exigeant la preuve d'un appauvrissement de la communauté, ou en insistant sur « l'économie faite par elle ».

J. L.

60. Causes de récompense. Récompense due par le patrimoine commun (art. 1434). Entrée des fonds en communauté

En vertu de l'article 1434 du Code civil, il est dû récompense à un patrimoine propre à concurrence des fonds propres ou provenant de l'aliénation d'un bien propre qui sont *entrés dans le patrimoine commun* et généralement toutes les fois que le patrimoine commun a *tiré profit des biens propres d'un époux*.

En principe, la preuve d'une récompense au profit d'un patrimoine propre suppose que l'époux prouve à la fois la caractère propre du bien dont il s'est appauvri et le profit retiré par le patrimoine commun. La doctrine et la jurisprudence récentes²⁰⁰ dispensent toutefois généralement l'époux demandeur de récompense de la preuve d'un profit tangible pour le patrimoine commun lorsqu'il est démontré que des fonds propres sont « entrés » dans le patrimoine commun. Cette jurisprudence pallie l'iniquité qui consiste à refuser d'inscrire la

¹⁹⁹ En ce sens : Gand, 27 juin 2002, *T. Not.*, 2003, p. 231, R.T.D.F., 2004, p. 790, somm.

²⁰⁰ Liège, 21 décembre 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1150 ; Mons, 20 septembre 2005, *J.L.M.B.*, 2007, p. 48, note C. CUISINIER ; Liège, 4 novembre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1191 ; Liège, 10 juin 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1762, obs., *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1197, note J.-L. RENCHON ; Liège, 26 juin 2002, *J.T.*, 2002, p. 770 (motifs) ; Liège, 27 mars 2002, *Rev. not. belge*, 2003, p. 529 ; Mons, 5 décembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 366 ; comp. : Mons, 17 décembre 1996, *Rev. not. belge*, 1997, p. 183 ; Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997 à 2005). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2007, p. 117-118, n° 77 ; Y.-H. LELEU, « Récompense en raison d'une dépense de fonds propres sans profit tangible pour la communauté : la fin de l'exigence de preuve du profit ? », *Rev. not. belge*, 2003, p. 480 et s ; M. DEMARET, « la liquidation et le partage du régime matrimonial », in *Chroniques notariales*, Y.-H. LELEU (éd.), vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 213, n°58. Dans le même sens : K. BOONE, « Art. 1432-1434 B.W. », in *Personen- en familierecht. Artikelsgenijsze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, J. GERLO, A. HEYVAERT, P. SENAEVE (éd.), Malines, Kluwer, n° 33. Contra : Bruxelles, 2 octobre 2002, *Rev. Not. Belge*, 2003, p. 527. Voy. également : Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 186-188, n° 157 et « Les comptes bancaires ouverts au nom des deux époux », in *Le statut patrimonial du conjoint survivant*, J.-L. RENCHON et F. TAINMONT (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 224, note 53 ; Ch. DECLERCK, « secundair huwelijksvermogensstelsel », in *Patrimonium 2010*, W. PINTENS, Ch. DECLERCK (éds.), Anvers-Oxford, Intersentia, 2010, p. 27, n°45 ; H. CASMAN et M. VAN LOOK, *Les régimes matrimoniaux*, Malines, Kluwer, feuill. mob., 1997, III.17-12.

récompense lorsque des fonds propres sont manifestement dépensés, sans profit identifiable, dans l'intérêt des deux époux.

Cette thèse a été récemment consacrée par la cour de Cassation (Cass., 21 janvier 2011, R.A.B.G., 2011, p. 946, note A. RENIERS). La Cour estime, dans cet arrêt important, que « le patrimoine commun est redevable d'une récompense chaque fois que des fonds propres y sont entrés », ce qui est selon elle le cas, sauf preuve contraire, lorsque des fonds propres ont été versés sur un compte commun (pour plus de détails sur la confusion de fonds, *infra*, n° 61). En refusant la récompense au motif que l'épouse ne prouvait pas que la communauté avait tiré profit des sommes en question, les juges d'appel n'ont pas légalement justifié leur décision.

Le tribunal de première instance de Nivelles s'inscrivait aussi dans cette tendance par une décision du 25 octobre 2006 (Civ. Nivelles, 25 octobre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1286). L'épouse avait reçu, lors de la liquidation de la succession de ses parents, des bons de caisse ainsi qu'une somme d'argent provenant d'un acte de cession-partage d'un immeuble. Elle a placé cet argent dans un coffre loué à son nom. Un an et demi plus tard, les époux achètent ensemble une maison d'habitation, dont le coût d'acquisition est financé en partie au moyen d'une somme d'argent remise par l'épouse au notaire, provenant de la vente de bons de caisse. Le tribunal confirme l'état liquidatif du notaire liquidateur en ce qu'il avait reconnu à l'épouse un droit à récompense. Rappelant qu'entre époux la preuve des récompenses s'établit par toutes voies de droit, en ce compris les présomptions, le tribunal estime que la concomitance des événements et la corrélation des pièces constituent un ensemble de présomptions précises et concordantes qui établissent à suffisance que les fonds propres de l'épouse sont *entrés*²⁰¹ dans la communauté pour l'acquisition de l'immeuble commun.

Dans un arrêt du 7 décembre 2006, la cour d'appel de Bruxelles (Bruxelles, 7 décembre 2006, *Rec. gen. enr. not.*, 2010, p. 67, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 914, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 14), après avoir rappelé, à juste titre, que les comptes de récompenses ne s'appliquent qu'aux transferts de valeurs entre patrimoines qui se sont opérés *pendant* le régime, semble par contre s'écartez des principes énoncés ci-dessus. Après avoir constaté que le compte bancaire propre du mari présentait un solde positif au jour du mariage pour se retrouver en débit trois mois plus tard, elle conclut néanmoins à l'absence de récompense dans la mesure où ce dernier n'établit pas avoir utilisé l'actif de son compte pour financer des travaux au profit de la communauté. La cour ne précise toutefois pas si elle reproche à l'époux de ne pas avoir fourni la preuve de l'affectation de son argent propre *au profit* de la communauté, ou si elle considère simplement que les fonds propres n'y sont jamais entrés.

Plus claire, mais critiquable, est la décision du tribunal de première instance de Termonde (Civ. Termonde, 18 juin 2009, R.A.G.B., 2010, p. 782, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 244, somm.) à propos d'une somme d'argent donnée par le père de l'épouse et ayant servi à l'acquisition d'un bien immobilier commun. Le tribunal qualifie à juste titre de bien propre de l'épouse la somme d'argent donnée, à défaut pour le mari de démontrer une quelconque intention du donateur de gratifier les époux conjointement (*supra*, n° 25), et conclut à l'existence d'une récompense à charge du patrimoine commun. Dans sa motivation, la juridiction a toutefois estimé qu'il ne suffisait pas, pour obtenir une récompense à charge de la communauté, de prouver le caractère

²⁰¹ Nous soulignons.

propre des fonds, encore fallait-il démontrer que ceux-ci ont réellement été utilisés au profit de la communauté, preuve rapportée en l'espèce, s'agissant d'un immeuble acheté.

La cour d'appel d'Anvers se prononce dans le même sens en exigeant que l'époux qui postule une récompense à charge du patrimoine commun démontre l'existence d'un l'appauvrissement de son patrimoine propre au profit (*ter verrijking*) du patrimoine commun (Anvers, 29 avril 2009, N.F.M., 2010, p. 152, note J. VERSTRAETE).

Les trois dernières décisions citées s'inscrivent au rebours de la tendance jurisprudentielle et doctrinale actuelle concernant la charge de la preuve et ne sont en tout état de cause plus compatibles avec l'arrêt de la Cour de Cassation du 21 janvier 2011. Celui-ci doit, selon nous, mettre un terme aux hésitations qui subsistaient encore sur la question.

Nous préférions dès lors la formulation retenue par la cour d'appel de Bruxelles dans un arrêt du 31 janvier 2008 (Bruxelles, 31 janvier 2008, N.F.M., 2009, p. 149, note J. DU MONGH, Ch. DECLERCK). Selon la cour il ne suffit pas en effet de prouver que l'on disposait de fonds propres avant le mariage pour pouvoir obtenir une récompense à charge de la communauté, encore faut-il démontrer que ces fonds ont été absorbés par celle-ci ou se sont mélangés avec de l'argent commun.

J. L.

61. (Suite). Cas particulier : confusion de fonds propres et communs

Un cas particulier d'« entrée » de fonds propres en communauté, générant une récompense à charge de ce patrimoine, est le « mélange » ou la confusion des fonds propres avec des fonds communs. A partir de quel moment des fonds propres cessent-ils de l'être lorsqu'ils sont mêlés à de l'argent commun ?

Selon nous, la confusion se réalise de façon irréversible lorsque des fonds propres sont versés sur un compte bancaire commun, et que ce compte est ensuite utilisé pour payer des dettes ou des charges indéterminées mais présumées communes. Les fonds propres ne pourront en effet raisonnablement plus être considérés dans ce cas comme toujours présents sur le compte. Il en irait autrement si l'historique du compte permettait d'identifier les fonds propres comme étant toujours présents et individualisés²⁰².

Nous ne pensons pas, par contre, que le seul mélange de capitaux propres présents sur le compte personnel d'un des époux avec les *intérêts* qu'ils génèrent, communs en application de l'article 1405, 2°, du Code civil, fasse perdre à ces capitaux leur caractère propre. Les fonds propres doivent être considérés comme suffisamment individualisés dans ce cas. L'on imagine d'ailleurs mal en pratique que les époux soient obligés de placer les intérêts de leurs comptes propres sur

²⁰² Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997 à 2005). Régimes matrimoniaux », R.C.J.B., 2006, p. 832-833, n° 33, p. 117, n° 77 ; Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1982 à 1996). Régimes matrimoniaux », R.C.J.B., 1998, p. 113-114, n° 44 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, n° 89, 157 et 164 ; Y.-H. LELEU, « Récompense en raison d'une dépense de fonds propres sans profit tangible pour la communauté : la fin de l'exigence de preuve du profit ? », *Rev. not. b.*, 2003, p. 482, n° 5.

un compte distinct afin d'éviter toute confusion²⁰³. La cour d'appel d'Anvers s'est prononcée dans ce sens dans un arrêt du 29 avril 2009 (Anvers, 29 avril 2009, N.F.M., 2010, p. 152, note J. VERSTRAEDE). Elle considère qu'une somme d'argent propre qu'un époux possédait avant le mariage et qui est restée sur son compte propre ne doit pas être reprise à l'actif de la communauté, contrairement aux intérêts générés par cette somme qui tombent dans le patrimoine commun en tant que revenus de biens propres.

La confusion de fonds propres avec des fonds communs engendre une récompense à charge de la communauté, dans la mesure où ces fonds propres y sont entrés. Dans son arrêt du 21 janvier 2011, la Cour de cassation estime que « *les fonds propres versés sur un compte commun entrent, sauf preuve contraire, dans le patrimoine commun* », celui-ci étant dès lors redevable d'une récompense (Cass., 21 janvier 2011, R.A.B.G., 2011, p. 946, note A. RENIERS, *supra*, n° 60). Cet arrêt signifie-t-il que l'entrée en communauté est rencontrée dès que les fonds propres sont versés sur un compte commun, même en l'absence de confusion ? Nous ne le pensons pas. La preuve de la « non entrée » en communauté pourra en effet toujours être rapportée. Il appartiendra à l'époux qui conteste la récompense de démontrer, soit que les fonds sont toujours présents et identifiés sur le compte (auquel cas l'époux propriétaire des fonds pourra les reprendre), soit qu'ils ont été dépensés à des fins strictement personnelles et n'ont dès lors fait que transiter par la communauté²⁰⁴.

La cour d'appel de Mons s'inscrivait déjà dans cette tendance²⁰⁵. Elle estimait, dans un arrêt du 7 juin 2006, que la récompense pouvait être due si les fonds propres étaient entrés dans la communauté, ce qui est le cas lorsqu'ils se confondent et ont été dépensés sans affectation précise. Selon la cour, « cela suppose à tout le moins que les deux époux aient pu disposer des sommes dépensées », ce qui s'avère être le cas « lorsque les fonds ont été versés sur un compte cogéré servant aux besoins du ménage ou lorsque le propriétaire des fonds laisse matériellement ceux-ci à la disposition des deux époux, voire décide seul de les dépenser dans l'intérêt des deux ». Il appartient alors à l'époux qui entend contester la récompense de prouver que ces fonds n'ont pas été employés à des fins communes, mais exclusivement personnelles (Mons, 7 juin 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1257).

Cette motivation est toutefois critiquable. Nous ne pensons pas que le fait que les deux époux aient pu disposer des fonds, pas plus que la *cogestion* du compte bancaire par ceux-ci, soit une condition (nécessaire) à la confusion des fonds et à leur entrée en communauté²⁰⁶. La cour

²⁰³ En ce sens : J. VERSTRAEDE, « Postcommunautaire kwellingen », note sous Anvers, 29 avril 2009, N.F.M., 2010, p. 157.

²⁰⁴ En ce sens : Y.-H. LELEU, « La propriété de l'argent dans les régimes matrimoniaux en communauté », *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 414.

²⁰⁵ Voy. également : Mons, 20 septembre 2005, *J.L.M.B.*, 2007, p. 48, note C. CUISINIER ; Mons, 29 novembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1206 ; et leur commentaire par M. DEMARET, « la liquidation et le partage du régime matrimonial », in *Chroniques notariales*, Y.-H. LELEU (éd.), vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 214-215, n°58.

²⁰⁶ Contra : Ph. DE PAGE qui approuve cette jurisprudence et estime qu'elle « atténue considérablement l'exigence de preuve dans le chef de l'époux qui, au nom du patrimoine commun, conteste la récompense, lorsque cet époux prouve *ne pas avoir été en mesure de gérer le compte bancaire commun sur lequel les fonds propres ont été versés, de sorte que l'exigence – conforme au droit commun de la preuve (...) – d'une preuve à charge du patrimoine propre réapparaît logiquement* » (Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylants, 2008, p. 188, n°157).

d'appel de Mons estime d'ailleurs, à juste titre, qu'il y a confusion génératrice de récompense même lorsqu'un époux décide *seul* de dépenser ses fonds propres dans l'intérêt de la communauté. Selon nous, le fait que de l'argent propre soit versé sur un compte cogéré par les époux ne fait qu'accroître le risque de confusion irréversible de cet argent avec des fonds communs, puisque cela augmente la probabilité qu'il soit dépensé dans l'intérêt de la communauté. Cela ne constitue en aucun cas une condition à l'octroi de la récompense.

J. L.

62. Revalorisation des récompenses (art. 1435). Principes

Selon l'article 1435, 1^{ère} phrase, du Code civil, la récompense ne pourra jamais être inférieure à l'appauprissement du patrimoine créancier. Elle sera toujours au moins égale au montant nominal de la somme déboursée. Ainsi n'est pas prise en considération l'éventuelle dépréciation du bien appartenant au patrimoine débiteur.

La récompense pourra parfois être plus élevée que le montant nominal déboursé par le patrimoine créancier. Tel sera le cas lorsque les fonds ont servi à « acquérir, conserver ou améliorer un bien ». La récompense sera alors égale à la valeur ou plus-value acquise par ce bien²⁰⁷.

La plus-value d'une construction s'obtient en déduisant la valeur actualisée du terrain nu de la valeur totale du bien²⁰⁸. Ainsi, la cour d'appel de Bruxelles (Bruxelles, 30 novembre 2010, *T. not.*, 2011, p. 34) considère à juste titre qu'il ne doit pas être tenu compte, pour déterminer le montant de la récompense due au patrimoine commun qui a financé la construction d'un immeuble sur un terrain propre de l'épouse, de l'éventuelle *moins-value* subie par ce terrain en raison de la construction. Le bâtiment construit durant le mariage est propre à l'épouse en vertu du principe de l'accession. Les travaux de construction ayant été financés au moyen d'un emprunt commun, il y a matière à récompense au profit de la communauté (art. 1432 C.civ.). Quant au montant de cette récompense, la cour déjoue la manœuvre de l'époux cherchant à obtenir un double avantage (la plus-value de l'immeuble construit et la moins-value du terrain) d'un même événement (la construction de l'immeuble durant le mariage).

J. L.

²⁰⁷ Sur ces principes voy. : H. CASMAN et M. VAN LOOK, *Les régimes matrimoniaux*, Malines, Kluwer, feuill. mob., 1997, III.17-8 ; W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familial vermogensrecht*, 2^{ème} éd., Anvers-Oxford, Intersentia, 2010, p. 306-307, n°561-562 ; Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997 à 2005). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2007, p. 120, n° 78 ; D. PIGNOLET, « De waardering van vergoedingsrechten en schuldvorderingen », in W. PINTENS, C. DECLERCK (éds), *Patrimonium 2010*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2010, 181-186, n°6-16.

²⁰⁸ Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997 à 2005). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2007, p. 120, n° 78 ; J.-P. MIGNON, « Les comptes de récompenses dans la pratique », in *La liquidation-partage*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 90-91.

63. (Suite) Revalorisation des récompenses (art. 1435). Remboursement d'emprunt

La question de la revalorisation des récompenses dues suite au financement, par le patrimoine créancier, de l'acquisition d'un bien par le patrimoine débiteur, a fait, ces dernières années, l'objet d'une importante controverse en doctrine lorsque le fait générateur de récompense est le remboursement d'un emprunt hypothécaire contracté pour l'acquisition du bien.

A. La question ne soulève pas de difficulté lorsque les époux ont contracté ensemble un emprunt pour l'acquisition d'un bien propre, par exemple pour le rachat par l'un d'eux d'une part indivise dans un bien dont il était déjà copropriétaire (art. 1400, 4^o C.civ.)²⁰⁹. L'article 1408, 1^{er} tiret, du Code civil stipule que les dettes contractées conjointement ou solidairement par les deux époux sont communes. Par conséquent, lorsque la communauté rembourse cet emprunt, elle rembourse une dette commune, tant en capital qu'en intérêts, et ce n'est pas ce remboursement qui donne matière à récompense, mais l'affectation du capital emprunté²¹⁰. Ce capital, dès lors qu'il a directement été employé pour acquérir un bien propre, a procuré un profit au patrimoine propre du propriétaire du bien qui donne lieu à récompense pour la communauté (art. 1432). La récompense est incontestable et revalorisable (art. 1435). Mais sa cause n'est pas le remboursement d'une dette propre par la communauté, ce que n'est jamais un emprunt contracté à deux²¹¹. Nous approuvons dès lors la décision de la cour d'appel de Bruxelles (Bruxelles, 30 novembre 2010, *T. Not.*, 2011, p. 34, commenté *supra*, n° 62) qui revalorise la récompense due au patrimoine commun ayant contracté un crédit hypothécaire pour faire ériger un bâtiment sur un terrain propre à l'un des époux (bâtiment propre à cet époux par accession).

B. Plus problématique est l'hypothèse suivante qui se rencontre fréquemment en pratique : un époux achète un bien avant le mariage, et finance cette acquisition au moyen d'un emprunt (dettes propres ; art. 1406 C.civ.). L'emprunt est remboursé en cours de mariage avec des revenus communs²¹². Si le principe de la débition d'une récompense est admis dans ce cas (art. 1432 –

²⁰⁹ Le remploi (art. 1402 C.civ.) illustre une autre possibilité pour un époux d'acquérir un bien propre durant le mariage au moyen (partiellement) d'un emprunt conjoint.

²¹⁰ Certains auteurs considèrent au contraire que cette dette, dont le remboursement donne lieu à récompense, ne serait commune que sur le plan de l'« obligation », tandis qu'elle serait propre sur le plan de la « contribution », puisque contractée dans l'intérêt exclusif du patrimoine propre, au sens de l'article 1407, 1^{er} tiret, du code civil. Voy. not : E. BEGUIN, “Le passif”, *Les régimes matrimoniaux. 3. Le régime légal*, Y.-H. LELEU, L. RAUCENT (eds.), Rép. *Not.*, t. V, II.3, Bruxelles, Larcier, 2001, n° 796, 803 et 812; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2^e éd. Bruxelles, 2008, 135, n°118; voy. également E. VAN TRICHT, “Vergoeding bij ontbinding van het huwelijk: een casus”, *N.F.M.*, 2001, 64. Contra: H. CASMAN, *Régimes matrimoniaux*, Malines, Kluwer, feuil. mob., III.6.-2, III.17.-4 et 5.; sur cette question voy. également J.-L. RENCHON, note sous Liège 10/01/2007 et 13/06/2007, R.T.D.F., 2008, 575.

²¹¹ Y.-H. LELEU, “Liquidation des créances et récompenses au titre d'investissements immobiliers”, in H. CASMAN, Y.-H. LELEU, et A. VERBEKE (eds), *Le droit patrimonial de la famille sans préjugés. 1. Le droit des régimes matrimoniaux en pratique*, Malines, Kluwer, 2002, p. 69, n°43-44.

²¹² L'on peut aussi imaginer le cas inverse où les époux contractent un emprunt en cours de régime pour l'acquisition d'un bien commun, qu'ils rembourseraient ensuite au moyen d'un héritage ou d'une libéralité reçue par l'un d'eux (art. 1399 C.civ.).

remboursement d'une dette propre à l'aide de fonds communs), reste à déterminer si celle-ci pourra ou non être égale à la plus-value acquise par le bien (art. 1435).

Les auteurs sont très divisés sur le sujet, qui touche à la notion de lien causal entre la dépense commune et l'acquisition du bien propre. Pour pouvoir bénéficier de la plus-value, l'article 1435 du code civil exige en effet que les fonds aient « servi à acquérir, conserver ou améliorer » le bien.

Selon un premier courant doctrinal, il ne peut y avoir de revalorisation dans cette hypothèse, faute de pouvoir considérer que les fonds ont servi à acquérir le bien. Selon ces auteurs, l'article 1435 exige un lien de causalité direct entre la dépense effectuée par le patrimoine créancier et l'acquisition du bien. Or les fonds qui ont servi à acquérir le bien propre étaient ceux issus de l'emprunt contracté par l'un des époux seul. La communauté n'a fait ici que rembourser une dette propre (en capital), il n'y a dès lors pas de lien juridique entre la dépense et l'immeuble²¹³. Une partie de cette doctrine appuie son raisonnement sur une interprétation restrictive, voire littérale, du principe de la revalorisation des récompenses contenu dans l'article 1435. Le principe qui gouverne la matière étant celui du nominalisme, ce n'est que par exception qu'il pourra être tenu compte de la plus-value et ce dans trois hypothèses bien déterminées, celles où les fonds ont servi à acquérir, conserver ou améliorer le bien²¹⁴.

Un second courant doctrinal considère, au contraire, qu'il doit y avoir revalorisation de la récompense. Pour certains, lorsque l'emprunt contracté pour l'achat d'un immeuble commun est ultérieurement remboursé au moyen de fonds propres, le lien causal direct est rencontré dès lors que le remboursement de l'emprunt sert à « parfaire le paiement de l'acquisition du bien commun, de sorte que le patrimoine propre a, effectivement, contribué directement à cette acquisition»²¹⁵. D'autres se fondent sur une interprétation large du terme « servir » dans l'article 1435 et sur une interprétation plus économique de la règle²¹⁶. La doctrine française partage cette analyse, estimant que, économiquement, le remboursement de l'emprunt est l'équivalent du paiement du prix²¹⁷.

²¹³ Y.-H. LELEU, "Liquidation des créances et récompenses au titre d'investissements immobiliers", in H. CASMAN, Y.-H. LELEU, et A. VERBEKE (eds), *Le droit patrimonial de la famille sans préjugés. 1. Le droit des régimes matrimoniaux en pratique*, Malines, Kluwer, 2002, 66 et s.; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2010, p. 308, n° 564.

²¹⁴ D. PIGNOLET, "De waardering van vergoedingsrechten en schuldvorderingen", in W. PINTENS, C. DECLERCK (éds), *Patrimonium 2010*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2010, p. 183-186, n° 10-16; G. VAN OOSTERWYCK, "Civilrechtelijke aspecten van de vereffening-verdeling", in *Vereffening-verdeling van het huwelijksvermogen*, W. PINTENS en F. BUYSSENS (eds), Anvers, Maklu, 1993, p. 30 et s.; L. RAUCENT, *Les régimes matrimoniaux*, 3^e éd., Louvain, Cabay, 1986, n° 260-261; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2010, p. 308, n° 564.

²¹⁵ Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 191, n° 160.

²¹⁶ C. DE WULF, "De vereffening en de verdeling van het huwelijksvermogen en de nalatenschap: enige actuele problemen", *T.P.R.*, 1985, p. 416 et s.; en ce sens également: K. BOONE, "Artikel 1435 B.W.", in *Commentaar Personen en Familierecht*, Malines, Kluwer, 2003, n° 7.

²¹⁷ J. FLOUR, G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, 2^e éd., Paris, Armand-Colin, 2001, p. 544. Dans le même sens : F. PASQUALINI, « L'emprunt et le régime matrimonial », *Rép. Défrénois*, 1991, I, p. 449 et s., n° 26 ; Voy. également Cass. fr., 5 novembre 1985, *Rec. gén. enr. not.*, 1989, 8, D., 1987, 26, note R. LE GUIDECA.

Cette controverse doctrinale n'était, ces dernières années, que très peu, voire pas, alimentée par la jurisprudence. Il est donc remarquable que la période commentée nous offre trois décisions des plus hautes juridictions du pays qui tranchent, à notre sens, définitivement la question.

1. La tendance a été amorcée par un arrêt de la Cour Constitutionnelle du 16 septembre 2010 (C. Const., 16 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 340, note J. LARUELLE, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 4, note Ch. DECLERCK, *R.W.*, 2010-11, p. 1469, note A. AYDOGAN-ALTUNBAY, *R.A.G.B.*, 2011, p. 359).

La question préjudicielle posée par le Tribunal de Première Instance de Namur visait à soumettre à l'appréciation de la Cour la compatibilité avec les articles 10 et 11 de la Constitution de l'article 1435 du code civil, interprété comme ne permettant pas de tenir compte de la plus-value d'un bien propre acquis *avant* le mariage et générant une *charge financière* pour la communauté, alors qu'il permet de tenir compte de cette plus-value pour un bien propre acquis *pendant* le mariage.

L'on déduit de la synthèse des mémoires des parties que la « charge financière » visée dans l'arrêt concerne en réalité les remboursements, au moyen de fonds communs, des mensualités d'un emprunt hypothécaire contracté par un époux *avant* le mariage pour financer l'acquisition d'un bien propre.

La cour estime que la revalorisation de la récompense doit s'appliquer sans distinction quant au moment de l'acquisition du bien propre. Elle motive sa décision en considérant que rien ne permet de justifier cette distinction, que ni l'article 1435, ni les travaux préparatoires n'opèrent, puisque « dans l'un et l'autre cas, le patrimoine commun se trouve dans une situation identique, à savoir qu'il supporte une charge financière liée à l'existence du bien propre ».²¹⁸

Nous approuvons dans cette mesure la solution apportée par l'arrêt. En effet, l'article 1435 ne distingue pas selon que le bien a été acquis avant ou après le mariage, et il est vrai que la date d'acquisition ne justifie pas de faire une différence quant à la revalorisation²¹⁹.

Si la Cour a tranché la question préjudicielle qui lui était soumise en faveur de la revalorisation de la récompense, ce qui pourrait alimenter la thèse de l'absence de nécessité d'un lien causal direct, il faut toutefois souligner qu'elle s'est limitée à examiner l'article 1435 sous l'angle retenu par le juge *a quo*, celui de la temporalité. Il est donc difficile de retirer de cet arrêt une prise de position claire dans la controverse sur le lien causal, sauf à considérer, en exagérant la portée de l'arrêt selon nous, qu'un « lien à l'existence du bien propre » suffit²²⁰.

2. Il n'a toutefois pas fallu attendre longtemps pour que cette question soit soumise à deux reprises à une autre haute juridiction du pays.

a. La Cour de cassation (chambre francophone) l'a tranchée dans un arrêt très peu motivé du 24 février 2011 (Cass., 24 février 2011, inédit). Dans cette affaire, un emprunt avait également été

²¹⁸ Attendus B.5. et B.7.

²¹⁹ La doctrine n'opérait d'ailleurs pas cette distinction, à l'exception toutefois de L. RAUCENT, *Les régimes matrimoniaux*, 3^e éd., Louvain, Cabay, 1986, p. 213 et s., n° 260-261.

²²⁰ J. LARUELLE, « Une précision constitutionnelle du domaine d'application de la revalorisation des récompenses ? », note sous C. Const., 16 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 342 ; Ch. DECLERCK, « L'article 1435 du Code civil sous la loupe de la Cour constitutionnelle », note sous C. Const., 16 septembre 2010, *Act. Dr. fam.*, 2011, p. 6.

contracté avant le mariage en vue de l'acquisition et de l'aménagement d'un *immeuble* propre. Cet emprunt avait d'abord été remboursé par le patrimoine commun avant d'être refinancé par un second emprunt conjoint. La Cour estime que lorsqu'un emprunt a été contracté en vue de l'acquisition, de la conservation ou de l'amélioration d'un immeuble propre, le remboursement de cet emprunt par le patrimoine commun donne lieu à une récompense égale à la valeur ou à la plus-value acquise par le bien, en application de l'article 1435, puisqu'il contribue *directement*²²¹ à cette acquisition, à cette conservation ou à cette amélioration.

b. La Cour (chambre néerlandophone) a confirmé sa position quelques semaines plus tard dans son arrêt du 18 mars 2011 (Cass., 18 mars 2011, inédit, commenté *supra*, n° 57). Les faits de l'arrêt sont similaires à celui du 24 janvier 2011: un époux acquiert, avant le mariage, un bien *meuble* propre, en l'espèce des parts dans une S.P.R.L., au moyen d'un emprunt. En cours de mariage, cet emprunt sera d'abord remboursé avec des fonds communs, et ensuite racheté par un second emprunt contracté par les deux époux. La cour considère que les deux emprunts se rapportent aux parts de la S.P.R.L. Si le premier a servi à l'achat des parts, le second, bien qu'il ait servi à rembourser une dette propre, a également permis à l'époux propriétaire de «conserver ces parts». La Cour se prononce donc dans le sens d'une revalorisation des récompenses due à la communauté pour avoir remboursé les mensualités du premier emprunt, à concurrence du capital uniquement (art. 1408, 5°), et l'avoir ensuite refinancé au moyen d'un emprunt conjoint.

Par ces deux arrêts, la Cour de cassation s'est donc rangée du côté du second courant doctrinal qui estime que le lien de causalité exigé par l'article 1435 est rencontré en cas de remboursement par le patrimoine commun d'une dette d'emprunt contractée par le patrimoine propre pour l'acquisition d'un bien propre.

Nous avons soutenu que dans cette hypothèse la communauté n'a fait que rembourser une dette propre²²², les fonds n'ayant donc pas contribué directement à l'acquisition, la conservation ou l'amélioration du bien²²³. La Cour, en se prononçant dans le sens de la revalorisation de la récompense, a fait primer le lien économique sur le lien juridique entre le remboursement de l'emprunt et l'acquisition du bien. Elle s'écarte donc de la lettre de l'article 1435.

Cette jurisprudence, qui rencontre un souci d'équité, permettra en tout cas de mettre un terme à la controverse et de garantir davantage la sécurité juridique.

J. L.

64. Intérêts (art. 1436)

Les récompenses portent intérêt de plein droit à partir du jour de la dissolution du régime matrimonial (art. 1436, al. 2), et ce jusqu'au jour de leur paiement.

²²¹ Nous soulignons.

²²² Sur la nature des dettes, voyez *supra*, note infrapaginale n° 210.

²²³ Y.-H. LELEU, "Liquidation des créances et récompenses au titre d'investissements immobiliers", in H. CASMAN, Y.-H. LELEU, et A. VERBEKE (eds), *Le droit patrimonial de la famille sans préjugés. 1. Le droit des régimes matrimoniaux en pratique*, Malines, Kluwer, 2002, p. 66-67, n°39-41.

La cour d'appel d'Anvers l'a rappelé dans son arrêt du 29 avril 2009 (Anvers, 29 avril 2009, N.F.M., 2010, p. 152, note J. VERSTRAETE)²²⁴. Elle marque ainsi la différence avec les intérêts sur les transferts entre patrimoine *pendant l'indivision post-communautaire* qui courent à partir de la réclamation de la créance (en application du droit commun, moyennant mise en demeure) et avec les intérêts sur les *soultes* qui courent à partir de l'approbation ou de l'homologation de l'état liquidatif (ou à partir de l'arrêt coulé en force de chose jugée adaptant cet état liquidatif).

L'article 1436, alinéa 2, fait l'objet d'une interprétation stricte²²⁵. Les intérêts sont dus même si la récompense a fait l'objet d'une réévaluation (art. 1435, al. 2, C.civ.)²²⁶. Cette règle ne peut faire l'objet d'aucune dérogation pour des motifs d'équité ou autres considérations (Civ. Termonde, 18 juin 2009, R.A.G.B., 2010, p. 782, *Rev. trim.. dr. fam.*, 2011, p. 244, somm. ; Bruxelles, 9 novembre 2010, *T. not.*, 2011, p. 145).

J. L.

65. Règlement des récompenses

Les récompenses ne sont pas exigibles durant le régime, et ce jusqu'à la clôture des comptes de la liquidation²²⁷. L'article 1430 du Code civil dispose qu'une fois réalisées les opérations

²²⁴ Selon J. VERSTRAETE, le fait que ces intérêts courent de plein droit ne signifie pas que le juge puisse les accorder d'office, sous peine de statuer *ultra petita*. Il appartient aux parties, par l'intermédiaire du notaire qui a un devoir d'information à cet égard, de demander les intérêts au juge : J. VERSTRAETE, « Postcommunautaire kwellingen », note sous Anvers, 29 avril 2009, N.F.M., 2010, p. 159.

²²⁵ Cass., 6 mai 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 248 ; Cass., 26 novembre 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 996, R.G.D.C., 1995, p. 384, note J.GERLO, R.W., 1993-1994, p. 1054, *T. Not.*, 1994, p. 408. Remarquons que les intérêts échus des récompenses ne produisent pas eux-mêmes des intérêts ; l'anatocisme, prévu par l'article 1154 du Code civil, n'est pas applicable aux comptes de récompenses : Cass., 27 février 1930, *Pas.*, 1930, I, p. 129 ; Liège, 2 février 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 353 ; Liège, 4 octobre 1999, *Rev. not. belge*, 2000, p. 344 ; Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997 à 2005). Régimes matrimoniaux », R.C.J.B., 2007, p. 120-121, n° 79 ; Chr. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil*, Liège, Ed. Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1998, p. 242 et s., n° 136 et s.

²²⁶ Cass., 26 novembre 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 996, R.G.D.C., 1995, p. 384, note J.GERLO, R.W., 1993-1994, p. 1054, *T. Not.*, 1994, p. 408 ; Liège, 1^{er} octobre 1997, R.G.D.C., 2000, p. 182 ; Cass., 6 mai 2005, *Rev. trim.. dr. fam.*, 2007, p. 248 ; Anvers, 4 décembre 2006, *N.j.W.*, 2007, p. 514, note G.V. Pour une critique, voy. not. : M. DEMARET, « la liquidation et le partage du régime matrimonial », in *Chroniques notariales*, Y.-H. LELEU (éd.), vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 215-216, n° 60 ; G. VERSCHELDEN, « Huwelijksvermogensrecht en erfrecht », *Rechtskroniek voor het Notariaat*, Deel 15, Die Keure, 2009, p. 126, n° 46. Selon nous, ce n'est pas le cumul des articles 1435 et 1436 qui crée une inéquité puisque ces dispositions ne couvrent pas la même période. L'article 1435 permet en effet de tenir compte de la plus value acquise par le bien à la dissolution du régime, tandis que l'article 1436, alinéa 2, fait courir les intérêts depuis la dissolution jusqu'au paiement de la récompense. L'inéquité réside en réalité dans l'article 1436 lui-même dans la mesure où ces intérêts courent sur une dette *non encore exigible*, l'époux débiteur n'ayant pas la possibilité de réduire la charge des intérêts en s'acquittant de celle-ci avant le partage. En ce sens : Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1982 à 1996). Régimes matrimoniaux », R.C.J.B., 1998, p. 274-276, n° 121.

²²⁷ Liège, 30 juin 1993, *Rev. gén. enr. not.*, 1996, p. 149. En ce sens : H. CASMAN et M. VAN LOOK, *Les régimes matrimoniaux*, Malines, Kluwer, feuillets mobiles, 1997, III.17-13 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. X, *Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Bruylant, 1953, p. 780, n° 937 et 938B. *Contra* : Ch. SIMON, « Le régime légal : liquidation et partage du patrimoine commun », *Ann. dr.*, 1977, p. 235, n° 9, p. 242, n° 12.

d'établissement du compte des récompenses, il sera procédé au règlement du passif encore impayé vis-à-vis des tiers (art. 1439-1441). Ce n'est qu'après qu'interviendra le règlement des récompenses (art. 1442-1444) et des créances entre époux (art. 1450).

La cour d'appel de Liège (Liège, 8 mai 2008, *J.L.M.B.*, 2011, p. 353, *J.D.J.*, 2010, p. 43, *supra*, n° 38) a rappelé ces principes à l'occasion de la faillite d'un des époux survenue postérieurement à leur divorce. Le règlement des récompenses n'intervient qu'après le paiement du passif, ce qui implique que « l'époux divorcé ne peut (...) se retrancher derrière l'établissement des comptes de récompense pour préserver le patrimoine commun à liquider ». Si la communauté est déficitaire, l'article 1444 du Code civil prescrit que l'époux qui n'a pu obtenir le paiement de la totalité de sa récompense devient créancier de l'autre époux à concurrence de la moitié de ce qu'il n'a pas reçu. Il entrera alors en concours avec les autres créanciers impayés de son conjoint²²⁸.

J. L.

§ 5. Attribution préférentielle.

66. Champ d'application. Régimes conventionnels de communauté

1. En vertu de l'article 1451, alinéa 3, du Code civil, les époux mariés sous un régime conventionnel de communauté « restent soumis aux règles du régime légal auxquelles leur contrat de mariage ne déroge pas ». C'est donc à bon droit que le tribunal de première instance de Nivelles (Civ. Nivelles, 28 juin 2006, *LIPA*, 2010, *Jurispr. I.A.16.2.-1*) estime que les articles 1446 et 1447 s'appliquent à des époux s'étant mariés et ayant adopté, après l'entrée en vigueur de la loi du 14 juillet 1976, le régime de la communauté réduite aux acquêts (dans le même sens : Civ. Huy, 28 avril 2008, *Rev. not. b.*, 2008, p. 588)²²⁹.

2. Les règles de droit transitoire empêchent par contre des époux mariés en 1972 sous le régime de la communauté universelle de demander l'attribution préférentielle d'un immeuble dépendant du patrimoine commun²³⁰. C'est ce que décide la cour d'appel de Bruxelles dans un arrêt du 14 décembre 2006 (Bruxelles, 14 décembre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1271, note J.-L. RENCHON, également commenté *infra*, n° 101). Nous regrettons la motivation de la cour qui

²²⁸ A. DELIEGE, « Le conjoint du failli », in *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997*, Collections scientifiques de la Faculté de Droit de Liège, Liège, 1998, p. 765 ; L. VOISIN, « Le statut juridique du conjoint du failli : quelques lignes directrices », in *Faillite et régimes matrimoniaux*, Actes du colloque organisé par la Commission Barreau-Notariat de Liège le 11 décembre 2003, Ed. Jeune Barreau, Liège, 2003, p. 20.

²²⁹ Sur la possibilité d'attribution préférentielle lorsque les biens ne dépendent pas d'un patrimoine commun, voy. : M. DEMARET, « la liquidation et le partage du régime matrimonial », in *Chroniques notariales*, Y.-H. LELEU (éd.), vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 216-217, n°61 ; M. DE CLERCQ, « De préférentiele toewijzing : ook voor onverdeelde goederen die niet tot de gemeenschap behoorden ? », note sous Anvers, 12 mai 2004, *T. not.*, 2007, p. 24 ; *Contra* : Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2ème éd., Bruxelles, Bruylants, 2008, p. 210, n°180 ; H. CASMAN et M. VAN LOOK, *Les régimes matrimoniaux*, Malines, Kluwer, feuill. mob., 1997, III.20-8 ; Anvers, 12 mai 2004, R.G.D.C., 2006, p. 169, *T. not.*, 2007, p. 11, note M. DE CLERCQ, ; Mons, 3 mai 1995, *J.T.*, 1996, p. 52.

²³⁰ Cass., 15 mai 1998, *Pax.*, 1998, I, 594, *J.T.*, 1999, 106, obs. (critique) Y.-H. LELEU, *Rev. not. belge*, 1999, 40, R.W., 1998-1999, 1418, *Div. Act.*, 1999, 70, note E. de WILDE d'ESTMAEL, *T. not.*, 1999, 309, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, 700, note Ph. DE PAGE.

estime que la faculté de solliciter l’attribution préférentielle « appartient aux seuls époux mariés sous le régime légal », sans faire état de la règle de droit transitoire. Les articles 1446 et 1447 sont en effet applicables à une communauté universelle postérieure à la loi du 14 juillet 1976, sous réserve d’une dérogation expresse dans le contrat de mariage (art. 1451, al. 3, C.civ.)²³¹.

J. L.

67. Champ d’application. Divorce par consentement mutuel

L’article 1447, alinéa 1^{er}, prévoit qu’un époux peut demander l’attribution préférentielle « lorsque le régime légal prend fin par le divorce, la séparation de corps ou la séparation de biens ». Cette disposition peut-elle s’appliquer en cas de divorce par consentement mutuel ? Si les termes de l’article ne distinguent pas selon la forme du divorce, les travaux préparatoires, quant à eux, excluent cette possibilité²³².

La cour d’appel de Gand s’est prononcée sur cette question dans une affaire où les époux avaient réglé le sort de l’immeuble servant au logement familial dans leurs conventions préalables à divorce par consentement mutuel (Gand, 15 mai 2008, *N.j.W.*, 2009, p. 367, note G. VERSCHELDEN, *Rev. trim.. dr. fam.*, 2010, p. 424, somm.). Ils avaient convenu que le bien resterait en indivision après le divorce jusqu’à ce qu’ils se mettent d’accord, soit sur son attribution à l’un d’eux, soit sur la vente publique ou de gré à gré du bien. Après que le divorce soit devenu définitif, les ex-époux ont tous deux manifesté le souhait de reprendre l’ancienne résidence conjugale. L’épouse sollicita alors l’attribution préférentielle sur base de l’article 1447 C.civ. La cour, tout comme le premier juge, refusa de faire droit à cette demande. Elle considère que dans la mesure où les époux, en cas de divorce par consentement mutuel, sont tenus de régler préalablement leurs droits respectifs (art. 1287 C.jud.), il ne saurait être question d’une procédure de liquidation au sens de l’article 1447. Les époux, en choisissant de conserver le bien commun en indivision, ont créé une indivision de droit commun, dont la liquidation ultérieure diffère de celle visée à l’article 1447.

²³¹ J.-L. RENCHON, note sous Bruxelles, 14 décembre 2006, *Rev. trim.. dr. fam.*, 2007, p. 1274-1275 ; R. BOURSEAU, “L’attribution préférentielle des articles 1446 et 1447 du Code civil”, *Rev. not. b.*, 2007, p. 448-449.

²³² Rapport HAMBYE, Doc. Parl., Sén., sess. extr. 1974, n°2, p. 76-77 : « La disposition ne s’applique pas aux époux divorcés ou séparés de corps par consentement mutuel : dans ce cas le règlement des droits, en ce compris l’attribution des biens à l’un ou l’autre des époux, fait partie de la convention que les époux doivent librement conclure avant le début de la procédure ». En ce sens également : Ch. DECLERCK, « Secundair huwelijksvermogensstelsel », in *Patrimonium 2008*, W. PINTENS, J. DU MONGH, Ch. DECLERCK (éds.), Anvers-Oxford, Intersentia, 2008, p. 42-43, n°72 ; W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, 2^{ème} éd., Anvers-Oxford, Intersentia, 2010, p. 321, n°589.

Nous approuvons le raisonnement de la cour selon lequel il ne peut plus être question d'attribution préférentielle lorsque le régime matrimonial des époux est déjà liquidé. Il appartenait en effet aux époux de libeller leur convention autrement s'ils souhaitaient se réserver cette faculté (entre vifs)²³³.

J. L.

68. Introduction de la demande

L'attribution préférentielle doit être demandée au cours des opérations de liquidation (art. 1447 C.civ.)²³⁴. Elle peut donc être sollicitée à partir du procès-verbal d'ouverture des opérations jusqu'à la clôture de la liquidation, c'est-à-dire jusqu'au procès-verbal de dires et difficultés puisqu'il n'est plus possible de formuler des demandes postérieurement à celui-ci (Civ. Nivelles, 28 juin 2006, *LIPA*, 2010, Jurispr. I.A.16.2.-1 ; Anvers, 22 octobre 2007, *N.j.W.*, 2008, p. 127, obs. G. VERSCHELDEN)²³⁵.

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

L'attribution préférentielle doit en tout état de cause être demandée devant le notaire. Ainsi, la cour d'appel d'Anvers et le tribunal de première instance de Malines rappellent qu'un conjoint ne peut jamais obtenir l'attribution préférentielle directement devant le tribunal (Anvers, 19 décembre 2007, *T. not.*, 2009, p. 144 ; Civ. Malines, 13 février 2008, *T. not.*, 2009, p. 148, note L. WEYTS). Tant le principe de l'attribution préférentielle que la valeur de la soultre doivent être examinés en premier lieu par le notaire liquidateur. Ce n'est que lorsque la mission du notaire ne peut être poursuivie sans l'intervention du juge que celui-ci pourra être saisi de la question par procès-verbal intermédiaire. Il importe peu à cet égard que le texte de l'article 1447 dispose que chaque époux peut « demander au tribunal » le bénéfice de l'attribution préférentielle, le notaire commis étant en effet le premier juge de la liquidation²³⁶.

J. L.

²³³ En ce sens : G. VERSCHELDEN, « Het recht van toewijzing bij voorrang (bestaat niet) na echtscheiding door onderlinge toestemming », note sous Gand, 15 mai 2008, *N.j.W.*, 2009, p. 368-369 et « Huwelijksvermogensrecht en erfrecht », *Rechtskroniek voor het Notariaat*, deel 15, Die Keure, 2009, p. 126-127, n° 48.

²³⁴ Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997 à 2005). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2007, p. 129-130, n° 90 ; M. DEMARET, « la liquidation et le partage du régime matrimonial », in *Chroniques notariales*, Y.-H. LELEU (éd.), vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 220, n°64.

²³⁵ En ce sens : Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 211, n° 180 ; R. BOURSEAU, « L'attribution préférentielle des articles 1446 et 1447 du Code civil », *Rev. not. b.*, 2007, p. 457-458 ; Y.-H. LELEU, « L'attribution préférentielle du logement familial », in *Le logement familial*, P. DELNOY, Y.-H. LELEU, E. VIEUJEAN (éds.), Collection Famille et Droit, Story-Scientia, 1999, p. 228, n° 16.

²³⁶ En ce sens : L. WEYTS, « De preferentiele toewijzing is eerst werk voor de notaris en dan voor de rechter », note sous Civ. Malines, 13 février 2008, *T. not.*, 2009, p. 150 ; R. BOURSEAU, « L'attribution préférentielle des articles 1446 et 1447 du Code civil », *Rev. not. b.*, 2007, p. 459.

69. Attribution préférentielle et vente publique de l'immeuble

L'attribution préférentielle peut être demandée alors même que le tribunal, dans le jugement ordonnant la liquidation et désignant les notaires, a ordonné la vente publique des biens non commodément partageables (*infra*, n° 88), pour autant bien sûr que la vente n'ait pas encore eu lieu²³⁷.

La cour d'appel d'Anvers va plus loin dans un arrêt du 22 octobre 2007 (Anvers, 22 octobre 2007, *N.j.W.*, 2008, p. 127, obs. G. VERSCHELDEN). Elle estime que le fait d'ordonner la vente publique de la nue-propriété d'un immeuble, à la demande du créancier hypothécaire d'un des nus-propriétaires indivis, ne porte pas préjudice au droit du conjoint survivant de solliciter, pendant les opérations de liquidation-partage, l'attribution préférentielle de cet immeuble en vertu de l'article 1446 du Code civil²³⁸.

J. L.

70. Critères

L'article 1447, alinéa 3, C.civ. dispose que le « tribunal statue en considération des intérêts sociaux et familiaux en cause et des droits de récompense ou de créance au profit de l'autre époux ».

Les difficultés surgissent lorsque l'attribution préférentielle est sollicitée par les deux époux, particulièrement lorsque leurs intérêts sociaux et familiaux sont équivalents.

Le tribunal de première instance de Huy (Civ. Huy, 28 avril 2008, *Rev. not. b.*, 2008, p. 598) précise dans ce contexte que, en dehors de l'hypothèse des violences conjugales (art. 1447, al. 2), *la faute*, lorsque le divorce a été prononcé aux torts d'un des époux en vertu de l'ancien droit, ne peut être prise en considération pour déterminer l'attributaire²³⁹.

Par contre, il devra être tenu compte de *la capacité financière* des parties, qui doit être suffisante pour garantir le financement de la soulté²⁴⁰. Le tribunal renvoie à cet égard la cause aux notaires

²³⁷ Bruxelles, 3 novembre 2003, *R.W.*, 2004-2005, p. 1504 ; Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997 à 2005). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2007, p. 129-130, n° 90 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2ème éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 211, n° 180 ; W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, 2ème éd., Anvers-Oxford, Intersentia, 2010, p. 320, n° 586.

²³⁸ En ce sens : Y.-H. LELEU, « L'attribution préférentielle du logement familial », in *Le logement familial*, P. DELNOY, Y.-H. LELEU, E. VIEUJEAN (éds.), Collection Famille et Droit, Story-Scientia, 1999, p. 229, n° 16.

²³⁹ En ce sens : Liège, 26 février 1999, *Div. Act.*, 1999, p. 75, note E. DE WILDE D'ESTMAEL ; Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997 à 2005). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2007, p. 126, n° 87 ; H. VANBOCKRIJCK, « Overzicht van rechtspraak (1997-2004) – De verrefening-verdeling na echtscheiding (deel II) », *E.J.*, 2004, p. 136, n° 68 ; G. VERSCHELDEN, « Huwelijksvermogensrecht en erfrecht », *Rechtskroniek voor het Notariaat*, deel 15, Die Keure, 2009, p. 129, n° 55 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2ème éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 213, n° 180 ; R. BOURSEAU, « L'attribution préférentielle des articles 1446 et 1447 du Code civil », *Rev. not. b.*, 2007, p. 454. *Contra*: Bruxelles, 10 juin 1986, *Rev. trim. dr. fam.*, 1988, p. 149, note (critique) J.-L. RENCHON.

²⁴⁰ Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997 à 2005). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2007, p. 128, n° 88 ; R. BOURSEAU, « L'attribution préférentielle des articles 1446 et 1447 du Code civil », *Rev. not. b.*, 2007, p. 455 ; Y.-H. LELEU, « L'attribution préférentielle du logement familial », in *Le logement familial*, P. DELNOY, Y.-H. LELEU, E. VIEUJEAN (éds.), Collection Famille et Droit, Story-Scientia, 1999, p. 224, n° 13.

afin qu'ils poursuivent leur mission, enjoignant aux parties de collaborer à celle-ci en communiquant tous les documents permettant d'apprécier leur capacité financière respective.

J. L.

71. Evaluation du bien objet de l'attribution préférentielle

La règle selon laquelle les biens indivis sont évalués au jour du partage mais dans leur état à la dissolution du régime²⁴¹ est également d'application pour déterminer le montant de la soulté qui sera éventuellement due par l'attributaire.

Ces principes sont justement rappelés par la cour d'appel de Bruxelles dans un arrêt du 15 décembre 2009. Il en résulte que *les modifications apportées au bien postérieurement à la dissolution du régime par le décès* ne doivent pas être prises en compte pour déterminer la valeur au jour du partage, contrairement aux plus-values qui résultent de la conjoncture économique ou de l'évolution du marché immobilier (Bruxelles, 15 décembre 2009, *T. not.*, 2011, p. 41 ; voy. également Bruxelles, 11 janvier 2011, *T. not.*, 2011, p. 215, *infra*, n° 87).

Il appartient en principe au *notaire* de déterminer cette valeur. La cour d'appel d'Anvers estime que sa connaissance du marché immobilier fait de lui une des personnes les mieux placées pour cette mission, de sorte qu'il n'est nul besoin de faire appel à un expert. Le notaire pourrait toutefois, s'il le souhaitait, se faire assister par un expert de son choix (Anvers, 19 décembre 2007, *T. not.*, 2009, p. 144, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 424, somm. ; voy. également Bruxelles, 15 décembre 2009, *T. not.*, 2011, p. 41)²⁴².

J. L.

§6. Avance sur part de communauté

72. Mécanisme. Conditions

Lorsqu'un couple marié sous le régime légal décide de divorcer, il arrive parfois qu'un époux, confronté à des difficultés financières, sollicite l'octroi d'une avance sur sa part dans la communauté dans l'attente de la liquidation définitive du régime matrimonial. Si, dans le silence de la loi, les juges se montrent souvent réticents face à de telles demandes, un mouvement jurisprudentiel favorable à ce procédé s'est toutefois dessiné au fil du temps.

Les conditions posées par les juges au versement de ces avances sont « multiples »²⁴³. Deux constantes peuvent néanmoins être dégagées.

²⁴¹ Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997 à 2005). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2007, p. 125, n° 85.

²⁴² Sur la détermination de la valeur du bien au jour du partage lorsque les opérations de liquidation durent plusieurs années et qu'il a été procédé à l'évaluation de l'immeuble en début de procédure, voy. *infra*, n° 87.

²⁴³ Sur cette question, voy. Ch. DECLERCK, « Omrent voorschotten op het aandeel in de vereffening-verdeling », *Patrimonium 2010*, W. PINTENS, J. DU MONGH et Ch. DECLERCK (éds.), 2010, p. 206-208, n° 18-20.

D'une part, une jurisprudence quasi unanime estime que l'avance ne peut être accordée que si l'époux qui la réclame se trouve dans le besoin²⁴⁴. Il s'agit là d'une condition *sine qua non*. Un jugement récent du tribunal civil de Bruges fait toutefois figure d'exception (Civ. Bruges, 26 mai 2008, *T.G.R.*, 2008, p. 168).

D'autre part, les juges cherchent généralement à connaître l'étendue des droits du demandeur dans le partage à venir, laquelle constitue la limite à ne pas dépasser lors de l'octroi de l'avance. Cette seconde condition est examinée de deux manières différentes dans la jurisprudence.

Certaines juridictions n'accordent l'avance sur part de communauté qu'à concurrence des droits qui reviendront *incontestablement* au demandeur dans le partage définitif. Cette position est notamment défendue par la cour d'appel de Liège (Liège, 7 septembre 2010, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 14, *J.L.M.B.*, 2011, p. 371, note L. ROUSSEAU). Si elle estime qu'il y a lieu d'apprécier la demande « avec souplesse », la cour examine néanmoins l'ampleur des droits que la demanderesse pourra, *en tout état de cause*, faire valoir dans le partage avant d'accorder l'avance. Cette position doit, selon nous, être approuvée ; elle atteint, selon nous, un juste équilibre entre, d'une part, la nécessité de répondre aux besoins actuels des parties, et, d'autre part, celle de préserver les prérogatives de chacun dans le partage définitif.

D'autres juridictions se montrent toutefois plus souples et octroient l'avance à concurrence des droits que le requérant pourra *vraisemblablement* faire valoir lors du partage. Le tribunal civil de Bruges s'est rallié à ce mouvement dans son jugement du 26 mai 2008 (Civ. Bruges, 26 mai 2008, *T.G.R.*, 2008, p. 168, précité). Appliqué de la sorte, le critère de l'étendue des droits est empreint d'une certaine ambiguïté, et est même paradoxal : l'ampleur des droits *probables* du demandeur est posée en limite *ferme* à ne pas dépasser lorsque l'avance est accordée.

Enfin, divers éléments hétéroclites influencent la décision des juges, sans qu'ils puissent, selon nous, être considérés comme des conditions d'octroi de l'avance ; il s'agit plutôt de facteurs permettant d'en apprécier l'*opportunité*. Ainsi en va-t-il de la longue durée de la procédure judiciaire de liquidation, de l'âge du demandeur ou encore de l'affectation qui sera donnée aux fonds²⁴⁵.

Ces différents paramètres ne sont pas non plus appréciés de la même façon par toutes les juridictions ; certaines font preuve d'une plus grande sévérité que d'autres. Ainsi, dans un arrêt du 2 décembre 2008, la cour d'appel de Gand a décidé que l'extrême lenteur de la procédure ne peut être prise en considération que si elle porte *effectivement* préjudice au demandeur, *quod non* en l'espèce (Gand, 2 décembre 2008, *R.W.*, 2009-10, p. 1310). Les petits problèmes de liquidités

²⁴⁴ Une demande motivée par un besoin financier ne doit toutefois pas être examinée sous l'angle du droit des aliments et du devoir de secours entre époux – articles 213 et 301 du code civil. En effet, le mariage est, par hypothèse, dissous. L'avance sollicitée s'inscrit dans le contexte de la liquidation du régime matrimonial ; son montant sera fixé en fonction de l'ampleur des droits que le demandeur pourra faire valoir dans la communauté.

²⁴⁵ *Contra* Ch. DECLERCK, « Omtrent voorschotten op het aandeel in de vereffening-verdeling », *Patrimonium* 2010, W. PINTENS, J. DU MONGH et Ch. DECLERCK (éds.), 2010, p. 208, n° 21. L'auteur estime que ces divers éléments servent en réalité à vérifier, au cas par cas, s'il existe des « motifs légitimes » dans le chef du demandeur. L'existence de pareils motifs constitue, selon elle, une *condition* d'octroi de l'avance. En outre, et toujours contrairement à nous, Ch. DECLERCK considère que le besoin d'argent est précisément un motif légitime parmi d'autres pouvant justifier l'attribution d'une avance. Comme cela a été dit, nous pensons au contraire que la présence d'un besoin financier dans le chef du demandeur est une condition d'octroi *sine qua non*.

rencontrés par le demandeur sont par ailleurs insuffisants à créer dans son chef une situation de besoin financier.

L. R.

§7. Recel de communauté

73. Compte collectif. Cumul de recel de communauté et recel successoral

Selon la Cour de cassation²⁴⁶, l'article 792 du Code civil qui traite du recel successoral vise toutes les fraudes par lesquelles un héritier cherche, au détriment de ses cohéritiers, à rompre l'égalité du partage, soit qu'il s'approprie des biens de la succession, soit que, omettant de faire à cet égard des déclarations que la loi lui impose, il recèle les libéralités qu'il a reçues du défunt. Il y a également recel successoral lorsqu'un successible s'approprie frauduleusement des biens héréditaires au détriment des légataires ou des créanciers successoraux²⁴⁷.

Le recel de communauté visé à l'article 1448 du Code civil sanctionne quant à lui tout acte accompli de mauvaise foi par un époux dans le but d'obtenir un avantage illégitime sur les biens du patrimoine commun²⁴⁸.

Dans l'espèce soumise à la cour d'appel de Mons, (Mons, 23 décembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 80, *Rev. not. belge*, 2009, liv. 3035, p. 778, note) l'un des deux enfants du défunt et l'épouse de ce dernier avaient omis de déclarer à l'inventaire un compte collectif ouvert par eux et le défunt. Le deuxième enfant du défunt a alors introduit une procédure en recel. Dans ce cadre les deux co-titulaires avec le défunt du compte collectif en cause prétendent qu'il n'est pas question de recel vu qu'ils peuvent démontrer que l'argent figurant sur ce compte leur appartient, aucune somme n'ayant selon eux été versée sur ledit compte par le défunt. Selon eux, ils ne devaient dès lors pas déclarer ce compte à la succession.

C'est à raison selon nous, que la cour d'appel rejette un tel raisonnement et décide que les avoirs déposés sur un compte bancaire collectif sous les noms du défunt et de certains héritiers doivent être déclarés à l'inventaire, même si l'un des titulaires estime pouvoir rapporter la preuve qu'ils lui sont propres. Le fait de taire, sciemment et délibérément, l'existence d'un tel compte constitue un recel successoral.

En outre, dès lors que le compte en cause relevait d'une société d'acquêts adjointe à un régime de séparation de biens existant entre le défunt et son épouse, la cour considère qu'il y a, dans le chef de l'épouse, cumul d'un recel successoral et d'un recel de communauté (voy. *infra*, n° 112 sur la question de la transposabilité des règles du recel de communauté à la séparation de biens communautarisée). En ne déclarant pas lors de la clôture des inventaires, l'existence de sommes

²⁴⁶ Cass., 12 novembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1777, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 893, *Tijd. v. not.*, 2005, p. 419, R.G.D.C., 2006, p. 302.

²⁴⁷ Pour plus de détails : P. DELNOY, *Les libéralités et les successions*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 158 et s. ; P. DELNOY, « L'option héréditaire », in *Successions, donations et testaments*, L. RAUCENT et Y.-H. LELEU (éd.), *Rep. not.*, t. III., liv. 1/2, Bruxelles, Larcier, 1994, n° 181 et s.

²⁴⁸ Y.-H. LELEU, « Les régimes matrimoniaux - Examen de jurisprudence (1997-2005) », *R.C.J.B.*, 2007, p. 130, n° 91.

qui dépendent tant de la succession de son époux décédé que de la communauté ayant existé entre eux, la veuve a diverti ou recelé lesdites sommes à son profit au sens de l'article 1448 du Code civil.

Une fois établie l'existence d'un recel se pose encore la question de la sanction de celui-ci.

En vertu de l'article 792 du Code civil, « les héritiers qui auraient diverti ou recélé des effets d'une succession, sont déchus de la faculté d'y renoncer : ils demeurent héritiers purs et simples, nonobstant leur renonciation, sans pouvoir prétendre aucune part dans les objets divertis ou recélés ». L'article 1448 du Code civil dispose que « l'époux qui a diverti ou recelé quelque bien du patrimoine commun est privé de sa part dans ledit bien ».

Aussi, quant à la sanction du recel successoral, la cour d'appel de Mons, après avoir rappelé qu'il ne faut pas confondre l'obligation d'inventaire et la sanction d'une omission avec la détermination de l'actif successoral, considère que, faute de justifier les mouvements du compte collectif, les deux héritiers co-titulaires de ce compte avec le défunt doivent restituer au moins la part présumée apportée par ce dernier, soit un tiers des avoirs, et sont privés de tout droit sur cette part.

Quant à la sanction du recel de communauté commis en outre par l'épouse, en application de l'article 1448 du Code civil, celle-ci doit être privée de sa propre part dans les montants communs recelés, soit d'un second tiers des sommes figurant sur le compte collectif.

Cette part dont l'épouse est privée va grossir l'actif successoral, sur lequel, en application de l'article 792 du Code civil (recel successoral), la veuve receleuse a perdu ses droits d'héritière à due concurrence.

Par le cumul de la sanction du recel de communauté et du recel successoral, le recel a donc porté sur 2/3 des sommes figurant sur le compte, de sorte que les receleurs perdent tous leurs droits sur ces 2/3.

Cette décision nous paraît faire une correcte application des dispositions applicables tant en matière de recel successoral qu'en matière de recel de communauté. Elle inverse toutefois l'ordre normal des opérations dès lors qu'elle traite du recel successoral avant de traiter du recel de communauté. Cette inversion est cependant, en l'espèce, sans incidence sur le résultat obtenu.

Notons encore que la cour termine son analyse en considérant que les titulaires du compte collectif ne peuvent se prévaloir de l'article 2279 du Code civil dès lors que leur possession est équivoque.

Elle ajoute enfin que les receleurs sont tenus au paiement des intérêts moratoires au taux légal depuis le décès, ainsi qu'aux intérêts sur ces intérêts, capitalisés à dater de la signification de la citation introductory d'instance.

A cet égard, notons qu'il est en effet généralement admis que le receleur est tenu de restituer les fruits et intérêts des biens recelés depuis le moment où le recel a été commis²⁴⁹.

S. L.

²⁴⁹ Pour plus de détails : P. DELNOY, « L'option héréditaire », in *Successions, donations et testaments*, L. RAUCENT et Y.-H. LELEU (éd.), Rép. not., t. III., liv. 1/2, Bruxelles, Larcier, 1994, n° 205.

74. Retraits de fonds communs peu de temps avant l'introduction d'une procédure en divorce

Rappelons que dans un arrêt du 31 janvier 2008, la cour d'appel de Bruxelles (Bruxelles, 31 janvier 2008, *Not. Fisc. M.*, 2009, liv. 4, p. 149, note J. DU MONGH et C. DECLERCK) a fait application des dispositions relatives au recel de communauté dans un cas de retraits de fonds communs opérés peu de temps avant l'introduction d'une demande en divorce et non déclarés ni dans l'inventaire, ni dans le procès-verbal d'ouverture des opérations (*supra*, n° 41).

S. L.

§8. Procédure de partage

75. Nécessaire préalable à la liquidation de la succession

Dans son arrêt du 24 octobre 2006, la cour d'appel de Mons rappelle que la liquidation de la succession d'un des époux implique qu'il soit procédé préalablement à la liquidation du régime matrimonial des époux (Mons, 24 octobre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1328 ; dans le même sens : Civ. Gand, 23 mars 2010, *R.W.*, 2010-2011, p. 682)²⁵⁰. Dans le cas d'espèce, le premier juge décide que la demande en liquidation-partage de la succession est non-fondée à l'encontre, nous le supposons, de l'époux survivant, car il n'a recueilli que l'usufruit de ladite succession, alors que les deux autres parties ont recueilli la nue-propriété. Selon le tribunal de première instance de Charleroi, il ne peut exister d'indivision entre un usufruitier et un nu-propriétaire car il ne s'agit pas de droits de même nature. La cour d'appel remarque cependant que la demande originelle n'est pas limitée au partage de la succession, mais tend, avant tout, à sa liquidation. Elle définit ce qu'il faut entendre par liquidation, à savoir « *régler, fixer ce qui est indéterminé, c'est rendre liquide, c'est-à-dire, ce qui est obscur, embrouillé et, par la même, sujet à difficultés et contestations. La liquidation d'une succession consiste dans la détermination précise des droits et des obligations de l'héritier en tant que tel* ». Ainsi, la cour conclut que la liquidation de la succession de l'épouse implique la liquidation préalable du régime matrimonial.

F. D.

76. Transaction

L'arrêt de la Cour de cassation du 16 mars 2006 a été exposé lors des précédentes chroniques²⁵¹ (Cass., 16 mars 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1290, somm., *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 259). Rappelons que par cet arrêt, la Cour de cassation estime que les règles du Code civil et du Code judiciaire relatives à la liquidation-partage d'un régime matrimonial ne sont ni d'ordre public, ni de droit impératif et que les indivisaires peuvent dès lors conclure à tout instant, y compris dans

²⁵⁰ Le tribunal cite à l'appui de sa position : G. BAETEMAN, J. GERLO, W. PINTENS et al., « Overzicht van rechtspraak (1996-2002) : Huwelijksvermogensrecht », *TPR*, 2003, p. 1721, n° 262 ; W. PINTENS, B. VAN DER MEERSH et K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familial vermogensrecht*, Louvain, Universitaire Pers., 2002, p. 820, n° 1814.

²⁵¹ Voy. *Chroniques Notariales*, vol. 48, 2008, p. 221, n° 67.

la phase de liquidation judiciaire, un accord, qui aura force de loi pour les parties. L'article 1430 du Code civil renvoie à l'article 819 du même Code qui dispose que le partage peut-être fait dans la forme et par tel acte que les parties intéressées jugent convenables.

Dans un cas soumis à la cour d'appel de Gand, les parties avaient ainsi conclu, dans le cadre de la liquidation-partage de leur régime matrimonial, une transaction quant à la mise en vente de l'immeuble commun. Monsieur décide toutefois de ne pas exécuter cette transaction, ce qui conduit Madame à demander, non pas la résolution tacite de cette convention, mais, outre la mise en vente de l'immeuble, la désignation d'un seul notaire, le partage du prix de vente et la suppression, ou à tout le moins la réduction, de l'indemnité d'occupation. Les parties parviennent toutefois à se mettre une nouvelle fois d'accord devant le tribunal et décident de déposer des conclusions d'accord qui sont rejetées par ce même tribunal : selon lui, ces conclusions sont irrecevables car les parties ne peuvent conclure un accord que dans la limite de l'objet du différent, à savoir la contestation de l'exécution d'une transaction. La cour d'appel de Gand réforme cette décision : en application de l'article 1134, al. 2, du Code civil, une transaction peut être modifiée de commun accord entre les parties et ce, notamment, par voie de conclusions d'accord (Gand, 28 juin 2007, *NjW*, 2009, P. 178, note G. VERSCHELDEN). La cour précise que cette modification est une convention soumise au régime particulier de la transaction, de telle sorte qu'elle a autorité de la chose jugée en dernier ressort entre les parties. Cette précision entraîne que les conclusions d'accord, comme toute transaction, peuvent être annulées pour vice de consentement que sont l'erreur sur les faits, les pièces inconnues ou fausses, la fraude ou la violence. L'erreur de droit ou la lésion ne sont pas contre pas des vices de consentement susceptibles d'entraîner pareille annulation (art. 2052, al. 2, C. civ.)²⁵². En l'espèce, Monsieur invoque que les conclusions seraient entachées d'erreur ou de tromperie mais la cour rejette ces prétentions. L'accord des parties est par conséquent acté.

F. D.

77. Force exécutoire de la décision de désignation

La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de préciser que la désignation d'un notaire en vue de la réalisation des opérations de liquidation-partage du régime matrimonial n'est pas une mesure d'instruction²⁵³. Cela a notamment comme conséquence que le jugement qui désigne le notaire n'est pas, du moins sur ce point, exécutoire par provision de plein droit. Le demandeur doit

²⁵² Au sujet de la lésion, la Cour de cassation rappelle dans son arrêt du 28 janvier 2010 qu'un cohéritier peut s'opposer à une transaction qui a pour but de faire cesser l'indivision, en raison de la lésion de plus du quart à son préjudice (art. 887, al. 2 et art. 888, al. 1^{er}, C. civ.) (Cass., 28 janvier 2010, *NjW*, 2010, p. 324, note K. VANDENBERGHE, *RABG*, 2010, p. 755, note B. VERLOOY, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1324, *R.W.*, 2010-11, p. 742, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2010, p. 245).

²⁵³ Cass., 10 janvier 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 96 *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 433, *T. not.*, 2004, p. 151 ; Cass., 8 juin 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 1047, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 749, *R.W.*, 2000-01, p. 1306, somm., *R.D.J.P.*, 2000, p. 240 ; Cass., 19 décembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 1991.

demander cette exécution sous peine de ne pas pouvoir commencer les opérations de liquidation-partage en cas d'appel de la décision de désignation²⁵⁴.

Dans sa décision prononçant le divorce des parties et désignant les notaires aux fins de procéder aux opérations de liquidation-partage, le tribunal de première instance de Mons précise cependant que les opérations ne pourront pas commencer tant que le jugement prononçant le divorce des époux n'aura pas acquis, entre eux, force de chose jugée car sa décision de désignation ne sortira ses effets qu'à partir de ce jour-là (Civ. Mons, 2 octobre 2008, *Act. dr. fam.*, 2008, p. 210 ; *infra*, n° 80). Rappelons qu'un jugement prononçant le divorce des parties acquiert force de chose jugée un mois après sa signification (art. 1275 et 1276 C. jud.).

F. D.

78. Compétence territoriale

En vertu de l'article 5 de la loi de ventôse, un notaire ne peut exercer ses fonctions que dans l'étendue de l'arrondissement judiciaire de sa résidence. Ce principe vaut aussi pour le notaire chargé d'une liquidation judiciaire. Les parties et le juge devront y faire attention lorsqu'ils demandent la désignation ou désignent un notaire, tout en précisant qu'il est possible de désigner un notaire qui se trouve en dehors de l'arrondissement judiciaire du juge et que le notaire peut intervenir dans un partage composé de biens se trouvant en dehors de l'arrondissement de sa résidence²⁵⁵.

Le tribunal de première instance de Gand a toutefois décidé que le second notaire, qui n'agit pas comme un « authentificateur », peut rédiger la note visée à l'article 1214 du Code judiciaire (note d'observation sous l'état liquidatif ou contre-projet au procès-verbal des dires et difficultés) depuis son étude²⁵⁶. Un requête tendant au remplacement de ce second notaire au seul motif de son incompétence territoriale doit dès lors être rejetée (Civ. Gand, 16 décembre 2008, R.W., 2009-2010, p. 846, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 963, somm.).

En outre, une partie de la doctrine est d'avis que l'avantage d'un second notaire dont la résidence se situe dans un autre arrondissement judiciaire réside dans le fait que ce notaire serait un notaire *ad hoc* qui instrumenterait les opérations, telles que la tenue d'un inventaire ou la mise en vente d'un immeuble, qui se dérouleraient dans son arrondissement²⁵⁷. Ainsi, les deux notaires auraient

²⁵⁴ J.-F. VAN DROOGHENBROEK et J.-C. BROUWERS, « De la demande en liquidation-partage au jugement qui ordonne les opérations », in in *Questions pratiques liées à la procédure de liquidation-partage judiciaire*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 38, n° 42.

²⁵⁵ J.-F. VAN DROOGHENBROEK et J.-C. BROUWERS, « De la demande en liquidation-partage au jugement qui ordonne les opérations », in in *Questions pratiques liées à la procédure de liquidation-partage judiciaire*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 11, n° 12 ; J. VAN COMPERNOLLE, « Désignation, compétence et impartialité du notaire auxiliaire de justice », in *Les incidents du partage judiciaire. Problèmes concrets. Solutions pratiques*, J.-F. TAYMANS et J. VAN COMPERNOLLE (éds.), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 18, n° 13 ; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, et K. VANWINCKELEN, *Familial Vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 282, n° 517.

²⁵⁶ Voy. dans le même sens W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, et K. VANWINCKELEN, *Familial Vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 283, n° 517.

²⁵⁷ Voy. not. H. CASMAN, « La déontologie du notaire commis », in *Le notaire, le juge et l'avocat. Heurs et malheurs du notaire commis*, J. VAN COMPERNOLLE et J.-L. LEDOUX (éds.), Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 320 ; J.-F. TAYMANS,

des missions différentes. Reste toutefois que le principe est la compétence conjointe et indivisible pour les notaires²⁵⁸.

F. D.

79. Durée de la procédure

La durée, parfois trop longue, d'une procédure en liquidation-partage a souvent été épinglée²⁵⁹. Les juges l'anticipent même.

Le tribunal de première instance de Malines décide d'attirer l'attention des parties sur les possibilités qui s'offrent à elles en cas de durée anormalement longue de la procédure, et ce directement dans le dispositif de la décision qui désigne le notaire instrumentant et le notaire chargé de représenter les parties défaillantes (Civ. Malines, 13 juin 2007, *T. not.*, 2008, p. 559, note L. WEYTS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 956, somm.). Selon le tribunal, les parties à la procédure ont la possibilité soit de saisir la Chambre des Notaires, soit le Président du tribunal de première instance. Cela ne pourrait toutefois se faire qu'1 an après la désignation du notaire, et à la condition que les parties aient donné la possibilité au notaire d'exécuter le jugement. Quand aux modalités de saisine, le tribunal estime qu'une simple lettre suffit, lettre qui doit notamment expliquer les raisons qui compliquent l'avancement des opérations. Enfin, le tribunal précise que cela ne porte pas préjudice à la procédure de remplacement de notaire des articles 1207 et suivants du Code judiciaire (sur ce point, voy. *infra*, n° 81).

Dans la note qui suit cette décision, M. WEYTS estime utiles ces conseils, mais rappelle, à bon droit, que cette longueur n'est pas nécessairement de la faute des notaires : la nature du dossier et parfois l'attitude même des parties, et de leurs avocats, peuvent l'expliquer²⁶⁰.

Outre la jurisprudence et la doctrine, le législateur s'est penché lui aussi, dans la réforme de la procédure de liquidation-partage, réforme qui entrera en vigueur le 1^{er} avril 2012 (art. 10 L. du 13 août 2011), sur ce problème de la durée des procédures²⁶¹. Le souhait du législateur est

« Quelques réflexions sur la mission du notaire commis par justice », *Rev. not. belge*, 1996, p. 377 ; C. SLUYTS, « Notariële en procesrechtelijke aspecten van vereffening-verdeling », in *Vereffening-verdeling van het huwelijksvermogen*, Anvers, Maklu, 1993, p. 99.

²⁵⁸ J.-F. VAN DROOGHENBROEK et J.-C. BROUWERS, « De la demande en liquidation-partage au jugement qui ordonne les opérations », in in *Questions pratiques liées à la procédure de liquidation-partage judiciaire*, Bruxelles, Bruxlant, 2008, p. 16, n° 17, et les références citées. Voy. aussi la loi du 13 août 2011 réformant la procédure de liquidation-partage, qui insère un nouvel article 1210, § 2, du Code judiciaire posant la règle que si deux notaires sont désignés par le tribunal (le principe est en effet désormais la désignation d'un seul notaire sauf accord des parties (art. 1210 C. jud.)), les deux notaires agissent *conjointement*.

²⁵⁹ Voy. not. *Chroniques Notariales*, vol. 48, 2008, p. 222, n° 68 ; F. KUTY et C. WERA « Les relations tumultueuses du notaire commis et de l'avocat dans le cadre de la liquidation-partage » *R.G.D.C.*, 2003, p. 460, n° 1.

²⁶⁰ L. WEYTS, « Vooruitgang van de procédure – uitonverdeeldheidstreden : taak van de boedelnotaris en de notaris om de afwezigen te vertegenwoordigen », *T. not.*, 2008, p. 562, n° 1.

²⁶¹ Loi du 13 août 2011 réformant la procédure de liquidation-partage judiciaire, *M.B.*, 14 septembre 2011, p. 59.603. Voy. Projet de loi réformant la procédure de liquidation-partage judiciaire, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord., 2010-2011, n° 53-1513/001 ; Proposition de loi réformant la procédure de liquidation-partage judiciaire, *Doc. Parl.*, Sén., sess. ord., 2010-2011, n° 5-405/1.

notamment²⁶² d'accélérer la phase notariale de la procédure²⁶³. Deux modes de mise en état sont prévus afin de fixer des délais aussi bien aux parties qu'au notaire : la mise en état conventionnelle (les parties se mettent d'accord sur un calendrier conventionnel contraignant (art. 1217 C. jud.)) et la mise en état légale (à défaut d'accord entre les parties, la loi impose des délais (art. 1218 C. jud.)). Le futur article 1220 du Code judiciaire précise que, sauf accord des parties, le notaire-liquidateur ne peut pas prendre en compte les revendications, observations et pièces communiquées par les parties après ces délais. Si c'est le notaire qui ne respecte pas les délais, cette même disposition donne la possibilité aux parties de saisir le tribunal qui a désigné ce notaire afin que le juge fixe le calendrier à suivre et se prononce sur le remplacement du notaire.

Nous approuvons l'intention du législateur tant il est vrai que les procédures de liquidation-partage peuvent s'éterniser. Le texte laisse toutefois une trop grande liberté aux parties, liberté qui, nous osons l'espérer, sera seulement mise en œuvre en cas de dossier complexe. Chaque dossier a ses particularités, pose des questions parfois controversées et il est donc, le cas échéant, opportun de ne pas se limiter au cadre légal. Enfin, le texte a le mérite de prévoir une sanction en cas de non-respect des délais, tout en laissant, une nouvelle fois, la possibilité aux parties d'en décider autrement mais de commun accord.

F. D.

80. Devoir d'impartialité du notaire

Comme le rappelle le tribunal de première instance de Mons dans son jugement du 2 octobre 2008, le devoir d'impartialité du notaire est coulé dans l'article 38 du Code de déontologie établi par la Chambre nationale des notaires²⁶⁴ (Civ. Mons, 2 octobre 2008, Act. dr. fam., 2008, p. 210 ; *supra*, n° 77). Cette disposition prescrit au notaire chargé d'une mission par une juridiction de respecter, d'une part, l'article 9, alinéa 3, de la loi organique du notariat et, d'autre part, l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et les exigences d'impartialité objective qu'il impose. Le tribunal conclut qu'un notaire qui a déjà eu à connaître les parties ou leurs différends ne peut pas accepter sa désignation²⁶⁵. En l'espèce, le demandeur sollicitait le notaire qui était intervenu préalablement en qualité de conseil du demandeur dans le cadre de négociations menées en vue de conclure des conventions préalables à divorce par consentement mutuel qui n'ont pas abouties. Le tribunal décide évidemment de désigner un autre notaire que celui demandé.

²⁶² La désignation d'un seul notaire sauf demande motivée des parties (art. 1210 C. jud.) et la suppression du notaire chargé de représenter les parties absentes ou récalcitrantes figurent également dans la réforme de la liquidation-partage judiciaire.

²⁶³ Proposition de loi réformant la procédure de liquidation-partage judiciaire, *Doc. Parl.*, Sén., sess. ord., 2010-2011, n° 5-405/1, p. 4.

²⁶⁴ Ce Code est approuvé par l'arrêté royal du 21 septembre 2005 portant approbation du code de déontologie établie par la Chambre nationale des notaires, *M.B.*, 3 novembre 2005, p. 47.389.

²⁶⁵ Voy. en ce sens : J.-F. VAN DROOGHENBROECK et J.-C. BROUWERS, « De la demande en liquidation-partage au jugement qui ordonne les opérations », in *Questions pratiques liées à la procédure de liquidation-partage judiciaire*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 14, n° 14 ; Y.-H. LELEU, « Procédure de liquidation-partage. Actualité de jurisprudence », *Rev. dr. ULB*, 2003, pp. 323, n° 18.

Dans son arrêt du 30 juin 2008, la cour d'appel de Mons rappelle que le tribunal, lorsqu'il lui est demandé la désignation d'un notaire liquidateur en particulier, doit examiner l'ensemble des circonstances qui pourraient objectivement susciter des doutes quant à l'indépendance des notaires dans l'esprit d'une ou de plusieurs parties (Mons, 30 juin 2008, *Rev. not. belge*, 2009, p. 366). En l'espèce, la cour estime, peut-être de manière un peu rapide selon nous²⁶⁶, que dès lors qu'une des parties n'a pas reçu d'informations quant au choix de notaire proposé par l'autre partie malgré différentes demandes, la confiance en ce notaire « *est objectivement ébranlée même si rien ne permet de douter a priori qu'il n'exécutera pas sa mission avec les qualités d'impartialité et de neutralité requise* ».

Dans un autre arrêt du 17 février 2009, cette même cour précise le devoir d'impartialité qui repose sur un notaire désigné judiciairement (Mons, 17 février 2009, *J.L.M.B.*, 2011, p. 357 ; *infra*, n° 81). Elle rappelle que la Cour européenne des droits de l'homme a déjà jugé que l'article 6, et les garanties qu'ils consacrent, s'appliquent aux notaires commis²⁶⁷. Ainsi, il pèse sur le(s) notaire(s) commis des exigences d'impartialité qui, au sens de l'article 6 de la Convention, s'apprécient non seulement selon une démarche subjective, c'est-à-dire son comportement et ses convictions, mais également selon une démarche objective qui concerne quant à elle les garanties offertes par le(s) notaire(s) pour exclure tout doute légitime²⁶⁸. La cour en déduit que le notaire commis ne peut pas, en cours de procédure, donner ne serait ce que l'impression d'avoir un parti pris, un préjugé à l'égard d'une partie ou induire un doute quant à son impartialité (dans le même sens : Liège, 5 décembre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1266). En l'espèce, le notaire a accepté, en cours de procédure de liquidation-partage, de devenir le conseil d'une des parties dans le cadre d'autres procédures (constitution d'une S.P.R.L. et rédaction d'un contrat de mariage de séparation de biens dans le cadre d'un nouveau mariage). La cour estime que c'est à bon droit que l'autre partie n'a plus confiance en ce notaire qui a lui-même créé l'impression d'un manque d'impartialité.

La cour d'appel d'Anvers, dans une liquidation de succession, décide également de remplacer le notaire désigné car ce dernier avait reçu des informations et pièces d'une des parties, en l'absence de l'autre partie qui n'avait pas été avertie de la réunion. Dès lors que des contacts avaient été pris avec une seule des parties, l'autre pouvait avoir raisonnablement avoir des doutes quant à l'impartialité du notaire. La cour rappelle que le notaire commis doit gérer la cause de manière

²⁶⁶ Le choix du notaire se fait parfois sous les conseils de son avocat et il n'y dès lors pas toujours de véritable raison qui pousse une partie à choisir tel notaire.

²⁶⁷ La Cour cite l'arrêt *Siegel c. France*, du 28 novembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 759, note Y.-H. LELEU et précise que la Cour européenne des droits de l'homme a jugé ainsi à propos de l'application de l'article 6 de la convention en ce qu'elle concerne le délai raisonnable dans lequel le notaire liquidateur doit procéder aux opérations de liquidation-partage.

²⁶⁸ Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004. Volume 1. Articles 1 à 6 de la Convention », in *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 132, n° 213 ; J. VAN COMPERNOLLE, « Désignation, compétence et impartialité du notaire auxiliaire de justice », in *Les incidents du partage judiciaire. Problèmes concrets. Solutions pratiques*, J.-F. TAYMANS et J. VAN COMPERNOLLE (éds.), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 14 et s., n° 8 et s. ; J.-F. VAN DROOGHENBROECK et J.-C. BROUWERS, « De la demande en liquidation-partage au jugement qui ordonne les opérations », in *Questions pratiques liées à la procédure de liquidation-partage judiciaire*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 13, n° 13.

objective et doit donc s'abstenir de tout comportement qui mettrait en danger la mission qui lui est confiée judiciairement (Anvers, 22 mars 2010, *N.j.W.*, 2011, p. 60, note K. V.).

F. D.

81. Remplacement du notaire

Bien qu'aucun texte légal ne le prévoit expressément, il est admis que le notaire désigné par le tribunal puisse être remplacé²⁶⁹. La cour d'appel de Gand a toutefois décidé que le tribunal, saisi sur la base de l'article 1219 du Code judiciaire et devant donc statuer sur les contredits formulés par les parties, ne pouvait pas décharger d'office le notaire de sa mission et le remplacer par un autre notaire chargé de la même mission, sans avoir préalablement interpellé les parties et le notaire commis (Gand, 27 mars 2008, *Rev. not. belge*, 2009, p. 762, *R.W.*, 2008-09 p. 1611, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 955, somm.). Selon la cour, en procédant ainsi, le tribunal a statué sur une demande qui n'a pas été formée par les parties et méconnait les principes de l'autonomie des parties, du dispositif, du contradictoire et les droits de la défense consacrés aux articles 1138, 2°, du Code judiciaire et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Il est évident que l'une des parties (et à plus forte raison les deux) peut demander le remplacement du notaire désigné notamment en cas de partialité, de négligence ou de carence du notaire. E. LAHAYE estime pour sa part que le notaire, qui n'était pas une partie à la cause, n'a pas qualité pour saisir le tribunal en vue de demander son propre remplacement²⁷⁰. La Cour de cassation a également estimé que le notaire ne peut pas critiquer la décision qui pourvoit à son remplacement et ne peut dès lors pas interjeter appel²⁷¹ (Cass., 20 juin 2008, *Rev. not. belge*, 2008, p. 513).

En outre, à suivre la cour d'appel de Gand, le juge ne pourrait pas décider d'office de remplacer le notaire. Certains ne partagent cependant pas cette opinion et estiment qu'il convient d'appliquer par analogie au notaire la procédure en remplacement d'expert (art. 977 et s., C. jud.) : « *l'un comme l'autre étant désignés en raison de leur qualité de 'spécialiste', le tribunal a l'obligation de remplacer d'office le notaire commis en cas de carence avérée. Les tribunaux ont en effet une obligation particulière de surveillance de l'évolution des missions qu'ils confient à ces auxiliaires de justice dès lors que la solution du litige* ».

²⁶⁹ C. DE BOE, « Le statut procédural de notaire commis dans le cadre de la procédure visant son remplacement », *Rev. not. belge*, 2009, p. 771, n° 2 ; Mons, 14 juin 2004, *R.G.D.C.*, 2006, p. 167 ; Anvers, 3 mars 2003, *R.W.*, 2004-05, p. 344, note D. PIGNOLET, *T. not.*, 2006, p. 111 ; Mons, 23 novembre 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 734 ; Liège, 22 novembre 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 728 ; Civ. Malines, 13 juin 2007, *T. not.*, 2008, p. 559, note L. WEYTS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 956, somm. (*supra*, n° 79).

²⁷⁰ E. LAHAYE, « Le rôle du juge et du notaire commis dans le cadre de la procédure de liquidation partage des régimes matrimoniaux », in *Le juge et le mandataire de justice*, colloque sous la direction de G. de LEVAL, 2008. Notons toutefois que C. DE BOE est d'opinion que le notaire est dans tous les cas partie à la cause d'une procédure qui tend à son remplacement. Voy. C. DE BOE, « Le statut procédural de notaire commis dans le cadre de la procédure visant son remplacement », *Rev. not. belge*, 2009, p. 775, n° 5.

²⁷¹ Pour une critique de cette décision, voy. C. DE BOE, « Le statut procédural de notaire commis dans le cadre de la procédure visant son remplacement », *Rev. not. belge*, 2009, p. 776, n° 5.

dépend pour une part non négligeable de l'avis de ces spécialistes »²⁷². Toutefois, dans son arrêt du 17 février 2009, la cour d'appel de Mons a précisé que cette procédure ne s'applique pas, par analogie, lorsqu'une partie souhaite procéder au remplacement du notaire commis (Mons, 17 février 2009, *J.L.M.B.*, 2011, p. 357 ; *supra*, n° 80). La loi ne le prévoit pas et le juge est valablement saisi d'une demande de remplacement par voies de conclusions.

Notons que la réforme de la procédure de liquidation-partage judiciaire instaure une procédure légale de remplacement du notaire-liquidateur en insérant un nouvel article 1211 dans le Code judiciaire, disposition dont le paragraphe 2 précise que la partie *ou le notaire-liquidateur* peut demander le remplacement – pour certains motifs – et que la décision de remplacement n'est susceptible d'aucun recours²⁷³.

F. D.

82. Etendue de la mission du notaire liquidateur. Comptes prémaritaux

Lorsque un (ou deux) notaire(s) est (sont) désigné(s) pour procéder aux opérations de liquidation-partage du régime matrimonial de deux parties, peu(ven)t-il(s) connaître des prétentions des époux liées à des éventuels comptes relatifs aux *créances antérieures au mariage des parties* ?

A. Dans un jugement du 16 février 2005, le tribunal de première instance de Nivelles répond à cette question par l'affirmative (Civ. Nivelles, 16 février 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 915 ; *infra*, n° 123). Avant de se marier, les parties ont en effet vécu ensemble et Madame a acquis seule un immeuble, qui servait de logement familial, Monsieur investissant différentes sommes dans cet immeuble propre. Selon le tribunal, la mission confiée aux notaires chargés de liquider un régime matrimonial n'est pas limitée aux comptes relatifs à la période d'existence de la communauté²⁷⁴. Dans la mesure où il est admis que la mission des notaires s'étend aux comptes de l'indivision post-communautaire, cette même mission doit englober les comptes de créances antérieures au mariage, d'autant plus que ces comptes sont en lien avec les biens composant la communauté des époux²⁷⁵ (immeuble propre de Madame apporté dans la communauté par contrat de mariage).

Ce jugement a toutefois été réformé par l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, mais de manière critiquable (Bruxelles, 7 décembre 2006, *Rec. gén. enr. not.*, 2010, p. 67, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 914, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 14 ; *infra*, n° 123). Selon la cour, les comptes de *récompense* servent à

²⁷² F. KUTY et C. WERA « Les relations tumultueuses du notaire commis et de l'avocat dans le cadre de la liquidation-partage » *R.G.D.C.*, 2003, p. 471, n° 38.

²⁷³ Loi du 13 août 2011 réformant la procédure de liquidation-partage judiciaire, *M.B.*, 14 septembre 2011, p. 59.603

²⁷⁴ A savoir la période entre la célébration du mariage et la date de dissolution du régime, soit la date de la demande en divorce.

²⁷⁵ Le tribunal cite l'arrêt de la Cour de cassation du 15 juin 1999 (Cass., 15 juin 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1076, obs. R. BOURSEAU, *Div. Act.*, 2000, p. 8, *T. not.*, 2001, p. 260, note, *Rec. arr. cass.*, 2000, p. 312, note Th. VAN SINAY, *Rev. not. b.*, 2001, p. 738, note D. STERCKX, *Pas.*, 1999, I, p. 867) qui précise que l'inventaire doit porter sur les biens propres des époux afin de permettre de déterminer la consistance des différents patrimoines. Le tribunal fait cette référence peut-être à tort car la Cour estime qu'il faut prendre en considération les biens propres pour déterminer *la composition des patrimoines* et non *les créances antérieures au mariage*. Le raisonnement est cependant identique : il y a une interdépendance entre les patrimoines qui fonde l'extension du domaine de l'institution.

fixer les sommes que les époux peuvent revendiquer au patrimoine commun ou, au contraire, les sommes qui doivent être remboursées à ce même patrimoine en raison des transferts patrimoniaux opérés pendant le fonctionnement du régime de communauté. Et la cour de conclure « *qu'il n'a cependant jamais été question de tenir compte des enrichissements et des appauvrissements intervenus avant le mariage, c'est-à-dire avant même la création de la communauté entre époux* ». En outre, les parties n'ont pas marqué leur accord sur l'extension des compétences du notaire, ni même demandé cette extension au tribunal. Enfin, même si la mission du notaire s'étend à l'indivision post-communautaire dans la mesure où cette indivision se substitue à la communauté en raison du divorce, il n'en est pas de même pour la période antérieure au mariage.

Il va de soi qu'il ne peut être question de faire valoir des *récompenses* en raison de transferts opérés avant le mariage entre les patrimoines nécessairement propres aux époux. Or, en l'espèce, ni en général pour un compte d'indivision prémaritale, tel n'était pas le cas. Par contre, rien n'exclut que les parties puissent établir des *comptes* en raison de transferts entre leurs patrimoines avant le mariage.

B. Le 22 avril 2009, le même tribunal de première instance de Nivelles conclu cette fois au caractère non-fondée de la demande relative à la liquidation de l'indivision et à la désignation de notaire, car aucune pièce produite ne démontre l'existence d'une quelconque indivision entre les époux – époux qui avaient vécu ensemble avant de se marier (Civ. Nivelles, 22 avril 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 347 ; voy. *infra*, n° 123). Selon nous, le tribunal revient sur la position soutenue dans son précédent jugement du 16 février 2005 car il laisse une porte ouverte dans le cas où la preuve de l'indivision est rapportée.

C. Nous rapprochons ces décisions de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 18 décembre 2008 (Cass., 18 décembre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 354, *J.L.M.B.*, 2011, p. 348, *Pas.*, 2008, p. 3027). Dans cette affaire, une première procédure de liquidation-partage du régime matrimonial ayant existé entre les époux – en l'espèce une séparation de biens – était en cours devant le tribunal de première instance de Nivelles. L'ex-épouse décide en parallèle d'introduire une action sur la base d'une reconnaissance de dette qui porte une créance propre. La cour d'appel de Bruxelles fait droit à cette seconde demande et l'ex-époux se pourvoit en cassation. Il estime, notamment, qu'il y avait litispendance entre les deux procédures et que la cour d'appel ne pouvait pas statuer. Il entend dès lors faire dire à la Cour de cassation que le tribunal qui a ordonné le partage judiciaire et les notaires commis doivent nécessairement connaître de *toutes* les prétentions des époux ou ex-époux pour ce qui concerne leurs biens propres, et que les notaires ont dès lors une mission qui ne connaît pas de limites. La Cour de cassation n'est pas de cet avis et décide que lorsqu'il existe une indivision entre époux ou ex-époux séparés de biens, le juge qui ordonne le partage *peut* charger les notaires commis pour y procéder de connaître de toutes les prétentions des époux ou ex-époux pour ce qui concerne leurs biens propres, mais que le moyen qui repose sur l'affirmation que le juge qui a ordonné le partage et les notaires commis pour y procéder *doivent* nécessairement connaître de toutes ces prétentions, manque en droit.

A suivre la Cour de cassation, c'est au juge, et dès lors aux avocats lorsqu'ils formulent leurs demandes, d'être attentif dans la rédaction de la mission confiée au notaire. Afin d'éviter toutes difficultés, il est conseillé d'étendre la mission du notaire à l'ensemble de la période où les ex-époux ont opérés des transferts patrimoniaux entre eux, c'est-à-dire pendant et après le mariage, mais également avant le mariage. Il est préférable, par soucis d'économie de procédure et de centralisation des prétentions dans une seule et même demande, que le notaire liquide l'ensemble de la communauté/indivision des époux.

D. Enfin, dans son arrêt du 29 mars 2007, la cour d'appel de Bruxelles s'inspire des enseignements de Mme CASMAN²⁷⁶ et est d'avis qu'en *régime de séparation de biens*, les époux peuvent procéder définitivement à certaines opérations de liquidation-partage même avant la dissolution de leur régime matrimonial (Bruxelles, 29 mars 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008 p. 428, note J.-L. RENCHON ; *infra*, n° 110). Dans cette affaire, les époux avaient conclu une convention qui prévoyait, notamment, la cession par un des époux à l'autre de ses droits dans l'immeuble indivis du couple à titre de « récompense »²⁷⁷. Ce n'est qu'après la conclusion de cette convention que la demande en divorce est introduite. L'époux entendait toutefois faire déclarer nulle cette partie de la convention²⁷⁸ dans la mesure où la procédure en divorce introduite (fondée sur l'ancien article 232 du Code civil) est une procédure contentieuse : seule une répartition provisoire des biens aurait pu avoir été faite avant l'introduction de la procédure. L'épouse, suivie par la cour d'appel de Bruxelles, estime toutefois que c'est la nature du régime matrimonial qui importe et non le type de procédure en divorce. La cour admet donc la validité de la convention²⁷⁹.

F. D.

83. (suite) Participation aux charges du mariage

Le tribunal de première instance de Bruxelles a rendu une décision surprenante et critiquable le 15 octobre 2010 (Civ. Bruxelles, 15 octobre 2010, *Rev. not. belge*, 2011, p. 411). Le tribunal décide que : « *les comptes à faire au sujet de la participation aux charges du mariage n'ont pas leur place dans la liquidation d'un régime matrimonial* » (en l'espèce un régime de séparation de biens). Selon le tribunal, en ordonnant la liquidation-partage du régime matrimonial des époux, le jugement vise le régime matrimonial secondaire. Or la contribution aux charges du mariage est une obligation légale du régime primaire (art. 221 C. civ.). Dans l'affaire qui lui était soumise, les parties avaient détaillé dans leur contrat de mariage ce qu'elles entendaient par « charges du mariage » et s'étaient mis d'accord, toujours dans leur contrat, pour partager par moitié ces charges car chacun disposait de facultés équivalentes. Selon le tribunal, les parties sont dans un cadre légal – le mariage – de telle sorte que il n'est pas évident de décider « *a priori de se livrer à des comptes d'apothicaire pour savoir qui a payé la dernière glace des enfants ou le gâteau d'anniversaire de la belle-mère* ». En outre, s'il fallait passer en revue le quotidien des époux, après plusieurs années de vie commune, il s'en suivrait nécessairement des discussions sans fin. Le tribunal en déduit qu'il est logique que si un problème relatif à la participation aux charges du mariage survient en cours de mariage, c'est à ce moment-là que l'époux qui se dit victime doit réagir. Enfin, le tribunal ajoute que les choses sont encore

²⁷⁶ Voy. H. CASMAN, « Jurisprudence récente (1989-1996) en matière de séparation de biens », *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 499, n° 18), qui cite un jugement du tribunal de première instance de Liège du 15 juin 1992 (Civ. Liège, 15 juin 1992, *Rev. trim. dr. fam.*, 1993, p. 185).

²⁷⁷ Il s'agit bien évidemment d'une erreur de formulation de la part des époux dans la mesure où ils étaient mariés sous le régime de la séparation de biens.

²⁷⁸ Outre cette question de liquidation-partage, la convention réglait l'exercice de l'autorité parentale, le domicile de l'enfant commun et la part contributive à payer et prévoyait une renonciation à toute pension alimentaire.

²⁷⁹ Pour plus de détails sur la possibilité de céder des droits sans autorisation du tribunal, voy. *infra*, n° 110

plus complexes car les prestations en nature peuvent être assimilés à une contribution aux charges du mariage et que cela est difficilement évaluable.

Nous ne pouvons pas partager cette vision restrictive des opérations de liquidation-partage dans la mesure où nous estimons qu'il est possible, après la dissolution du mariage, de revenir sur les dépenses de la vie quotidienne et de réaliser des comptes entre ex-époux, et ce encore plus dans le cadre d'un régime de séparation pour les raisons expliquées ci-dessous (*infra*, n° 114). L'un des objectifs de la procédure de liquidation-partage du régime matrimonial est en effet de compenser les éventuels déséquilibres qui ont pu avoir lieu durant la vie commune et ce afin que l'équité soit respectée. Une surcontribution ou au contraire un déficit de contribution aux charges du mariage ouvre un droit de créance au moment de la liquidation-partage.

F. D.

84. Etendue de la mission du notaire commis pour représenter les parties défaillantes ou récalcitrantes

Dans son jugement du 21 mai 2008, le tribunal de première instance de Mons rappelle le rôle du notaire chargé de représenter les parties défaillantes ou récalcitrantes visé à l'article 1209, al. 3, du Code judiciaire. L'origine de cette institution est la volonté de vaincre l'obstruction des parties au déroulement de la procédure²⁸⁰. Quant à la mission concrète qui lui est dévolue : « *le notaire commis pour représenter les parties défaillantes ou récalcitrantes a pour mission de permettre l'avancement de la procédure dans le respect des règles de procédure mais il ne peut être exigé de ce notaire qu'il fasse le travail de leur avocat. Toutefois, même s'il n'instrumente pas, même si son devoir de conseil n'est pas en cause, le notaire commis pour représenter les parties défaillantes ou récalcitrantes demeure un notaire, spécialiste de la matière et cette qualité lui confère une certaine responsabilité ; En conséquence, en présence d'une erreur manifeste, le notaire commis doit réagir sous la forme d'un avis avisé adressé au(x) notaire(s) liquidateur(s) et à toutes les parties plutôt que sous forme d'un contredit formé au nom de la partie qu'il représente. S'il n'est pas tenu compte de cet avis, il peut signer le procès-verbal d'accord sur l'état liquidatif sans qu'un quelconque reproche ne puisse lui être adressé* » (Civ. Mons, 21 mai 2008, *Rev. not. belge*, 2008, p. 591). En l'espèce, le notaire commis pour représenter la partie défaillante a refusé de signer l'état liquidatif car la partie qu'il représentait avait manifesté son désaccord sur le projet de cet état liquidatif. Le notaire n'avait donc formulé aucune réserve quant à la régularité de la procédure. En définitive, le tribunal décide d'homologuer l'état liquidatif.

La cour d'appel de Gand a rendu un arrêt similaire (Gand, 20 septembre 2007, *T. not.*, 2008, p. 552, note L. WEYTS, *T.G.R.*, 2008, p. 336, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 954, somm., *R.A.G.B.*, 2008, p. 764, note A. RENIERS, *NjW*, 2008, p. 408, note B. WYLLEMAN ; *supra*, n° 85). Selon la cour, l'unique fonction du notaire chargé de représenter les parties défaillantes ou récalcitrantes – un mandat judiciaire – consiste à accélérer la procédure et à faire en sorte qu'elle se déroule sans

²⁸⁰ Voy. not. H. CASMAN, « La créance résultant d'un état liquidatif non approuvé ni homologué est-elle exigible au sens de l'article 1415 du Code judiciaire ? », note sous Cass., 5 septembre 1997, R.C.J.B., 2000, p. 244 ; J.-F. Taymans, « Le notaire commis pour représenter les parties défaillantes ou récalcitrante », in Les incidents du partage judiciaire. Problèmes concrets, Solutions pratiques, J.-F. Taymans et J. Van Compernolle (éds.), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 153, n° 4 ; W. Pintens, C. Declerck, J. Du Mongh et K. Vanwinckelen, Familial vermogensrecht, Anvers, Intersentia, 2010, p. 286, n° 523.

obstacle. Par conséquent, il ne peut pas formuler de dires et difficultés à l'encontre de l'état liquidatif. Il peut seulement faire acter son opposition en mentionnant les motifs en cas de lésion grave ou de manquement manifeste dans la procédure. Il ne peut donc en aucun cas refuser de signer, car il s'agit précisément de sa mission légale. Il ne doit pas veiller aux intérêts personnels des parties qui décident de ne pas intervenir lorsque des problèmes les concernent²⁸¹. Si cela devait être le cas, la partie qui décide de ne pas participer aux opérations et qui ferait le choix de ne pas se faire assister par un avocat, bénéficierait d'une plus grande protection que les parties qui n'ont pas fait ce choix.

Sans revenir en détails sur le rôle de ce notaire²⁸², nous rappelons les deux courants doctrinaux à ce sujet. Le premier estime que le notaire-représentant doit vérifier que les intérêts de la personne *défaillante* sont raisonnablement respectés et peut former, dans le cadre de ce contrôle marginal, des contredits²⁸³. Le second courant, dans lequel s'inscrit les deux décisions mentionnés ci-dessus, donne au notaire une mission plus étroite dans la mesure où il est uniquement là pour empêcher les manœuvres qui font tarder la procédure et sa tâche est dès lors de veiller au respect de la loi et de la procédure²⁸⁴.

La réforme de la procédure de liquidation-partage judiciaire supprime le notaire représentant. Cette institution serait inadaptée et l'intervention de ce notaire se serait révélée comme dépourvue d'intérêt pratique²⁸⁵. Cette suppression implique que les missions qui sont actuellement exercées par le notaire-représentant le seraient désormais par le notaire liquidateur.

²⁸¹ Dans le même sens : J.-F. TAYMANS, « Le notaire commis pour représenter les parties défaillantes ou récalcitrante », in *Les incidents du partage judiciaire. Problèmes concrets, Solutions pratiques*, J.-F. TAYMANS et J. VAN COMPERNOLLE (éds.), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 164, n° 26.

²⁸² Voy. not. Y.-H. LELEU, « Procédure de liquidation-partage. Actualité de jurisprudence », *Rev. dr. ULB*, 2003, pp. 325-332, n° 20-26 ; J.-F. TAYMANS, « Le notaire commis pour représenter les parties défaillantes ou récalcitrante », in *Les incidents du partage judiciaire. Problèmes concrets, Solutions pratiques*, J.-F. TAYMANS et J. VAN COMPERNOLLE (éds.), Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 151-165 ; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 286, n° 523.

²⁸³ Ph. DE PAGE, « Rapport complémentaire » in *Dossier C.E.L. n° 1967, Travaux du Comité d'études et de législation*, F.R.N.B. (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 198 ; Y.-H. LELEU, « Procédure de liquidation-partage. Actualité de jurisprudence », *Rev. dr. ULB*, 2003, p. 327, n° 22 ; R. BOURSEAU, « Aspects spécifiquement judiciaire », in *La pratique du partage judiciaire*, A. DELIEGE et M. FURNEMONT (éds.), Bruxelles, E. Stort-Scientia, 1987, p. 211 ; J. VAN COMPERNOLLE, « La commission du notaire par justice », in *Le notaire, le juge et l'avocat – Heurs et malheurs du notaire commis*, J. VAN COMPERNOLLE ET J.-L. LEDOUX (éds.), Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 20.

²⁸⁴ H. CASMAN, note sous Cass., 5 septembre 1997, R.C.J.B., 2000, p. 249 ; H. CASMAN et M. BLITZ, « Etat liquidatif, la sommation d'en prendre connaissance et la rédaction du procès-verbal de dires et difficultés », in *Questions pratiques liées à la procédure de liquidation-partage judiciaire*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 167 ; J.-F. TAYMANS, « Le notaire commis pour représenter les parties défaillantes ou récalcitrante », in *Les incidents du partage judiciaire. Problèmes concrets, Solutions pratiques*, J.-F. TAYMANS et J. VAN COMPERNOLLE (éds.), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 155, n° 10 ; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 288, n° 524 ; L. WEYTS, note sous Gand, 20 septembre 2007, *T. not.*, 2008, p. 558, n° 2.

²⁸⁵ Proposition de loi réformant la procédure de liquidation-partage judiciaire, *Doc. Parl.*, Sén., sess. ord., 2010-2011, n° 5-405/1, p. 6.

Le futur article 1214, § 6, du Code judiciaire prévoit que la procédure peut se poursuivre même en cas d'absence d'une ou de plusieurs parties si elles ont été régulièrement convoquées²⁸⁶.

F. D.

85. Procès-verbal des dires et difficultés. Formulation tardive des contredits. Accord des parties. Signature

Depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 6 avril 1990²⁸⁷, il n'est pas possible de formuler de nouveaux contredits pour la première fois devant le juge du fond saisi par un procès-verbal des dires et difficultés²⁸⁸. La Cour a précisé que ce principe connaît une exception lorsque les parties ont marqué leur accord pour soumettre d'autres contestations au juge. Il est admis que cet accord puisse être exprès ou tacite²⁸⁹. Ainsi, un ex-époux fait valoir, devant la cour d'appel de Bruxelles, que la finale du procès-verbal des dires et difficultés – « *sans aucune reconnaissance préjudiciable quelconque, sous réserve de tous leurs droits* » – est un accord tacite des parties qui permet dès lors de soumettre pour la première fois des contredits devant le tribunal. La cour ne suit pas cette interprétation car elle estime que cette réserve n'exprime pas un accord clair et incontestable entre les parties sur la possibilité de saisir directement le tribunal de nouvelles contestations²⁹⁰ (Bruxelles, 26 mai 2009, *T. not.*, 2009, p. 590, note C. DE BUSSCHERE).

Dans son arrêt du 30 juillet 2009, la cour d'appel de Bruxelles rappelle que les parties ne peuvent plus formuler de contredits à l'encontre d'un (deuxième) état liquidatif rédigé par le notaire instrumentant après jugement du tribunal de première instance, sauf exceptions²⁹¹ (Bruxelles, 30 juillet 2009, *T. not.*, 2010, p. 45, note T. VAN SINAY). En l'espèce, un notaire est désigné en vue de procéder à la liquidation-partage d'une succession et, préalablement, d'un régime matrimonial de communauté (voy. *supra*, n° 75). Le notaire rédige un état liquidatif dans lequel il est prévu que les intérêts des sommes consignées en son étude seront répartis entre les différentes parties en

²⁸⁶ Les parties récalcitrantes seront quant à elles assimilées aux parties défaillantes.

²⁸⁷ Cass., 6 avril 1990, *Par.*, 1990, I, p. 922, *R.W.*, 1990-91, p. 218, concl. D'HOORE, *Rev. not. belge*, 1991, p. 271, *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 29, note P. DE PAGE, *T. not.*, 1990, p. 235, note F. BOUCKAERT.

²⁸⁸ Dans le même sens : Cass., 9 mai 1997, *Arr. Cass.*, 1997, p. 531, *Par.*, 1997, I, p. 549 ; Cass., 29 novembre 2001, *R.W.*, 2001-02, p. 1533.

²⁸⁹ G. CLOSSET-MARCHAL, « Incidents postérieurs au procès-verbal de dires et difficultés », in *Les incidents du partage judiciaire. Problèmes concrets. Solutions pratiques*, J.-F. TAYMANS et J. VAN COMPERNOLLE (éds.), Bruxelles, Bruylant, 2001, p.146, n° 10 ; Y.-H. LELEU, « Procédure de liquidation-partage. Actualités de jurisprudence », *Rev. dr. ULB*, 2003, p. 337, n° 37 ; C. DE BUSSCHERE, note sous Bruxelles, 26 mai 2009, *T. not.*, 2009, p. 594.

²⁹⁰ Dans le même sens : Liège, 21 mars 2000, *Div. Act.*, 2000, p. 74.

²⁹¹ Ces exceptions sont, aux yeux de la cour d'appel de Bruxelles, (a) l'accord entre les parties, (b) la découverte par les parties de éléments dont elles n'avaient pas connaissance, et (c) dans le cas d'une rédaction par le notaire de son état liquidatif sur la base d'éléments insuffisants (carence du notaire). Dans le même sens : G. CLOSSET-MARCHAL, « Incidents postérieurs au procès-verbal de dires et difficultés », in *Les incidents du partage judiciaire. Problèmes concrets. Solutions pratiques*, J.-F. TAYMANS et J. VAN COMPERNOLLE (éds.), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 146, n° 9 et s. T. VAN SINAY ajoute comme quatrième exception l'objection qui touche à l'ordre public sans donner plus de précision à son sujet. Voy. T. VAN SINAY, « *Zwarigheden na een tweede staat van vereffening-verdeling – uitvoering van een gehomologeerde staat van vereffeninf-verdeling* », *T. not.*, 2010, p. 52, n° 4.

proportion des sommes qui leur reviennent respectivement. Un procès-verbal de dires et difficultés est rédigé, mais aucun contredit ne concerne le poste « intérêts ». Le tribunal de première instance décide d'homologuer l'état liquidatif, sous réserve de quelques points qui devront faire l'objet d'adaptation par le notaire. Le dossier est renvoyé à ce dernier qui s'attelle à la rédaction d'un second état liquidatif. Une des parties tente de revenir sur la répartition des intérêts.

La cour le refuse : la question des intérêts a été définitivement tranchée par le jugement d'homologation, qui est couvert de l'autorité de chose jugée car il n'a pas fait ni l'objet d'un recours, ni l'objet d'une réserve dans ce même jugement²⁹². Si les parties voulaient contester ce poste des intérêts, elles auraient dû le faire lors du premier procès-verbal des dires et difficultés. Dans sa note sous l'arrêt, T. VAN SINAY précise qu'il est toutefois possible de faire valoir de nouveaux contredits dans un second procès-verbal de dires et difficultés lorsque le notaire instrumentant *n'a pas respecté les directives données par le tribunal* à l'occasion d'un premier procès-verbal de dires et difficultés (dans le même sens : Gand, 30 octobre 2008, R.G.D.C., 2011, p. 10, note D. COTTENIE).

La cour d'appel de Mons a rappelé que, depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 6 avril 1990, le notaire instrumentant doit attirer l'attention des parties sur cette exigence de formuler l'ensemble de leurs contredits devant lui à peine de déchéance²⁹³ (Mons, 17 juin 2008, *Rev. not. belge*, 2009, p. 364). Si cela n'a pas été le cas, selon la cour, les droits de la défense n'ont pas été respectés et, dès lors, il n'y a pas de forclusion à formuler pour la première fois, devant le tribunal de première instance, des contredits à l'encontre de l'état liquidatif²⁹⁴. Dans le cas qui lui est soumis, la cour est d'avis que le notaire n'a pas attiré l'attention des parties sur cette règle et que dès lors le tribunal était régulièrement saisi des contredits formulés pour la première fois devant lui.

Enfin, selon la cour d'appel de Gand, dans l'arrêt du 20 septembre 2007 déjà commenté (Gand, 20 septembre 2007, *T. not.*, 2008, p. 552, note L. WEYTS, *T.G.R.*, 2008, p. 336, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 954, somm., *R.A.G.B.*, 2008, p. 764, note A. RENIERS, *NjW*, 2008, p. 408, note B. WYLLEMAN ; *supra*, n° 84), les parties doivent être présentes ou dûment représentées (par un avocat notamment) si elles veulent que le procès-verbal des dires et difficultés soit dressé. Le notaire ne peut donc pas accepter les contredits simplement formulés dans une lettre, sans que la partie qui les forme soit présente ou représentée²⁹⁵. En outre, la cour de Gand estime que lorsque

²⁹² Le tribunal a en effet décidé d'homologuer l'état liquidatif sous réserve de certaines adaptations. Or la pratique est que le tribunal soit homologue l'état liquidatif, soit ne l'homologue pas et renvoie le dossier au notaire pour qu'il modifie son état. Voy. T. VAN SINAY, « Zwarigheden na een tweede staat van vereffening-verdeling – uitvoering van een gehomologeerde staat van vereffeninf-verdeling », *T. not.*, 2010, p. 51, n° 3.

²⁹³ P. DE PAGE, « Le procès-verbal intermédiaire de difficultés », in *Les incidents du partage judiciaire. Problèmes concrets. Solutions pratiques*, J.-F. TAYMANS et J. VAN COMPERNOLLE (éds.), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 131, n° 8.

²⁹⁴ G. CLOSSET-MARCHAL, « Incidents postérieurs au procès-verbal de dires et difficultés », in *Les incidents du partage judiciaire. Problèmes concrets. Solutions pratiques*, J.-F. TAYMANS et J. VAN COMPERNOLLE (éds.), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 147, n° 11.

²⁹⁵ Voy. D. STERCKX, « Le notaire commis et les avocats », in *Le notaire, le juge et l'avocat – Heurs et malheurs du notaire commis*, J. VAN COMPERNOLLE ET J.-L. LEDOUX (éds.), Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 115, n° 37 qui estime pour sa part que la forme sous laquelle les parties expriment leurs dires et contredits est en principe sans intérêt (dans le même sens : G. CLOSSET-MARCHAL, « Incidents postérieurs au procès-verbal de dires et difficultés », in *Les incidents du partage judiciaire. Problèmes concrets. Solutions pratiques*, J.-F. TAYMANS et J. VAN COMPERNOLLE (éds.), Bruxelles,

le notaire représentant décide de ne pas signer l'état liquidatif, mais que le notaire commis a déposé au greffe l'état liquidatif et le procès-verbal des dires et difficultés, le tribunal (ou la cour) est valablement saisi des dires et difficultés et doit par conséquent statuer à ce sujet.

Sur cette dernière question de la signature, la Cour de cassation estime qu'en vertu des articles 1219, § 2, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire et 14, alinéa 1^{er}, de la loi du 16 mars 1803 contenant l'organisation du notariat, le notaire commis doit convoquer les parties à être présentes lors de la rédaction du procès-verbal des dires et difficultés et ainsi les inviter à signer ce procès-verbal (Cass., 24 juin 2010, *RABG*, 2011, p. 384, note A. RENIERS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 531, somm., *R.W.*, 2010-11, p. 1520). En cas d'absence des parties, c'est le notaire commis pour représenter les parties défaillantes ou récalcitrantes qui signera le procès-verbal. La Cour de cassation précise enfin que le dossier doit être renvoyé chez le notaire pour être régularisé lorsque le procès-verbal n'est ni signé par les parties, ni par le notaire commis pour représenter les parties défaillantes ou récalcitrantes. Avec cette précision, la Cour de cassation contredit la position soutenue par la cour d'appel de Gand dans son arrêt du 20 septembre 2007 qui juge pour sa part que le magistrat est valablement saisi même si le procès-verbal n'est pas signé par les parties ou par le notaire représentant les parties défaillantes ou récalcitrantes.

F. D.

86. Procès-verbal intermédiaire des dires et difficultés. Pouvoirs respectifs du notaire et du juge

Depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 5 novembre 1993²⁹⁶, un notaire peut décider de saisir le tribunal par le biais d'un procès-verbal intermédiaire de dires et difficultés afin de trancher une question préalable à l'établissement d'un état liquidatif, bien que cette technique ne soit pas (encore²⁹⁷) prévue légalement.

Dans son arrêt du 5 février 2009, la cour d'appel de Gand rappelle que lorsqu'un notaire instrumentant décide de saisir le tribunal par un procès-verbal intermédiaire de dires et difficultés,

Braylant, 2001, p. 143, n° 3) car les parties doivent être présentes ou représentées. L'auteur souligne en outre qu'il est constant qu'en matière de partage, des contredits ne peuvent pas être formés par lettre ou exploit d'huissier (dans le même sens : J.-F. TAYMANS, « Le notaire commis pour représenter les parties défaillantes ou récalcitrantes », in *Les incidents du partage judiciaire. Problèmes concrets. Solutions pratiques*, J.-F. TAYMANS et J. VAN COMPERNOLLE (éds.), Bruxelles, Braylant, 2001, p. 163, n° 24). Sur cette question, voy également H. CASMAN et M. BLITZ, « Etat liquidatif, la sommation d'en prendre connaissance et la rédaction du procès-verbal de dires et difficultés », in *Questions pratiques liées à la procédure de liquidation-partage judiciaire*, Bruxelles, Braylant, 2008, p. 163.

²⁹⁶ Cass., 5 novembre 1993, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 132, note Ph. DE PAGE, *Pas.*, 1993, I, p. 448, *Arr. Cass.*, 1993-1994, p. 926, *R.W.*, 1993-94, p. 956, *Chron. Dr. not.*, I, 1995, p. 172, n° 20, *T. not.*, 1995, p. 47, note, *R. cass.*, 1994, p. 31. Pour une analyse plus poussée de cet arrêt, voy. Ph. DE PAGE, « Le procès-verbal intermédiaire de difficultés », in *Les incidents du partage judiciaire. Problèmes concrets. Solutions pratiques*, J.-F. TAYMANS et J. VAN COMPERNOLLE (éds.), Bruxelles, Braylant, 2001, pp. 125-140.

²⁹⁷ Notons que la réforme de la procédure de liquidation-partage judiciaire prévoit l'instauration d'un nouvel article 1216 du Code judiciaire qui concrétise légalement le recours à ce procédé. Voy. Loi du 13 août 2011 réformant la procédure de liquidation-partage judiciaire, *M.B.*, 14 septembre 2011, p. 59.603

il doit également joindre son avis personnel et motivé, tant en fait qu'en droit (Gand, 5 février 2009, R.A.B.G., 2010, p. 773, note A. RENIERS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 246, somm.).

La cour décide d'analyser le rôle respectif du notaire et du juge. Ainsi, dans le cadre d'une procédure de liquidation-partage, le notaire a une mission particulière dans la mesure où il n'agit pas en tant que conseil des parties mais en tant que mandataire de justice et c'est lui, et non le tribunal, qui est chargé de partager le régime (dans le même sens : Bruxelles, 15 décembre 2009, R.W., 2010-2011, p. 427, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 242, somm., *T. not.*, 2011, p. 47). Les difficultés doivent dès lors théoriquement être tranchées par le notaire. Le rôle du tribunal est ainsi limité à homologuer l'état liquidatif établi par le notaire ou bien à indiquer comment et dans quelle mesure cet état doit éventuellement être modifié. Bien évidemment, le notaire doit en premier lieu tenter de concilier les parties²⁹⁸. Lorsqu'une telle conciliation n'est pas possible, le notaire interviendra en tant que « *premier juge* » et il devra prendre une position fondée en fait et en droit²⁹⁹. Ce n'est que quand le notaire se trouve face à des difficultés qui empêchent la poursuite de la procédure sans l'intervention du juge – il s'agit d'une question de fait relevant de l'appréciation du notaire, sous le contrôle du tribunal (dans le même sens : Anvers, 19 décembre 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 424, somm., *T. not.*, 2009, p. 144. Voy. également, Civ. Malines, 12 mars 2008, R.W., 2008-09, p. 1056, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 426, somm., *T. not.*, 2009, p. 138) – que le tribunal interviendra pour résoudre, en cours d'opérations, ces difficultés. Dans ce cas toutefois, le procès-verbal qui saisit le tribunal doit être accompagné d'un avis du notaire sur les difficultés qui doivent être tranchées. Dans l'affaire qui lui était soumise, la cour constate que cet avis était insuffisant car il n'expliquait pas en quoi, d'une part, le blocage rendait impossible la poursuite des opérations sans la saisine préalable du tribunal et, d'autre part, les circonstances qui justifient l'intervention même du tribunal. La cour décide donc de renvoyer le dossier chez le notaire afin qu'il puisse régulariser la procédure.

²⁹⁸ Voy. dans le même sens Bruxelles, 15 décembre 2009, R.W., 2010-11, p. 427, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 242, somm., *T. not.*, 2011, p. 47, qui estime qu'en plus du devoir légal d'informer les parties quant à leurs droits et obligations, le notaire a également une mission de conciliation qui lui impose de tenter de concilier les parties à chaque stade de la procédure et d'ainsi essayer d'obtenir un accord complet ou partiel.

²⁹⁹ Voy. également Anvers, 14 janvier 2008, R.A.B.G., 2008, p. 757, qui précise en outre que lorsqu'un notaire est désigné dans le cadre d'une liquidation judiciaire, ce notaire a la possibilité, de par la loi elle-même, de réaliser un inventaire. Il n'est par conséquent pas requis que le jugement qui le désigne prévoit expressément cette possibilité pour lui de réaliser un inventaire. La doctrine souligne toutefois l'importance de l'inventaire dans le cadre d'une procédure de liquidation-partage. Voy. J.-L. RENCHON, « Devoirs et pouvoirs du notaires commis aux fins de la poursuite des opérations », in *Les incidents du partage judiciaire. Problèmes concrets. Solutions pratiques*, J.-F. TAYMANS et J. VAN COMPERNOLLE (éds.), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 49 et s., n° 17 et s. ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 170, n° 148 ; Ch. AUGHUET et P. NICHAISE, « Questions pratiques liées à l'inventaire », in *Questions pratiques liées à la procédure de liquidation-partage judiciaire*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 74 et.

Dans la note sous cet arrêt, A. RENIERS conclut que l'arrêt est compréhensif lorsque la Cour conclut qu'il est nécessaire que le tribunal soit parfaitement éclairé en cas de saisine, tout en affirmant que le notaire doit conserver son pouvoir d'appréciation quant à la nécessité de saisir ou non ce tribunal³⁰⁰.

F. D.

87. Date de l'évaluation

Pour la composition des lots revenant à chaque époux, la valeur patrimoniale des biens à partager doit, selon les principes du droit des régimes matrimoniaux, qui renvoie à cet effet au droit commun des successions (art. 1430, al. 4, C.civ.), être estimée au jour du partage, ce que confirme la Cour de cassation dans un arrêt du 12 septembre 2008, rendu concernant l'évaluation de parts sociales³⁰¹ (Cass., 12 septembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 1931 ; R.A.B.G., 2009, p. 822, note M. BAX, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1285 (somm.)).

Cette règle pose toutefois des difficultés pratiques en ce qui concerne notamment l'évaluation de la valeur vénale et locative des immeubles à partager dès lors que bien souvent ces évaluations sont réalisées, le cas échéant en ayant recours à un expert, au début ou en cours de négociations sur la liquidation-partage et donc parfois bien avant le jour du partage. Une évaluation « au jour du partage » paraît en effet matériellement impossible dès lors qu'elle suppose que le même jour, l'évaluation ait lieu, le notaire dresse son état liquidatif et que celui-ci soit approuvé soit par les parties, soit par le juge.

C'est à cette difficulté qu'est confrontée la cour d'appel de Bruxelles dans son arrêt du 20 décembre 2007 (Bruxelles, 20 décembre 2007, *NjW*, 2008, p. 451, note G. VERSCHELDEN). Cette cour tente d'y apporter une solution pragmatique ce qui doit selon nous être encouragé.

En effet, la cour estime que pour mettre un terme aux contestations relatives à la valeur vénale et à la valeur locative d'un complexe immobilier à reprendre par un ex-conjoint, il est raisonnable,

³⁰⁰ A. RENIERS, « Gerechtelijke vereffening en verdeling – Tussengeschillen », R.A.B.G., 2010, p. 779. Dans le même sens : Ph. DE PAGE, « Le procès-verbal intermédiaire de difficultés », in *Les incidents du partage judiciaire. Problèmes concrets. Solutions pratiques*, J.-F. TAYMANS et J. VAN COPERNOLLE (éds.), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 131, n° 7 et s. ; V. DEHOUX, « Le procès-verbal intermédiaire des dires et difficultés », in *Questions pratiques liées à la procédure de liquidation-partage judiciaire*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 138.

³⁰¹ Notons toutefois que s'agissant précisément de l'évaluation de parts et actions de société, afin de tenir compte des avatars liés à leur gestion par un seul époux durant l'indivision post-communautaire, la cour d'appel de Liège (Liège, 22 février 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 105 ; Liège, 8 décembre 2004, *Div. Act.*, 2005, p. 76, *Div. Act.*, 2006, p. 11), si elle confirme le principe de l'évaluation des biens indivis au jour du partage, tempère sa rigueur en considérant que cette évaluation doit être réalisée en considération de leur état au jour de la naissance de l'indivision post-communautaire, les fluctuations normales – et elles seules – survenues jusqu'au jour du partage faisant perte ou profit pour l'indivision. Pour déterminer l'état des actions, la cour préconise un examen en fait des accroissements dus à des opérations nouvelles commencées après la naissance de l'indivision post-communautaire, et invite à isoler la plus-value principalement due au travail de l'associé de celle due au contexte économique ou fortuite. Lorsque cet examen révèle que les fluctuations de valeur sont la conséquence d'actes de gestion dépassant une gestion conservatoire des avoirs indivis, une indemnisation doit être accordée au gestionnaire en cas d'accroissement ou de profit. Pour un commentaire : M. Demaret, « La liquidation et le partage du régime matrimonial », in *Chron. not.*, Y.-H. Leleu (éd.), Bruxelles, Larcier, 2008, vol. 48, p. 228, n° 72.

eu égard à la durée de la procédure, d'apporter une solution qui ne doive pas aboutir à une nouvelle estimation, d'autant qu'une nouvelle évaluation pourrait à son tour être « dépassée » compte tenu du temps pouvant encore s'écouler après celle-ci avant que le notaire ait réalisé un état liquidatif qui sera approuvé soit par les parties, soit par le juge.

La cour préconise dès lors de retenir l'évaluation antérieurement réalisée, évaluation fondée sur un rapport d'expertise qui a été établi contradictoirement, mais d'y appliquer un correctif selon lequel court sur la valeur vénale depuis la dissolution de la communauté matrimoniale un intérêt au taux légal qui couvre tant la plus-value future des immeubles que leurs revenus virtuels, ce afin de tenir compte de l'évolution du marché de l'immobilier.

Si la solution consistant à partir de l'évaluation contradictoire précédemment réalisée tout en lui appliquant un correctif permettant de tenir compte de l'évolution du marché immobilier doit selon nous être approuvée pour son pragmatisme, le correctif appliqué en l'espèce par la cour nous paraît par contre peu judicieux. En effet, tout d'abord, faire courir un intérêt au taux légal sur la valeur vénale de l'immeuble telle qu'elle ressort de l'évaluation précédemment réalisée ne permet pas de refléter correctement l'évolution du marché immobilier ; ensuite rien ne justifie que cet intérêt court à dater de la dissolution de la communauté matrimoniale, plutôt qu'à dater du jour de l'évaluation prise pour base de départ.

Il nous a paru plus judicieux car reflétant plus justement l'évolution du marché immobilier, d'indexer la valeur locative déterminée lors de l'évaluation au même titre qu'est indexé tout loyer donc en se référant à l'indice santé ; et d'indexer la valeur vénale de l'immeuble en se référant à l'index ABEX (Association Belge de Experts), qui indique l'évolution du coût de la construction d'habitations et de logements privés, comme le fait d'ailleurs cette même cour dans un arrêt du 11 janvier 2011 (Bruxelles, 11 janvier 2011, *T. not.*, 2011, p. 215)³⁰².

S. L.

88. Vente de l'immeuble

La cour d'appel de Bruxelles a précisé le caractère commodément partageable de biens dont la vente peut être ordonnée par le tribunal (Bruxelles, 14 décembre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1271, note J.-L. RENCHON). Ainsi, elle rappelle que la Cour de cassation a jugé que les mots « commodément partageable » de l'article 1211 du Code judiciaire visent l'impossibilité matérielle d'un partage, ainsi que toute autre circonstance de fait pouvant contribuer à cette absence de commodité, en particulier l'état de l'indivision au moment de la formation des lots³⁰³. Cette même Cour a en outre décidé que la décision de mise en vente ne pouvait être prise qu'à l'issue des opérations de liquidation³⁰⁴. Et la cour d'appel d'en déduire, à juste titre selon nous³⁰⁵, le partage

³⁰² Egalement en faveur d'une indexation : J. DU MONGH, Ch. DECLERCK, « Secundair huwelijksvermogensstelsel », in *Patrimonium* 2009, W. PINTENS, J. DU MONGH, Ch. DECLERCK (éds.), Anvers-Oxford, Intersentia, 2009, p. 42, n° 70. En ce sens également : Cass. fr., 25 juin 2008, Bull. civ., I, n°183 et le commentaire de M. Grimaldi in « Chroniques. Successions et libéralités », *Rev. trim. dr. civ.*, 2009, p. 153-154, n°4.

³⁰³ Cass., 12 juin 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 906

³⁰⁴ Cass., 22 juin 1998, *Larcier Cass.*, 1998, p. 228.

³⁰⁵ Dans le même sens : Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 208, n° 179.

en nature étant la règle³⁰⁶, que c'est à la lumière de l'état liquidatif que la décision de licitation de l'immeuble devra être prise³⁰⁷. En l'espèce, la décision de licitation est prématurée dans la mesure où, même si l'immeuble ne semble pas commodément partageable, il ne peut pas être conclu qu'il ne pourrait entrer dans le lot attribué en définitive à l'un des ex-époux, en raison notamment des comptes à réaliser (dans le même sens : Mons, 15 janvier 2008, *Rev. not. belge*, 2008, obs. L. STERCKX).

Dans la note sous cette décision, M. RENCHON approuve mais précise que les parties étaient mariées sous le régime de la communauté universelle et que dès lors, il fort probable que les opérations de liquidation-partage ne fassent pas apparaître qu'une des parties aurait plus de droits que l'autre, ce qui permettrait à la première de se voir attribuer l'immeuble dans son lot. En effet, dans un tel régime, il y a parfois une absence de compte entre ex-époux à opérer dans la mesure où ces derniers ont décidé de faire entrer la plupart de leurs biens dans la communauté et qu'il y a donc peu de transferts durant le mariage entre les différents patrimoines en présence (un commun et deux propres)³⁰⁸.

F. D.

89. Désignation d'un expert

Dans son arrêt du 19 décembre 2007, la cour d'appel d'Anvers estime que le notaire a les compétences requises pour évaluer la valeur d'un immeuble en raison de sa familiarité avec le marché immobilier. Il est toutefois évident que le notaire peut, s'il le juge opportun, se faire assister par un expert de son choix. Il n'est donc pas nécessaire d'interrompre la procédure de liquidation-partage pour simplement demander au tribunal la désignation d'un expert³⁰⁹ (Anvers, 19 décembre 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 424, somm., *T. not.*, 2009, p. 144 ; *supra*, n° 86).

La cour d'appel de Bruxelles précise pour sa part que le champ d'application de la loi du 15 mai 2007 concerne uniquement les experts désignés directement par un tribunal et ne vise pas les experts désignés par le notaire lui-même dans le cadre d'un inventaire ou d'une liquidation-partage judiciaire. Ces derniers experts assistent en effet le notaire et non le juge et les parties (Bruxelles, 9 novembre 2010, *T. not.*, 2011, p. 145).

F. D.

³⁰⁶ W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 280, n° 513 ; J.-L. LEDOUX, « La vente des immeubles indivis », in *Les incidents du partage judiciaire. Problèmes concrets. Solutions pratiques*, J.-F. TAYMANS et J. VAN COMPERNOLLE (éds.), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 105, n° 4.

³⁰⁷ Voy. Liège, 2 décembre 2003, *Rev. not. belge*, 2004, p. 140, *J.L.M.B.*, 2005, p. 757, somm. ; J.-F. LEDOUX, « La vente des immeubles indivis », *Ann. dr. Louvain*, 2000, p. 378 et s.

³⁰⁸ J.-L. RENCHON, note sous Bruxelles, 14 décembre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1274.

³⁰⁹ Pour plus de détails sur le rôle de l'expert dans le cadre d'une procédure de liquidation-partage, voy. not. V. DEHALLEUX, « Le notaire, l'avocat et l'expert au cœur de la liquidation-partage judiciaire », *J.T.*, 2007, p. 693 ; P. DECRUYENAERE, « Estimation et expertise immobilière », *Notarius*, 2009, p. 49.

Chapitre 3.

Les conventions matrimoniales

Section 1. Autonomie des volontés

90. Principe de cohérence. Clause stipulant le règlement des récompenses ou comptes au jour le jour

A côté des restrictions légales à l'autonomie contractuelle des époux, la doctrine³¹⁰ a dégagé un principe de cohérence du régime matrimonial. Ce principe implique que les dispositions du contrat de mariage respectent les règles essentielles du régime de base – communautaire ou séparatiste – choisi par les époux³¹¹.

Beaucoup de contrats de mariage contiennent une clause en vertu de laquelle « À défaut de comptes écrits, les époux seront présumés avoir réglé entre eux, au jour le jour, les comptes qu'ils peuvent se devoir (...) ».

Dans un arrêt du 17 septembre 2007³¹², la Cour de cassation a rappelé que sont essentiels, *en régime de communauté*, l'existence de trois patrimoines et le mécanisme des récompenses. La Cour autorise les époux à régler, dans leur contrat de mariage, les modalités de preuve du droit à récompense et à prévoir que les comptes de récompenses sont, à défaut d'écrit, présumés établis au jour le jour ; elle exige néanmoins que cette présomption demeure *réfragable*.

D'après la doctrine, bien que cet arrêt ait été rendu en matière de communauté de biens, il est permis de lui attribuer une portée plus générale, par identité des motifs invoqués par la Cour de cassation à propos de la présomption de règlement au jour le jour des récompenses³¹³.

L'enseignement de cet arrêt est donc transposable aux *régimes séparatistes*³¹⁴.

³¹⁰ Voy. C. PARIS, « L'autonomie de la volonté », in « Les régimes matrimoniaux. 2. Contrat de mariage et modification du régime matrimonial », L. RAUCENT et Y.-H. LELEU (éds.), *Rép. Not.*, t. V., l. II, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 57, n° 471 et s.

³¹¹ Voy. M. DEMARET, « Le droit patrimonial du couple. Les régimes matrimoniaux », *Chron. Not.*, vol. 42, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 168, n° 59 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 59, n° 56 ; A. NOTTET, « Le droit patrimonial des couples », *Chron. Not.*, vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 230, n° 74.

³¹² Cass., 17 septembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 1523, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 562 (somm.), note et p. 1300, *NjW*, 2007, p. 797, note G. DE MAESENEIRE, *R.W.*, 2007-08, p. 534, note J. DU MONGH et Ch. DECLERCK, *T. fam.*, 2008, p. 72, note K. BOONE. Voy. aussi le commentaire de A. NOTTET, in *Chron. Not.*, vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 231, n° 74.

³¹³ Ph. DE PAGE, « Le compte des récompenses et son aléatoire règlement conventionnel », *Patrimonium*, 2009, in W. PINTENS, J. DU MONGH ET Ch. DECLERCK (éds.), Anvers, Intersentia, p. 209 et s., et « La séparation des biens – Jurisprudences récentes », in *La liquidation-partage*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 213, n° 10 ; Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage : entre conventions et controverses », in *Le défi du notaire*, 2011, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 76, n° 5 ; A. NOTTET, « Le droit patrimonial des couples », *Chron. Not.*, vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 231, n° 74.

³¹⁴ Ph. DE PAGE propose même d'inverser le raisonnement de la manière suivante : les époux doivent toujours avoir la possibilité de livrer la preuve contraire à la présomption de règlement de compte, c'est-à-dire l'existence d'un

Un couple marié sous le régime de la séparation de biens pure et simple décide de divorcer. Dans le cadre des opérations de liquidation, un litige survient relativement aux éventuels comptes à réaliser entre les époux pour la période du mariage. Monsieur affirme être titulaire d'une créance à l'encontre de Madame, qui lui oppose l'article 6 du contrat de mariage ; cette disposition prévoit classiquement qu' « À défaut de comptes écrits, les époux seront présumés avoir réglé entre eux, au jour le jour, les comptes qu'ils peuvent se devoir (...) »³¹⁵. Dès lors, selon l'épouse, aucun compte ne doit être effectué.

La cour d'appel de Mons (Mons, 8 juin 2010, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 15, note, *Rev. not. b.*, 2011, p. 352, note F. DEGUEL) rappelle que la présomption contenue dans l'article 6 du contrat de mariage est réfragable. Toutefois, précise-t-elle, la preuve contraire ne peut être rapportée que *par écrit*, comme le prescrit cette disposition. Or, en l'espèce, l'époux ne fait état d'aucun écrit révélant l'existence d'un compte non réglé entre les conjoints et susceptible de fonder juridiquement sa créance.

Cette jurisprudence, qui applique à la lettre la présomption de l'article 6 du contrat de mariage, nous semble éminemment sujette à caution. La réalité dans le vécu des couples est que les époux se réservent rarement une preuve écrite des comptes à opérer entre eux. L'exigence d'un écrit reviendrait donc, *de facto*, à rendre la présomption de comptes *irréfragable*. A moins que les époux aient été parfaitement informés de cette possible conséquence de leur clause, cette situation, qui heurterait l'équité, serait également en contradiction avec les enseignements de l'arrêt de la Cour de cassation du 17 septembre 2007.

La jurisprudence montoise nous paraît dès lors restrictive et critiquable. La cour d'appel de Liège adopte d'ailleurs une position opposée, puisqu'elle considère que les présomptions de comptes entre époux ne s'appliquent qu'à défaut de preuve contraire³¹⁶.

Ajoutons encore qu'en l'espèce, seule la théorie de l'enrichissement sans cause pouvait, peut-être, venir en aide au mari qui ne peut prouver par écrit l'existence d'une créance issue d'un compte entre époux. La cour d'appel de Mons a néanmoins aussi rejeté cet argument, dans un raisonnement commenté et critiqué ci-après (n° 91).

L. R.

91. (suite). Enrichissement sans cause

Dans son arrêt précité du 8 juin 2010, la cour d'appel de Mons (Mons, 8 juin 2010, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 15, *Rev. not. belge*, 2011, p. 352, note F. DEGUEL, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, à paraître, note N. BAUGNIET), trouve dans la clause de règlement une « cause » à l'appauvrissement de l'époux qui se prétendait créancier, cause qui rend non fondée l'action basée sur la théorie de

compte entre eux, à moins d'avoir établi un écrit renversant cette présomption. Dans le même sens, voy. : F. DEGUEL, « Les (clauses relatives aux) comptes entre ex-époux séparés de biens et l'enrichissement sans cause », note sous Mons, 8 juin 2010, *Rev. not. b.*, 2011, p. 363, n° 6.

³¹⁵ Voy. M. GREGOIRE, « Formulaire commenté des régimes matrimoniaux », *Rép. Not.*, t. V, l. III, 1980, p. 107, n° 125, formule 64.

³¹⁶ Liège, 16 janvier 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1744, R.G.D.C., 2004, p. 325, note N. TORFS.

l'enrichissement sans cause (voy. *infra*, n° 114). En effet, selon la cour, la clause précise qu'à défaut d'écrit, les comptes sont présumés avoir été réglé au jour le jour. Selon elle, l'*actio de in rem verso* ne peut dès lors pas être invoquée pour contrecarrer les termes du contrat de mariage voulu par les époux.

Dans la note qui suit cet arrêt, nous critiquons l'interprétation ainsi donnée à cette clause en ce qu'elle rend impossible la preuve que le règlement de comptes ne s'est pas fait au jour le jour³¹⁷. Selon nous, il doit toujours être possible de démontrer qu'un décompte doit être réalisé à la dissolution du régime matrimonial en raison, par exemple, d'investissements réalisés dans un immeuble, sauf si les époux ont convenu, de manière expresse et écrite, qu'aucun décompte ne pourra être établi au sujet de cet immeuble³¹⁸.

Afin de réduire autant que se peut les problèmes d'interprétation et donc d'insécurité juridique que toute interprétation peut engendrer, nous suggérons une réécriture de l'article 6 du contrat type de séparation de biens³¹⁹ :

« Les époux sont présumés avoir réglé entre eux, au jour le jour, les comptes qu'ils peuvent se devoir, y compris ceux relatifs aux charges du mariage et ceux relatifs à la rémunération du travail familial, ménager ou social de chacun d'eux. Le partage des économies intervenu en cours de mariage ainsi que la fixation des droits de chaque époux lors d'acquisition en indivision sont présumés avoir été réalisés en règlement des comptes que les époux peuvent se devoir.

Toutefois, la preuve contraire peut être rapportée, par toutes voies de droit, par l'époux qui se prétend être créancier d'un compte vis-à-vis de l'autre, sauf si cet époux ou les deux époux ont établi, par écrit, qu'aucune restitution quant à l'objet de ce compte ne pourra avoir lieu ».

Signalons enfin que l'époux créancier d'un compte, outre la preuve des transferts patrimoniaux opérés pendant le mariage, doit également prouver que ces transferts n'ont pas de cause (voy. *infra* n° 114).

F. D.

92. Clause qui porte atteinte au droit successoral légal

Par contrat de mariage signé en 1958, des époux mariés sous le régime de l'ancienne communauté universelle ont prévu qu' « à défaut de descendance, le conjoint survivant ne pourra jouir de l'usufruit légal sur la succession de l'époux précédent ». Aucun enfant n'est issu du mariage des

³¹⁷ Pour plus de détails, voy. F. DEGUEI, « Les (clauses relatives aux) comptes entre ex-époux séparés de biens et l'enrichissement sans cause », *Rev. not. belge*, 2011, p. 356.

³¹⁸ Dans le même sens : Ph. DE PAGE, « Le compte des récompenses et son aléatoire règlement conventionnel », in *Patrimonium 2009*, W. PINTENS, J. DU MONGH et C. DECLERCK (éds.), Anvers, Intersentia, 2009, p. 217, n° 12 et « La séparation de biens – Jurisprudences récentes », in *La liquidation-partage*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 215. Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage: entre conventions et controverses », in *Le défi du notaire*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 82, n° 11. Il est également possible pour les époux de prévoir dans un écrit qu'un décompte devra au contraire être réalisé.

³¹⁹ Voy. Ph. DE PAGE, « La séparation de biens – Jurisprudences récentes », in *La liquidation-partage*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 225, qui propose également une variante à la clause type du contrat de séparation de biens.

parties ; le mari disparaît le premier ; le frère et la sœur du défunt, qui font valoir leurs droits dans la succession, se heurtent à la veuve, qui leur oppose ses droits successoraux légaux.

Saisi du litige, le tribunal civil de Bruxelles (Civ. Bruxelles, 12 novembre 1990, R.G.D.C., 1991, p. 398) examine la légalité de la clause du contrat de mariage qui prive le conjoint survivant de ses prérogatives successorales. Il considère que cette clause est un pacte sur succession future prohibé puisqu'elle prévoit, avant même l'ouverture de la succession, que le conjoint survivant ne pourra pas faire valoir ses droits dans la succession de l'époux précédent. Cette clause est par conséquent nulle, de nullité absolue (article 1130, alinéa 2, du Code civil) et ne fait pas obstacle aux revendications de la veuve.

De prime abord, ce jugement peut étonner : confronté à un contrat de mariage rédigé en 1958, le juge ne fait aucune allusion au droit ancien des régimes matrimoniaux, pas plus qu'aux dispositions transitoires de la loi du 14 juillet 1976.

Le raisonnement du tribunal civil de Bruxelles nous paraît toutefois parfaitement logique. Il est en effet indéniable que la clause litigieuse du contrat de mariage est constitutive d'un pacte successoral prohibé par l'article 1130, alinéa 2, de notre Code civil³²⁰. Elle doit donc être déclarée nulle, de nullité absolue, quelle que soit sa validité au regard du droit des régimes matrimoniaux³²¹.

Ce jugement nous donne l'occasion de rappeler que si les dispositions d'un contrat de mariage doivent principalement respecter les restrictions à l'autonomie des volontés posées par le droit des régimes matrimoniaux, elles sont également soumises aux autres dispositions légales applicables en matière contractuelle.

L. R.

93. Forme

Le contrat de mariage est un acte authentique (article 1392 du Code civil). Il s'agit là d'une condition de validité des conventions matrimoniales, et non seulement d'un formalisme probatoire.

Le notaire ne pouvant en principe instruiter qu'à l'intérieur de son ressort (art. 6, 1^o et 5, §2, de la loi organique du notariat)³²², l'acte qu'il reçoit hors de sa juridiction, en dehors des cas prévus par la loi, n'est pas un acte authentique. Par conséquent, un contrat de mariage constaté dans un tel acte est nul, de nullité absolue.

³²⁰ Cette disposition légale est inscrite dans notre Code civil depuis 1804 ; son application ne pose donc aucune difficulté d'ordre transitoire.

³²¹ Un détour par le droit des régimes matrimoniaux aurait mené à la même conclusion, au terme du raisonnement suivant. En vertu des règles de droit transitoire contenues dans la loi du 14 juillet 1976, certaines dispositions de la loi nouvelle sont applicables immédiatement – c'est-à-dire dès la date d'entrée en vigueur de la loi du 14 juillet 1976, soit le 28 septembre 1976 – à tous les contrat de mariage conclu antérieurement. Tel est le cas, notamment, de l'article 1388 du Code civil, en vertu duquel « Les époux ne peuvent déroger aux règles (...) déterminant l'ordre légal des successions » (voy. à ce sujet Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylants, 2008, p. 56, n° 54).

³²² Voy. par exemple Civ. Bruges, 16 mars 2007, *NjW*, 2008, p. 698, note.

Ces principes sont pertinemment rappelés dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Gand (Gand, 19 juin 2008, *NjW*, 2008, p. 696, note B.W.). Cette juridiction rappelle également que l'article 114 de la loi organique du notariat – en vertu duquel tout acte établi contrairement aux dispositions des articles 6, 3^o et 4^o, 8, 9, § 2, alinéa 1^{er}, 10, 12, alinéa 2, 14, 20 et 51, § 7, est nul s'il n'a pas été signé par toutes les parties, mais vaut comme acte sous seing privé lorsqu'il est revêtu de la signature de toutes les parties contractantes – ne s'applique pas aux contrats solennels, tel le contrat de mariage³²³.

L. R.

Section 2. Modification des conventions matrimoniales

94. Modification d'un contrat de mariage. Droit impératif

Deux époux, mariés sous le régime légal, décident de divorcer par consentement mutuel. Lors du règlement préalable de leurs droits, un litige survient relativement à trois immeubles et à des comptes bancaires que le couple possède en Espagne. L'épouse soutient que, par acte sous seing privé signé le 1^{er} février 1998 – c'est-à-dire avant un premier règlement notarié des droits – son mari a renoncé à son profit à tous les biens situés en Espagne. Monsieur affirme au contraire que le contenu du contrat sous seing privé n'a pas été repris dans le règlement préalable des droits, et que, par conséquent, les avoirs espagnols sont restés en indivision.

La Cour de cassation s'est prononcée dans cette affaire par un arrêt du 25 février 2010 (Cass., 25 février 2010, R.A.B.G., 2011, p. 371). La haute juridiction répond d'abord à une fin de non recevoir soulevée par l'épouse en rappelant que les règles légales relatives à la modification du régime matrimonial sont de droit *impératif*. Par conséquent, et dès lors qu'il ne ressort pas des pièces auxquelles la Cour peut avoir égard qu'il a renoncé à la protection qui lui est accordée par la loi, l'époux demandeur peut invoquer pour la première fois devant la Cour de cassation qu'il est interdit aux conjoints de conclure une convention concernant la liquidation et le partage de leur patrimoine commun avant la dissolution du mariage³²⁴.

Statuant ensuite sur le moyen, la Cour décide, sans surprise, que les époux peuvent conclure une convention concernant leurs relations patrimoniales au cours du mariage, mais à la condition de respecter la procédure et les formalités imposées par les articles 1392 et suivants du Code civil. En l'occurrence, le contrat conclu par les parties le 1^{er} février 1998 ne répond pas aux exigences légales puisqu'il n'a pas été coulé en la forme authentique ; ce contrat est donc nul, de nullité absolue³²⁵.

L. R.

³²³ Dans le même sens, voy. J.-L. et L. RENS, « Notarissen en notariële akten sedert 1 januari 2000 », *T. Not.*, 2000, p. 73, n° 13.

³²⁴ En ce qui concerne la séparation de biens, voy. *infra*, n° 113.

³²⁵ Dans le même sens : H. CASMAN, *Régimes matrimoniaux*, Malines, Kluwer, feuillets mobiles, II.3 – 2 et 3.

95. Nouvelle procédure

La procédure de modification des conventions matrimoniales a subi une révision importante par la loi du 18 juillet 2008. Cette réforme se caractérise notamment par la suppression de l'homologation judiciaire des actes modificatifs du régime matrimonial durant le mariage³²⁶.

Ces principes ont été rappelés récemment par le tribunal civil de Tournai, saisi d'une demande d'homologation de modification de conventions entre époux pour laquelle il s'est déclaré incompétent (Civ. Tournai, 30 janvier 2009, *Rev. dr. étr.*, 2009, p. 258, somm., R.G.D.C., 2009, p. 492, *Rev. not. b.*, 2009, p. 333)³²⁷.

L. R.

96. Anciennes procédures. Apport à un patrimoine commun adjoint à une séparation de biens : grande, moyenne ou petite procédure ?

Par acte notarié du 13 mars 2006, un couple marié sous le régime de la séparation de biens pure et simple décide d'adoindre une communauté d'acquêts à son régime. Il est admis que cette modification du régime matrimonial est soumise à la « petite procédure » : aucune homologation judiciaire n'est requise, l'acte notarié suffit. Par un acte authentique subséquent, signé le 8 décembre 2006, l'époux fait apport de deux immeubles propres à la communauté ainsi créée. Se pose alors la question de savoir si cette deuxième modification du régime matrimonial peut profiter de la « procédure moyenne » – en vertu de laquelle l'homologation judiciaire est nécessaire mais suffisante – ou si l'application de la « grande procédure » s'impose – ce qui obligerait les époux à établir un inventaire de leurs patrimoines et à procéder au règlement de leurs droits respectifs.

En première instance, le tribunal civil Bruges estime que les époux ont scindé artificiellement la modification de leur régime matrimonial en deux étapes dans le seul but d'échapper à la grande procédure, qui devait pourtant s'appliquer selon lui. Il refuse par conséquent d'homologuer l'acte authentique constatant l'apport à la communauté. Les époux interjettent appel de ce jugement.

La cour d'appel de Gand accepte quant à elle de procéder à l'homologation de l'acte notarié du 8 décembre 2006 (Gand, 15 novembre 2007, *Notamus*, 2007/3, p. 47, note K. BOONE, *T.E.P.*, 2008,

³²⁶ A ce sujet, voy. not. K. BOONE, H. JACOBS et S. ROELAND, « La suppression de l'intervention du tribunal dans les procédures de modification du régime matrimonial (loi du 18 juillet 2008) », *Chron. Not.*, vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 379-403 ; Ch. DECLERCK, « Secundair huwelijksvermogensstelsel », *Patrimonium 2009*, W. PINTENS, J. DU MONGH et Ch. DECLERCK (éds.), Anvers, Intersentia, 2009, p. 51, n° 87 et s. ; Ph. DE PAGE et M. VAN MOLLE, « La procédure de mutation du régime matrimonial et les droits des tiers créanciers après la loi du 18 juillet 2008 », *J.T.*, 2009, p. 186-194 ; S. DEVOS, « De vereisten voor de wijziging van huwelijksvermogensstelsels. Boedelbeschrijving. Bekendmaking. Toepassingen en gevolgen », *T. Not.*, 2010, p. 2-30 ; A. SIBIET, « Conventionele wijzigingen aan het huwelijksvermogensstelsel voortaan zonder tussenkomst van de rechtbank ! », *N.F.M.*, 2008, p. 267-283 ; F. TAINMONT, « La modification conventionnelle du régime matrimonial à la lumière de la loi du 18 juillet 2008 », *Rev. not. b.*, 2009, p. 6-53.

³²⁷ Ce jugement a toutefois été réformé par la cour d'appel de Mons ; voy. *infra*, n° 97.

p. 176)³²⁸. Elle fonde sa décision sur l'article 1394, § 5, du Code civil, tel qu'il était rédigé à l'époque : « L'inventaire et le règlement des droits respectifs ne sont pas (...) requis lorsqu'une modification est apportée au patrimoine commun sans que le régime matrimonial soit par ailleurs modifié dans une mesure telle qu'il doive être entièrement liquidé »³²⁹.

La cour rejette par ailleurs l'argument fondé sur un éventuel contournement de la loi. S'il est vrai que deux actes authentiques différents ont été établis à seulement quelques semaines d'intervalle par les époux – l'un, créant la communauté d'acquêts, l'autre, constatant l'apport du mari à cette communauté – la cour considère que la loi ne subordonne pas la validité de ces actes au respect d'un « délai d'attente » entre eux.

L. R.

97. Modification d'un régime matrimonial soumis à une loi étrangère

Des époux français, mariés en France sous le régime de la séparation de biens et installés en Belgique, souhaitent modifier leur contrat de mariage conformément aux règles de forme prévues par le Code civil belge et aux prescriptions de l'article 1397 du Code civil français. Cette disposition légale française impose aux époux, parents de deux enfants mineurs, de faire homologuer par un juge l'acte modificatif de leur régime matrimonial.

Dans son jugement du 30 janvier 2009, le tribunal civil de Tournai se déclare sans compétence pour connaître de cette demande (Civ. Tournai, 30 janvier 2009, *Rev. dr. étr.*, 2009, p. 258, somm., *R.G.D.C.*, 2009, p. 492, *Rev. not. b.*, 2009, p. 333). Il fonde sa décision sur la considération que la loi du 18 juillet 2008 a aboli l'homologation judiciaire des actes modificatifs du régime matrimonial durant le mariage³³⁰.

La cour d'appel de Mons réforme ce jugement par arrêt du 15 juin 2009 (Mons, 15 juin 2009, *R.G.D.C.*, 2010, p. 294, note C. DE BUSSCHERE, *Rev. gén. enr. not.*, 2010, n° 26.106, p. 303, obs. V. VANDERCAM et V. LELUBRE)³³¹. Elle considère en effet que la loi du 18 juillet 2008 n'a supprimé l'intervention du tribunal qu'en cas de modification de conventions matrimoniales par des époux belges. *A contrario*, l'homologation judiciaire reste nécessaire dans le cas d'une modification en Belgique d'un régime matrimonial soumis à une loi étrangère qui la prescrit. Il s'agit là d'une question de sécurité juridique et d'opposabilité de la modification dans les deux pays concernés. La cour précise encore qu'il revient au tribunal de première instance, doté d'une compétence résiduaire, de prononcer l'homologation prescrite par le droit étranger.

³²⁸ Voy. le commentaire approbatif de Ch. DECLERCK, *in* « Secundair huwelijksvermogensstelsel », *Patrimonium 2008*, W. PINTENS, J. DU MONGH et Ch. DECLERCK (éds.), Anvers, Intersentia, 2008, p. 49, n° 85.

³²⁹ Pour plus de détails, voy. H. CASMAN, *Régimes matrimoniaux*, Malines, Kluwer, feuillets mobiles, II.5 – 3 et 4 ; C. DE BUSSCHERE, « La loi du 9 juillet 1998 relative à la procédure de modification conventionnelle du régime matrimonial en cours de mariage », *Rev. not. b.*, 1999, p. 70-78.

³³⁰ Avec ce jugement, le tribunal civil de Tournai semble revenir sur sa position antérieure. Voy. Civ. Tournai, 3 mai 2001, *Rev. not. b.*, 2001, p. 598, *R.G.D.C.*, 2002, p. 297, note C. DE BUSSCHERE.

³³¹ Voy. le commentaire approbatif de Ch. DECLERCK, *in* « Secundair huwelijksvermogensstelsel », *Patrimonium 2010*, W. PINTENS et Ch. DECLERCK (éds.), Anvers, Intersentia, 2010, p. 40, n° 63.

La question traitée dans ce cas d'espèce n'est pas nouvelle. Il s'agit de savoir si l'homologation judiciaire de l'acte modificatif du régime matrimonial est une condition de *forme* ou une condition de *fond* de la modification, lorsqu'elle est prescrite par la *lex causae*. Si la doctrine et la jurisprudence se sont longtemps divisées à ce sujet, une tendance majoritaire admet aujourd'hui que l'homologation est, dans ces circonstances, une condition de *fond*³³².

Il en résulte, pour le notaire, une obligation d'organiser l'homologation judiciaire de l'acte modificatif, même si le législateur belge a aboli cette formalité dans les situations purement internes.

C'est dès lors à bon droit que la cour d'appel de Mons a réformé le jugement prononcé par le tribunal civil de Tournai et qu'elle a homologué la modification des conventions matrimoniales effectuée par le couple français.

Cette solution nous paraît parfaitement logique. L'on comprendrait mal, en effet, que le notaire belge soit à la fois l'auteur et le « contrôleur » de l'acte modificatif des conventions matrimoniales. Il est par ailleurs permis de douter qu'en prescrivant l'homologation judiciaire, le législateur étranger ait envisagé que cette fonction serait exercée par un officier ministériel dépourvu de tout pouvoir juridictionnel³³³.

L. R.

³³² En ce sens : H. JACOBS, « La suppression de l'intervention du tribunal dans les procédures de modification du régime matrimonial (loi du 18 juillet 2008). Modifications présentant un aspect international », *Chron. Not.*, vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 398, n° 30.

³³³ Voy. en ce sens V. VANDERCAM et V. LELUBRE, « La suppression de l'homologation judiciaire de la modification des conventions matrimoniales s'applique-t-elle également à un couple étranger établi en Belgique et soumis au droit étranger ? », obs. sous Mons, 15 juin 2009, *Rec. gén. enr. not.*, 2010, n° 26.106, p. 304 ; C. DE BUSSCHERE, « Artikel 1397 van het Franse Burgerlijk Wetboek. De minnelijke wijziging tijdens het huwelijk, van het Franse huwelijksvermogensstelsel van echtgenoten die in België wonen en zich tot een Belgische notaris wenden », note sous Mons, 15 juin 2009, *R.G.D.C.*, 2010, p. 299, n° 17.

Chapitre 4.

Les régimes conventionnels en communauté

98. Apport au patrimoine commun. Limitation à concurrence d'une quotité d'un bien

En vertu de l'article 1454 du Code civil, un époux qui fait entrer dans le patrimoine commun un ou plusieurs biens déterminés, dont la valeur est indiquée pour chacun d'eux dans le contrat, peut limiter son apport à concurrence d'une certaine somme. A la dissolution du régime, il lui est dû par la communauté une récompense égale à la différence entre la valeur des biens au moment de l'apport et la somme à concurrence de laquelle ces biens ont été apportés.

Le cas suivant a été récemment soumis à la cour d'appel de Liège. Deux époux mariés en communauté divorcent en 2006. Une contestation s'élève relativement aux effets d'un apport, par le mari, de 1360/1610^{èmes} d'une maison au patrimoine commun, les quotités restantes de cet immeuble lui demeurant propres³³⁴. L'époux soutient que l'article 1454 du Code civil doit s'appliquer et sollicite qu'une récompense lui soit payée par le patrimoine commun. Il affirme que sa volonté a été de faire apport de la maison à concurrence d'une certaine *somme* – et non à concurrence d'une certaine *quotité*. Considérant au contraire que l'apport d'un bien propre pour une certaine *proportion* n'est pas régi par l'article 1454 du Code civil, la cour d'appel de Liège refuse la récompense (Liège, 7 septembre 2010, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 14, somm., *J.L.M.B.*, 2011, p. 371, note L. ROUSSEAU).

La question traitée dans cette décision est originale ; la doctrine³³⁵ se limite généralement à décrire le mécanisme de l'article 1454 du Code civil relatif aux apports limités à une certaine *somme*, mais n'envisage pas le cas de l'apport d'une *quotité* d'un bien propre dans la communauté. Ceci n'a en soi rien d'étonnant car les apports en quotité ne se présentent que rarement dans la pratique.

Seul B. CARTUYVELS³³⁶ a abordé cette problématique. D'après lui, le bien apporté à concurrence d'une quotité déterminée « appartient pour partie au patrimoine commun et pour partie en propre à l'un des époux » ; il se trouve, en d'autres termes, en *indivision* entre deux patrimoines.

³³⁴ Cet apport avait été consenti à charge pour le patrimoine commun de supporter la dette de l'emprunt hypothécaire contracté pour l'acquisition de l'immeuble.

³³⁵ Voy. L. RAUCENT, *Les régimes matrimoniaux*, Bruylant, 1988, p. 282, n° 341 ; H. CASMAN et M. VAN LOOK, *Les régimes matrimoniaux. Extension de l'actif commun*, Kluwer, 1997, IV.2, p. 130 et 131 ; H. CASMAN et M. VAN LOOK, *Liquidation et partage. Commentaire pratique*, Kluwer, 2003, III.1.4, p. 27, n° 165 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 257, n° 210 ; J. VERSTRAETE, « *Inbreng in gemeenschap* », in *Leuvense Notariële Geschriften, Notariële actualiteit 2008-2009*, Ch. CASTELEIN, A. VERBEKE et L. WEYTS (éds.), Bruxelles, Larcier, 2008, p. 62, n° 37 ; Y.-H. LELEU, « *Extension du patrimoine commun* », in *Manuel de planification patrimoniale. Le couple. Vie commune*, I. 1, Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS et M. BOURGEOIS (éds.), Bruxelles, Larcier, 2009, p. 77, n° 70 ; H. CASMAN et R. DEKKERS, *Handboek burgerlijk recht*, IV, *Huwelijksstelsels, Erfrecht, Giften*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 187-190, n° 290-295 ; I. DE STÉFANI, « *L'incidence des clauses d'apport et de préciput* », in *La liquidation-partage*, A.L.N., Larcier, 2010, p. 59, n° 7.

³³⁶ B. CARTUYVELS, « *Les régimes de communauté conventionnelle* », in *Les régimes matrimoniaux*, 4, *Les régimes conventionnels – Le droit transitoire*, Y.-H. LELEU et L. RAUCENT (éds.), *Rép. Not.*, t. V, l. II, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 159, n° 1231.

Cette solution nous semble cependant peu confortable car une telle indivision est susceptible d'engendrer de grandes difficultés, principalement liées à la gestion du bien indivis ou au recouvrement du passif. Plus fondamentalement encore, les dispositions du Code civil relatives aux régimes matrimoniaux sont rédigées de manière à éviter les indivisions entre les différents patrimoines³³⁷.

Il nous paraît dès lors opportun et légitime d'appliquer l'article 1454 du Code civil par analogie à l'apport d'un bien propre à concurrence d'une certaine *quotité*. A l'inverse de B. CARTUYVELS, nous pensons donc que, même dans ce cas, le bien en question doit tomber *entièrement* dans la communauté³³⁸. C'est donc à juste titre selon nous, dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt commenté, que l'ex-époux a revendiqué l'application de cette disposition.

Soulignons par ailleurs que, *d'un point de vue économique*, l'application ou non de l'article 1454 du Code civil à un apport en quotité donne un résultat identique pour l'époux apporteur. Ainsi, si l'on appliquait cette disposition à l'espèce commentée, il faudrait considérer que la maison est tombée dans le patrimoine commun pour le tout – 1610/1610 – et qu'une récompense³³⁹ serait due au demandeur pour les 250/1610^{èmes} non apportés. Sans application de l'article 1454, une indivision se crée et le bien entre en communauté à concurrence de 1360/1610^{èmes}; les 250/1610^{èmes} restants demeurent dans le patrimoine propre de l'ex-époux. Dans les deux cas, celui-ci garde donc propres 250/1610^{èmes} de la maison³⁴⁰.

Dès lors, même si nous pensons que l'article 1454 du Code civil s'applique aux apports limités à une certaine *quotité* d'un bien et que l'époux a, partant, eu raison d'invoquer cette disposition dans l'affaire commentée, la portée de la décision contraire de la cour d'appel de Liège doit être relativisée. En effet, sans application de l'article 1454, il faut considérer qu'une indivision s'est créée entre le patrimoine commun et le patrimoine propre du mari relativement au bien apporté. S'il ne touche donc pas la récompense prévue par l'article 1454, l'époux reste par contre

³³⁷ Ainsi, par exemple, un immeuble acquis en remplacement de fonds propres en vertu de l'article 1402 du Code civil fait partie du patrimoine *propre* de l'époux concerné, bien que son financement soit généralement issu de fonds propres *et* de fonds *communs*. Dans le même ordre d'idées, l'article 1400.4, du Code civil répute propre la part acquise par l'un des époux dans un bien dont il est déjà copropriétaire, même si l'acquisition a lieu pendant le mariage.

³³⁸ Ceci requiert toutefois que les conditions de l'article 1454 du Code civil soient remplies (voy. I. DE STEFANI, « L'incidence des clauses d'apport et de préceptu », in *La liquidation-partage*, A.L.N., Larcier, 2010, p. 59, n° 7 et s.). La valeur du bien apporté doit notamment figurer dans le contrat de mariage. La question de savoir si cette disposition peut être appliquée en l'absence de cette mention reste ouverte. A ce sujet, voy. notre analyse *in* « Apport au patrimoine commun et avance sur part de communauté : deux modalités originales », note sous Liège, 7 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 375, n° 7.

³³⁹ La récompense visée à l'article 1454 du Code civil est *limitée* à la différence entre la valeur du bien apporté – au jour de l'apport – et la somme à concurrence de laquelle l'apport a été effectué. Elle n'est pas susceptible d'être revalorisée en vertu de l'article 1435 du Code civil « car le patrimoine commun n'a, par définition, rien investi dans le bien » (Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylants, 2008, p. 257, n° 210, C.). Voy. aussi I. DE STÉFANI, « L'incidence des clauses d'apport et de préceptu », in *La liquidation-partage*, A.L.N., Larcier, 2010, p. 59, n° 7 et 8. Cet auteur souligne que le contrat de mariage peut, éventuellement, déroger à cette règle particulière et prévoir la revalorisation de la récompense.

³⁴⁰ Les deux situations diffèrent seulement en ceci qu'en cas d'application de l'article 1454 du Code civil, l'ex-mari a droit à une récompense – non revalorisable (voir note précédente) – lors de la liquidation du régime ; dans le cas contraire, il garde des droits en nature dans l'immeuble en tant qu'indivisaire.

propriétaire des 250/1610^{ièmes} non apportés de la maison. *Economiquement*, l'application ou non de l'article 1454 ne change rien pour lui³⁴¹.

L. R.

99. Apport au patrimoine commun. Reprise d'apport

L'article 1455 du Code civil permet à l'époux qui a fait apport d'un bien propre à la communauté de le reprendre en nature, lors du partage, en l'imputant sur sa part³⁴².

Durant le mariage, un conjoint fait apport en communauté d'un terrain et de la maison bâtie sur celui-ci. La famille s'installe dans l'habitation. Le contrat de mariage des époux contient une « clause de règlement » en vertu de laquelle la parcelle et la maison « reviendront » à Monsieur en cas de dissolution du patrimoine commun pour quelque raison que ce soit, sauf le décès de l'un ou l'autre des époux ; le mobilier est réservé à Madame. Il est également stipulé que la reprise de l'immeuble par le mari ne pourra avoir lieu qu'après le règlement des dettes communes.

Le divorce est prononcé en 2002. L'ex-épouse revendique le paiement à son profit d'une indemnité d'occupation au motif que son mari est demeuré seul dans le logement familial durant toute la procédure. Monsieur invoque quant à lui la « clause de règlement » du contrat de mariage et soutient que la maison doit lui revenir ; il ne serait dès lors redevable d'aucune indemnité, puisqu'il occupe un bien *propre*...

Avant de se prononcer sur l'éventuelle indemnité d'occupation³⁴³, la cour d'appel d'Anvers (Anvers, 29 avril 2009, *Not. Fisc. M.*, 2010, p. 152, note J. VERSTRAETE) indique qu'il peut être déduit de la « clause de règlement » que la reprise de l'immeuble par l'époux doit avoir lieu *avant* de procéder au partage égal du solde de la communauté, à la manière d'un préciput. Ceci exclut, selon elle, l'application de l'article 1455 du Code civil, en vertu duquel il convient d'imputer la valeur du bien repris sur la part de l'époux apporteur dans la communauté. Cette position est toutefois critiquée par Ch. DECLERCK³⁴⁴ et J. VERSTRAETE³⁴⁵. Selon ces auteurs, les parties n'ont fait que *modaliser* l'application de l'article 1455 : elles ont dérogé conventionnellement à la règle de l'imputation de la valeur des apports repris sur la part du mari dans la communauté. Une telle

³⁴¹ Sauf s'il espérait, *à tort*, obtenir sur cette base une récompense *revalorisée*. Voyez la note n° 140.

³⁴² Voy. à ce sujet Ch. DECLERCK, Topiques 12 et 13, in *Handboek estate planning, Vermogensplanning met effect na overlijden. Langstlevende*, A. VERBEKE, F. BUYSSENS et H. DERYCKE (éds.), Bruxelles, Larcier, 2010, p. 49-55 ; I. DE STEFANI, « L'incidence des clauses d'apport et de préciput », in *La liquidation-partage*, Association des Licenciés en Notariat, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 59, n° 7 et s. ; A. NOTTET, « Le droit patrimonial des couples. Les régimes conventionnels en communauté », *Chron. Not.*, vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 239, n° 79.

³⁴³ Pour un commentaire de cet arrêt sous l'angle de l'indemnité d'occupation, voy. Y.-H. LELEU, *supra*, n° 52.

³⁴⁴ Ch. DECLERCK, « Secundair huwelijksvermogensstelsel », *Patrimonium 2010*, W. PINTENS et Ch. DECLERCK (éds.), Anvers, Intersentia, 2010, p. 31, n° 55.

³⁴⁵ J. VERSTRAETE, « Postcommunautaire kwellingen », note sous Anvers, 29 avril 2009, *Not. Fisc. M.*, 2010, p. 157-158.

dérogation à l'article 1455 du Code civil est licite ; il est en effet admis que cette disposition n'est ni impérative ni d'ordre public³⁴⁶.

Poursuivant son raisonnement, la cour d'appel d'Anvers précise que la « reprise » d'un bien joue *sans effet rétroactif*. Il en résulte, en l'espèce, que le terrain et l'immeuble apportés par l'époux font partie de l'indivision postcommunautaire depuis la dissolution du régime et qu'ils ne feront retour au patrimoine de l'apporteur que lorsque celui-ci aura *effectivement* exercé son droit de reprise, au jour du partage en principe. Concrètement donc, ceci signifie que Monsieur occupe un bien *indiris* à titre exclusif depuis le début de la procédure en divorce ; il est par conséquent redevable d'une indemnité pour cette période, jusqu'à la mise en œuvre effective de son droit de reprise, soit le jour du partage.

S'il approuve cette solution *en droit*, J. VERSTRAETE la déplore sur le plan de l'*équité*³⁴⁷. L'auteur estime qu'il n'est pas juste que l'époux apporteur, qui s'est par ailleurs réservé le droit de redevenir propriétaire de son bien, soit tenu payer une indemnité d'occupation en fonction de la durée de la procédure de liquidation – *durée qu'il ne maîtrise pas seul*. Il propose dès lors une autre solution, dans laquelle la clause de reprise inscrite dans le contrat de mariage serait interprétée comme rendant l'époux apporteur à nouveau propriétaire exclusif du bien *dès le prononcé du divorce*, sans devoir attendre le partage effectif de la communauté. De cette manière, aucune indemnité d'occupation ne pourrait être réclamée au mari. Cette thèse nous paraît toutefois contestable : la clause de reprise, dérogatoire à l'article 1455 du Code civil, est comparable à un préciput. Or un préciput ne peut opérer qu'au moment du partage³⁴⁸.

Observons encore que la cour justifie l'absence d'effet rétroactif de la reprise des biens par « *le principe d'unité et de stabilité du régime matrimonial* ».

Un tel motif est de nature à mettre en doute la validité d'une *clause d'apport sous condition résolutoire de divorce*. La résolution d'un tel apport opère en effet *rétroactivement* lors de la réalisation de la condition : le bien apporté à la communauté est censé n'avoir jamais quitté le patrimoine de l'époux apporteur. Pour plusieurs auteurs³⁴⁹, mais à tort, une telle clause est inconciliable avec le caractère statutaire du régime matrimonial, puisqu'elle fait dépendre la composition des patrimoines de la réalisation de la condition – à savoir le divorce. Nous pensons au contraire que les apports conditionnels au patrimoine commun ne portent pas atteinte au principe de stabilité

³⁴⁶ En ce sens : K. BOONE, *Comm. Pers.*, Art. 1452 BW, Malines, Kluwer, p. 21, n° 27 ; Ch. DECLERCK, « *Modalisering van de inbreng : afwijking van artikel 1455 B.W. door verzaking aan het terugnamerecht bij de verdeling van de huwelijksgemeenschap* », in *Handboek estate planning, Vermogensplanning met effect na overlijden. Langstlevende*, A. VERBEKE, F. BUYSSENS et H. DERYCKE (éds.), Bruxelles, Larcier, 2010, p. 50, n° 72 ; I. DE STEFANI, « *L'incidence des clauses d'apport et de préciput* », in *La liquidation-partage*, Association des Licenciés en Notariat, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 64, n° 15 ; J. VERSTRAETE, « *Inbreng in gemeenschap* », in *Notariële actualiteit 2008-2009*, Ch. CASTELEIN, A. VERBEKE et L. WEYTS (éds.), Larcier, 2008, p. 56, n° 25 ; du même auteur, « *Postcommunautaire kwellingen* », note sous Anvers, 29 avril 2009, *Not. Fisc. M.*, 2010, p. 158.

³⁴⁷ J. VERSTRAETE, « *Postcommunautaire kwellingen* », note sous Anvers, 29 avril 2009, *Not. Fisc. M.*, 2010, p. 157-158.

³⁴⁸ Voy. le commentaire de Y.-H. LELEU, *supra*, n° 52.

³⁴⁹ Voy. not. Ch. DECLERCK, « *Secundair huwelijksvermogensstelsel* », *Patrimonium 2008*, J. DU MONGH, W. PINTENS et Ch. DECLERCK (éds.), Anvers, Intersentia, 2008, p. 43-44, n° 74 ; C. PARIS, « *L'autonomie de la volonté* », *Rép. Not.*, t. V, l. II, éd. 2002, p. 466, n° 440.

du régime matrimonial car le changement de statut du bien ne se produit que lors du divorce, et donc *après* la dissolution du régime matrimonial. Pendant la durée du mariage, le fait que l'apport soit conditionnel n'influe aucunement sur la composition des patrimoines³⁵⁰.

L. R.

100. Communauté universelle. Utilité ou nécessité d'une liquidation-partage. Avantages matrimoniaux. Protection des enfants issus du couple (art. 1464, al. 2 C.civ.)

Le régime de la communauté universelle, même s'il implique la fusion de tous les patrimoines des époux, sous réserve de certains biens qui pourraient demeurer propres par exclusion contractuelle, nécessite une liquidation-partage à la dissolution de celui-ci.

Dans l'affaire soumise au tribunal de Malines, le contrat portait adoption de la communauté universelle sans restriction, et *attribution intégrale* de celle-ci en propriété³⁵¹ au conjoint survivant, en l'espèce l'épouse (Civ. Malines, 21 mai 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, 429, somm., *T. not.*, 2009, 246, note L. WEYTS). Les deux enfants s'opposent sur le principe-même de la liquidation, le défendeur arguant qu'en raison de la présence d'un seul patrimoine, il n'y a pas lieu à liquidation ni partage.

Ce raisonnement manque évidemment en droit. La manœuvre était claire : éviter l'application de l'article 1464, al. 2 du Code civil protégeant la réserve des enfants contre les avantages matrimoniaux. Cette disposition, qui considère comme une donation la part dépassant la moitié que la clause attribue au conjoint survivant dans la valeur, au jour du partage, des biens présents ou futurs apportés en communauté par la stipulation du contrat de mariage³⁵².

Le tribunal rappelle, au besoin, que le choix de la communauté universelle implique vraisemblablement des apports, et justifie que soit calculée la masse fictive aux fins d'apprécier si une partie de ces apports pourra être qualifiée de donation imputable sur la quotité disponible et

³⁵⁰ En ce sens également : H. CASMAN, M. VAN LOOK, « Extension de l'actif commun », in *Les régimes matrimoniaux*, Kluwer, feuil. mob., IV.2 – 6 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 259 ; I. DE STEFANI, « L'incidence des clauses d'apport et de préciput », in *La liquidation-partage*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 65, n° 17 ; Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage et planification successorale : trois modalités de partage fiscalement avantageuses », in *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, N. BAUGNIET, J.-F. TAYMANS (éds.), Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, p. 80 et s. ; J. VERSTRAETE, « Inbreng in gemeenschap », in *Notariële actualiteit 2008-2009*, Ch. CASTELEIN, A. VERBEKE et L. WEYTS (éds.), Larcier, 2008, p. 48, n° 14.

³⁵¹ En l'espèce les époux étaient mariés en 1959 mais avaient fait en 1977 déclaration de maintien de leur ancien régime conventionnel, en modifiant l'attribution intégrale, passant de l'usufruit seulement en cas de présence d'enfants à la pleine propriété en toute hypothèse.

³⁵² Voy. not. B. CARTUYVELS, « Les régimes de communauté conventionnelle », in *Les régimes matrimoniaux*, 4, *Les régimes conventionnels - Le droit transitoire*, L. RAUCENT et Y.-H. LELEU (éd.), *Rép. not.*, t. V., l. II, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 185, n° 1061 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 283-294, n° 230. Sur l'exception applicable en présence d'enfants non communs (art. 1465), voy. not. Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, p. 283, n° 230 ; Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux : notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », in *Conjugalité et décès*, A.-Ch. VAN GYSEL (éd.), n° 12, p. 40 et les références citées.

réductible. Cette action accordée aux enfants du couple³⁵³ à titre d'héritiers réservataires leur donne qualité pour agir en liquidation partage d'un tel régime, malgré l'unicité de patrimoine et malgré leur apparente privation de tout droit dans le patrimoine conjugal. En effet, seule la détermination de la composition de la succession, par *liquidation* permettra le calcul de la masse fictive. Une succession vide de biens existants (tous apportés au patrimoine commun) se remplira fictivement de la valeur « donnée » au sens de l'article 1464, al. 2. Aussi, le tribunal énonce-t-il judicieusement que l'action en réduction est « virtuellement incluse » dans les opérations de liquidation. De *partage* de la communauté il ne sera effectivement pas question en raison de l'attribution de celle-ci au conjoint survivant.

Par souci de rigueur, le juge de Malines assoit l'applicabilité de l'article 1464, al. 2 à la communauté universelle sur l'article 1451, dernier alinéa du Code civil, aux termes duquel les époux restent soumis aux règles du régime légal auxquelles leur contrat de mariage ne déroge pas. Le régime légal pallie toutes les lacunes d'un régime matrimonial conventionnel à base communautaire.

Y.-H. L.

101. (suite). Immeuble non commodément partageable. Vente. Attribution préférentielle

La nécessité d'une liquidation-partage en communauté universelle a été incidemment abordée par la Cour d'appel de Bruxelles (Bruxelles, 14 décembre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1271, note J.-L. RENCHON), réformant un jugement qui avait ordonné la vente d'un immeuble non commodément partageable à la demande d'un époux, alors que l'autre en demandait l'attribution préférentielle. La cour refuse d'ordonner la vente car les opérations de liquidation – nécessaires même en communauté universelle -, traînaient notamment par la faute des parties ou du notaire, de sorte qu'on ne savait pas encore si l'immeuble pourrait entrer dans l'un des deux lots à former. M. RENCHON approuve la précaution de la cour qui s'oppose à une vente rapide demandée pour le seul motif que l'immeuble n'est pas partageable, surtout quand la liquidation tarde, mais considère qu'il sera fort probable que la liquidation ne fera pas apparaître de comptes entre époux de nature à modifier fondamentalement la composition des lots.

Plus surprenant est le motif du rejet de la demande d'attribution préférentielle (*supra*, n° 66). La cour ne semble pas avoir pris la peine de le motiver par appel au droit transitoire, les époux étant mariés en 1972. Son affirmation que l'attribution préférentielle est réservée aux époux en régime légal, prise à la lettre, est évidemment erronée. Elle n'est correcte que si la cour visait les époux mariés en régime légal « avant 1977 », comme en l'espèce.

Y.-H. L.

³⁵³ Les enfants issus d'une autre union bénéficient d'une protection plus étendue : art. 1465 C.civ.

102. Communauté universelle. Apport et d'attribution intégrale. Déchéance en cas de divorce (art. 299 C.civ.) (non). Responsabilité du notaire (non)

Trop humaine est l'attitude du conjoint apporteur (ou de celui qui apporte tout son patrimoine à une communauté universelle) qui souhaite récupérer « ses » biens en cas de divorce. A défaut de condition résolutoire expresse³⁵⁴, le bien apporté dépend de la communauté, peut certes être repris à titre onéreux (art. 1455 C.civ.), mais ne réintègre pas le patrimoine personnel de l'apporteur par la « déchéance » qui frappe d'autres avantages matrimoniaux par l'article 299 du Code civil.

Certains essaient alors de reprocher au notaire qui a stipulé l'apport de ne pas avoir averti des conséquences du divorce sur celui-ci.

Dans une affaire soumise à la Cour d'appel de Gand (Gand, 29 mars 2007, *Notamus*, 2007/2, 28, *T. not.*, 2007, 416, *R.A.B.G.*, 2008, 254, note A. RENIERS), une épouse avait fait procéder en novembre 1977 à une modification de son régime matrimonial et adopté la communauté universelle, avec apport notamment d'un immeuble qu'elle avait acquis par licitation et dans lequel elle possédait 1/12 en nue propriété. Cet apport en communauté était logiquement réclamé par son mari, car la communauté allait financer les autres 12^{èmes} et l'usufruit au moyen d'un emprunt. Elle obtient le divorce contre son mari en 1999 et veut récupérer « son » bien.

En droit des régimes matrimoniaux, elle est déboutée par application de la jurisprudence de la Cour de cassation et de la Cour constitutionnelle qui ne considèrent pas l'apport comme un avantage matrimonial déchu par l'article 299³⁵⁵ (ancien en l'espèce ; seulement au détriment de l'époux coupable ; en l'espèce le mari).

En droit de la responsabilité notariale, elle est déboutée aussi, car le conseil d'apporter le bien donné par le notaire en 1977 était justifié en opportunité eu égard à sa faible quotité dans le bien racheté à ses co-indivisaire. Le notaire n'a pas non plus failli à son devoir de conseil en bon père de famille car la controverse sur la déchéance de l'apport en cas de divorce était vive, avec des arrêts de cours suprêmes et des interprétations doctrinales contradictoires entre 1874 et 2001. Selon la cour, la qualité du conseil s'apprécie au moment où il doit être donné³⁵⁶. Elle est jugée suffisante en l'espèce bien que le juge ne constate pas qu'il est prouvé qu'en 1977, lors de la rédaction du contrat, le notaire a informé les parties sur la controverse existante. Or tel est selon nous son devoir s'il est requis de stipuler une clause aux effets controversés³⁵⁷.

Y.-H. L.

³⁵⁴ Pour plus de détails, voy. not. Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage: entre conventions et controverses », in *Le défi du notaire*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 94 et s., n° 25 et s.

³⁵⁵ Cass., 23 novembre 2001, *E.J.*, 2002, 27, note K. VANWINCKELEN, *Rev. not. belge*, 2002, 318, note C. GIMENNE, *T. not.*, 2002, 86, *R.W.*, 2001-2002, 1608, note, *J.L.M.B.*, 2003, 7 (rapport d'activité), *R.G.D.C.*, 2003, 241, note W. PINTENS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, 634, note ; C.A., 23 novembre 2005, *N.F.M.*, 2006, 186, note C. CASTELEIN et M. MUYLLE, *R.W.*, 2006-2007, 397, note M. MUYLLE.

³⁵⁶ A. RENIERS, note précédée, p. 267.

³⁵⁷ Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage: entre conventions et controverses », in *Le défi du notaire*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 114 et s., n° 45 et s. A. RENIERS relève la faiblesse de la jurisprudence n'imposant pas la production d'une preuve écrite de l'avis fourni en temps utiles (p. 266, note 85).

103. Clause d'attribution totale sans conditions de survie (*sterfhuisclausule*). Avantages matrimoniaux

L'arrêt de la Cour de cassation du 10 décembre 2010 a validé sur le plan civil la clause dite « de la mortuaire » et mis fin à la controverse sur le traitement fiscal de l'excédent imputable et réductible de l'avantage matrimonial. Il devrait rassurer la pratique quant à l'utilisation de cette technique de programmation patrimoniale³⁵⁸. Les rédacteurs de contrat de mariage étaient quelque peu déstabilisés par des velléités de taxation *contra legem* de l'Administration fiscale, tirant parti des voix dissidentes et isolées au sein de la doctrine, toutes étant à présent clairement contredites par l'arrêt³⁵⁹. Il reste, malheureusement, que l'administration a décidé de continuer de taxer la clause (décision du 15 juillet 2011)³⁶⁰. Cette attitude pourrait perpétuer un trouble qu'on croyait dissipé, au détriment de certains clients pour qui la clause offre un avantage.

Nous renvoyons le lecteur à notre commentaire et aux nombreux autres de l'arrêt et nous limitons à l'essentiel, le strict nécessaire pour tenter de convaincre de la validité et de l'exemption fiscale de la clause *de lege lata*.

La clause « de la mortuaire » est une stipulation de partage inégal d'un patrimoine commun au profit d'un conjoint déterminé sans condition de survie. Plusieurs clauses sont rencontrées dans la pratique, dont la plus répandue est celle ayant été soumise à l'appréciation de la Cour de cassation : « *Le patrimoine commun est attribué à l'épouse quelle que soit la cause de dissolution du régime matrimonial* »³⁶¹.

L'objectif principal de la clause est civil et identique à celui de toute clause de partage inégal : protéger économiquement et juridiquement le conjoint survivant. Accessoirement ou également, la clause vise à transmettre une part de communauté supérieure à la moitié en franchise de droits de succession. L'article 5 du Code des droits de succession taxe en effet comme un legs toute attribution supérieure à la moitié, mais à la condition expresse que la clause de partage inégal soit

³⁵⁸ Cass., 10 décembre 2010, *J.T.*, 2011, 92, et *R.G.E.N.*, n° 26263, p. 121, note N. GEELHAND de MERXEM et Y.-H. LELEU (le présent commentaire s'inspire de cette note), *Rev. Not. belge*, 2011, p. 427, note S. LOUIS, *Act. Dr. Fam.*, 2011, p. 138, note V. DEHALLEUX, *T.F.R.*, 2011, 170, note G. DEKNUDT, *T. Fam.*, 2011, p. 117, note F. BUYSSENS, *T.not.*, 2011, 11. Pour des commentaires doctrinaux : D. NORE, « *Sterfhuisclausule* » overleeft toets Hof van cassatie, *Fiscoloog*, 2011, n° 1238, p. 8-9 ; A.-L. VERBEKE et R. BARBAIX, De sterfhuisclausule springtend, *T.E.P.*, 2011, 109, n° 139. Pour une analyse approfondie, sur ces différents aspects, voy. les articles suivants repris in *Huwelijksvoordelen. Handboek Estate Planning. Bijzonder deel 4*, Bruxelles, Larcier, 2010 : A. VERBEKE, « *Het algemeen kader der huwelijksvoordelen* », p. 1 ; R. BARBAIX, « *Het sterfhuisbeding. Civielrechtelijke aspecten* », p. 19 ; N. GEELHAND de MERXEM, « *Het sterfhuisbeding. Fiscale aspecten* », 123 e.s. Adde : Y.-H. LELEU, « *Avantages matrimoniaux : notion, clauses dissymétriques, impact fiscal* », in *Conjugalité et décès*, A.-Ch. VAN GYSEL (éd.), Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, p. 35.

³⁵⁹ Toujours en sens contraire : C. DE WULF, *Het recente cassatiearrest in verband met de sterfhuisclausule. Duidelijkheid op fiscaal gebied – cruciale vragen van burgerlijk recht blijvenden buiten beschouwing*, *T. not.*, 2011, p. 3.

³⁶⁰ Y.-H. LELEU, « *Contrats de mariage: entre conventions et controverses* », in *Le défi du notaire*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 108, n° 40.

³⁶¹ Pour d'autres versions : Y.-H. LELEU, « *Contrats de mariage: entre conventions et controverses* », in *Le défi du notaire*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 106, n° 37. M. GEELHAND de MERXEM a affiné la formule lors de la précédente séance des Chroniques Notariales (7 avril 2011) : « *En cas de dissolution du régime matrimonial par le décès d'un des époux, la communauté sera, pour la totalité et en pleine propriété, attribuée à l'épouse, Mme X, qu'elle soit ou non l'épouse survivante* ».

stipulée sous condition de survie. L'administration conteste à présent que l'article 5 prescrit cette condition (décision du 15 juillet 2011).

Dans la pratique, la clause s'insère dans le cadre d'une programmation patrimoniale « à l'hiver de la vie » et doit son nom au fait qu'elle requiert une probabilité très élevée que le conjoint désigné bénéficiaire sera le survivant. Elle n'intéresse pas seulement les personnes en situation de « dernière maladie », mais aussi celles qui envisagent un traitement médical risqué. La stipulation *in extremis* est licite tant que le consentement peut être valablement formé et que les parties sont clairement informées. Il n'est cependant pas exclu que l'un des époux se fasse représenter à l'acte de modification par un tiers.

Le devoir de conseil du rédacteur est particulièrement important ; il engagerait sa responsabilité à mal conseiller la clause compte tenu des circonstances. En effet, si contre toute probabilité l'ordre des décès est inversé, la clause produit des effets franchement inopportun³⁶². Ce risque civil se double d'un risque fiscal majeur³⁶³. Ces effets doivent être acceptés par les parties en connaissance de cause, ce qui nous fait penser que la clause exclut en principe toute simulation.

La Cour de cassation a vidé la controverse dans une espèce où un conjoint a procédé à deux modifications successives de son régime matrimonial : d'abord un apport en communauté de biens propres ; ensuite, quatre mois après, une attribution intégrale du patrimoine commun à l'autre conjoint sans condition de survie.

En premier lieu, la Cour consacre la théorie de M. VERBEKE, suivie par de nombreux auteurs, selon laquelle l'« excédent » de l'avantage matrimonial au sens de l'article 1464, alinéa 2 du Code civil, n'est jamais une donation, mais toujours un avantage matrimonial³⁶⁴. La particularité de l'application de l'article 1464, al. 2 est de prescrire qu'une partie de cet avantage matrimonial (que la Cour qualifie d'« excédent » - en néerlandais : « *het surplus* ») sera imputable sur la quotité disponible et, le cas échéant, réductible, sans conférer à cet « excédent » une autre qualification juridique, donc sans transformer sa nature juridique en donation au sens strict.

En second lieu la Cour de cassation consacre la thèse, soutenue notamment par Mme BARBAIX, selon laquelle un avantage matrimonial ne doit pas nécessairement être conditionné par la survie de l'époux bénéficiaire³⁶⁵. En effet, la Cour énonce (considérant n° 9, al. 4) que l'alinéa 2 de l'article 1464 du Code civil, qui ne peut être dissocié du premier alinéa du même article, est applicable *mutatis mutandis* (en néerlandais « *van overeenkomstige toepassing* ») à une clause « de la mortuaire », qui ne contient pas de condition de survie. Bien plus, elle qualifie (n° 7) la clause

³⁶² Si le conjoint en bonne santé « prévu survivant » décède avant le conjoint malade « prévu prémourant », le « rescapé » perdra tout ou partie de sa part dans les biens communs qui seront attribués en pleine propriété aux héritiers du conjoint prévu survivant. Le rescapé pourra néanmoins faire valoir son usufruit légal sur cette succession.

³⁶³ Comme l'époux « prévu survivant » reçoit tout le patrimoine commun, s'il décède le premier contre toute attente, sa succession comprendra tous les biens de la communauté et la perception des droits de succession à charge de ses héritiers (les enfants du couple en principe) sera maximale (progressivité de l'impôt).

³⁶⁴ A. VERBEKE, *Huwelijksvoordelen. Een tweede Antwerps mijlpaalrest*, *T.E.P.*, 2008, p. 285-286. Voy. déjà : H. CASMAN et A. VERBEKE, *Wat is een huwelijksvoordeel ?*, *N.F.M.*, 2005, p. 292-297.

³⁶⁵ R. BARBAIX, « *Het sterfhuisbeding. Civielrechtelijke aspecten* », p. 53-61 et passim; Y.-H. LELEU, « *Contrats de mariage et planification successorale : trois modalités de partage fiscalement avantageuses* », in *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, N. BAUGNIET, J.-F. TAYMANS (éds), Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2007, p. 86.

litigieuse d'attribution totale de communauté (en néerlandais « *verblijvingsbeding* ») et de convention portant sur le patrimoine commun, bien qu'elle soit unilatérale. Cela implique nécessairement que cette clause est un avantage matrimonial au sens de ces dispositions, qui ne distinguent pas selon la présence ou l'absence de condition de survie. La Cour le confirme plus loin (n° 11-12) en rejetant le moyen pris de la prétendue exigence d'une condition de survie pour qu'une clause de partage inégal soit qualifiée d'avantage matrimonial³⁶⁶.

Enfin, en matière fiscale, la Cour de cassation confirme (n° 7 de l'arrêt) ce que la plupart des commentateurs avaient prévu, à savoir que l'article 2 du Code des droits de succession, qui n'impose que les institutions contractuelles (et d'autres voies dévolutives), n'est pas applicable aux avantages matrimoniaux, pas même quand ceux-ci sont imputables sur la quotité disponible et, le cas échéant, réductibles. Il y a en effet, en droit, une différence fondamentale entre une disposition contractuelle portant sur les biens de la succession du *de cuius* et un avantage matrimonial qui ne concerne que le partage de la communauté de biens entre époux³⁶⁷. Le partage du patrimoine commun précède en outre toujours celui de la succession.

L'Administration persiste à appliquer l'article 5, faisant fi de l'arrêt et du principe d'interprétation restrictive de toute disposition fiscale. Ce n'est à notre sens pas une raison de déconseiller la clause, après une analyse approfondie avec le client, du risque de contestation et de succès d'une procédure contre l'administration.³⁶⁸.

Y.-H. L.

104. Attribution intégrale de communauté. Homicide par le conjoint

On sait que l'on peut « hériter » par contrat de mariage de ceux qu'on assassine, l'article 927 étant de stricte interprétation et la Cour de cassation française ayant dû se résigner à la nature contractuelle de la transmission *mortis causa* par contrat de mariage portant dérogation au partage égal de communauté³⁶⁹. Dans une tragique affaire déférée à la Cour d'appel d'Anvers, après le tribunal de Malines (Anvers, 12 novembre 2007, N.j.W., 2008, 688, note G.V. ; confirmant : Civ. Malines, 3 janvier 2007, *T. not.*, 2008, p. 220, note L. WEYTS), le tuteur *ad hoc* des enfants du couple tentait d'éviter que le mari condamné pour le meurtre de sa femme recueille l'intégralité de la communauté en vertu d'une clause d'attribution intégrale optionnelle, en propriété ou pour partie en usufruit au choix du survivant.

Pour préserver l'équité et la morale, la Cour trouve comme principal moyen juridique à l'appui de son refus d'appliquer la clause, l'article 1178 du Code civil, qui répute accomplie la condition

³⁶⁶ *Contra* : C. DE WULF, *Het recente cassatiearrest in verband met de sterfhuisclausule. Duidelijkheid op fiscaal gebied – cruciale vragen van burgerlijk recht blijven buiten beschouwing*, *T. not.*, 2011, p. 3.

³⁶⁷ En ce sens not. : N. GEELHAND de MERXEM, « *Het sterfhuisbeding : fiscale aspecten* », p. 150, n° 98; Y.-H. LELEU, « *Avantages matrimoniaux : notion, clauses dissymétriques, impact fiscal* », n° 30, p. 52-53.

³⁶⁸ Pour plus de détails : Y.-H. LELEU, « *Contrats de mariage: entre conventions et controverses* », in *Le défi du notaire*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 111, n° 43.

³⁶⁹ Cass. fr., 7 avril 1998, *Bull. civ.*, I, n° 146, *D.*, 1998, p. 529, note THIERRY, *JCP G*, 1998, II, 10197, note PUIGELLIER, *RTD civ.*, 1998, p. 457, note VAREILLE, qui estime qu'aucune déchéance pour indignité ne peut avoir lieu.

lorsque le débiteur obligé sous cette condition en a empêché l'accomplissement. Selon la cour, l'attribution intégrale de communauté a été stipulée sous condition suspensive de survie du conjoint bénéficiaire, quel qu'il soit. Or, en tuant son épouse, le mari a empêché que se réalise la condition de son prédécès (ou celle de survie de son épouse). Cette condition – son prédécès (ou la survie de son épouse) – est donc réputée accomplie par ce fait, au profit de son bénéficiaire, en logique l'épouse. Mais comme celle-ci est morte, elle est réputée accomplie au profit de ses enfants³⁷⁰.

Ce raisonnement est à la limite du toléré par l'article 1178. La cour considère implicitement que le mari est le débiteur d'attribution intégrale sous condition de son prédécès ou de survie de son épouse. Or celle-ci est morte et lui vit encore. Aussi la cour doit-elle poser que l'épouse « survit fictivement » au mari et à ses enfants... En outre, en l'espèce, la clause était optionnelle et réservait l'option « au survivant uniquement » (*infra*, n° 105). Le tribunal en appelle surabondamment à la volonté des parties, qui n'aurait pas pu viser le cas du meurtre comme hypothèse de dissolution du régime matrimonial. Il faut néanmoins approuver cette décision en opportunité.

Y.-H. L.

105. Clause optionnelle

L'arrêt commenté ci-dessus de la cour d'appel d'Anvers (Anvers, 12 novembre 2007, *N.j.W.*, 2008, 688, note G.V.) offre une illustration d'une intéressante technique de programmation patrimoniale par contrat de mariage. La clause de partage inégal optionnelle laisse au survivant plusieurs choix, en l'espèce celui de recueillir le patrimoine commun en pleine propriété ou la moitié en propriété et la moitié en usufruit. Cette clause peut prévoir de très nombreuses options, dont notamment l'attribution de l'intégralité du patrimoine commun à charge de soultre (clause dite « Casman »). Elle permet au conjoint survivant de moduler unilatéralement la taxation qu'il subira sur la base de l'article 5, en fonction de ses propres besoins de protection patrimoniale et de la qualité des rapports familiaux avec les enfants communs et/ou non communs. Elle peut être fiscalement avantageuse dans les cas où une clause dite « de la mortuaire » (*supra*, n° 103) n'est pas conseillée³⁷¹. Elle peut aussi contenir comme alternatives des clauses plus ou moins optimalisées fiscalement mais controversées, et laisser ainsi *in fine* la prise de risque au conjoint survivant, éclairé par le notaire au moment d'effectuer son choix.

La cour reconnaît la validité de la clause, qui n'est pas contestée, et la qualifie à juste titre d'avantage matrimonial et non d'institution contractuelle. Elle reconnaît aux enfants de l'épouse assassinée, *es qualité d'héritiers*, le droit d'exercer l'option. C'est anormal à l'égard du tragique de la situation, car la clause d'attribution optionnelle sert exclusivement les intérêts du conjoint

³⁷⁰ Déjà en ce sens, et à l'appui de la motivation : Gand, 15 février 1973, *R.W.*, 1973-1974, p. 430.

³⁷¹ Voy. not. H. CASMAN, « Clause d'attribution optionnelle / clause d'attribution optionnelle moyennant soultre », in *Manuel de planification patrimoniale*, Livre 4, Le couple, Décès, Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS, M. BOURGEOIS (éds.), Bruxelles, Larcier, 2009, p. 143 ; D. MICHELS, « Fiscale aspecten van huwelijkscontracten », *T.not.*, 2007, p. 431 à 491, spéci. p. 460 et s. ; J. VERSTRAETE, *Verblijvingsbedingen. Verblijvingsbedingen onder last. Keuzebedingen onder last*, in *Liber amicorum P. Delnoy*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 555 et s.

bénéficiaire lorsqu'ils sont potentiellement contraires à ceux de ses enfants ou des enfants de son conjoint.

Y.-H. L.

Chapitre 5.

Les régimes séparatistes

Section 1. Composition des patrimoines. Preuve de la propriété

106. Clause du contrat de mariage. Objets mobiliers. Véhicule

L'article 1468, alinéa 1^{er}, du Code civil rend les alinéas 2 et 3 de l'article 1399 applicables à la séparation de biens. La preuve de la propriété des biens se fait dès lors par toutes voies de droit entre époux et via « 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 » à l'égard des tiers. L'article 1468, alinéa 2, présume quant à lui indivis tous les biens meubles dont la propriété dans le chef d'un seul des époux n'est pas établie.

La cour d'appel de Liège (Liège, 18 février 2009, *Rec. gén. enr. not.*, 2010, p. 99), dans un litige opposant l'administration fiscale aux héritières d'un époux sur le montant des droits de succession, estime que la clause du contrat de mariage réputant propres à l'épouse « les meubles meublants, ustensiles de ménage et autres objets mobiliers qui garniront les lieux occupés en commun par les futurs époux » ne s'applique pas au *véhicule* utilisé par le couple durant la vie commune³⁷². La cour a, selon nous, fait une interprétation correcte de la clause. A défaut d'apporter la preuve de la propriété du bien dans le chef d'un des époux, celui-ci est présumé indivis. La moitié de la valeur de ce véhicule doit donc être reprise à l'actif de la succession.

J. L.

107. Présomption d'indivision

Dans ce même arrêt, l'administration fiscale voulait taxer au titre des droits de succession la totalité du contenu d'un coffre tenu en location conjointe par le défunt et son épouse. L'article 110 du Code des droits de succession prévoit que les titres, sommes, valeurs et objets quelconques déposés dans un coffre sont considérés, sauf preuve contraire, comme appartenant au défunt « pour une part virile » lorsque ce coffre est loué par le défunt avec d'autres personnes, alors qu'ils sont considérés appartenir au défunt « en totalité » lorsqu'il est le seul locataire du coffre. De même, le contrat de mariage des époux stipulait que les dépôts qui seraient au nom des deux époux leur appartiendraient pour moitié. En l'espèce, divers documents établissaient que le coffre en question était loué par les deux époux. Selon la cour, « la circonstance que les titres litigieux auraient été souscrits par le défunt seul au moyen de fonds propres ne suffirait pas à renverser la présomption de l'article 110 du Code des droits de succession ». Ensuite, évoquant

³⁷² En ce sens déjà, sur la question de savoir si un véhicule peut être considéré comme un meuble meublant au sens de l'article 215, § 1^{er}, 2^o : Civ. Liège, 31 août 1990, *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 81, note Ph. DE PAGE. Sur la notion de meubles meublants : L. ROUSSEAU dans cette chronique *supra*, n° 7. Voy. également : W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, 2^{ème} éd., Anvers-Oxford, Intersentia, 2010, p. 81-82, n° 115.

une jurisprudence ancienne de la Cour de Cassation³⁷³, la cour estime que le fait pour un époux d'avoir placé des titres qu'il a acquis au moyen de fonds propres dans un coffre commun peut indiquer sa volonté de partager la propriété de ces titres avec son conjoint. Ces considérations sont superflues au regard de l'article 110 du Code des droits de succession, et doivent être nuancées. L'intention présumée des époux ne peut, selon nous, primer sur le titre de propriété. Les époux conserveront en effet toujours la faculté de rapporter la preuve de la propriété exclusive des avoirs placés dans un coffre conjoint³⁷⁴.

J. L.

108. Liste de biens propres dans le contrat de mariage. Factures. Force probante limitée à l'égard des tiers

1. La controverse relative à la force probante des listes de biens propres incluses ou annexées au contrat de mariage, plus fréquentes en régime de séparation de biens qu'en régime de communauté, *supra*, n° 19), se vide grâce à de nombreuses décisions de cours d'appel dans le sens de sa non opposabilité aux tiers³⁷⁵.

Deux positions s'affrontaient : certains soutenaient que, malgré sa nature de *titre ayant date certaine*, une telle liste ne prouverait pas la propriété jusqu'à preuve du contraire parce qu'elle contient des déclarations unilatérales, de sorte que, pas plus que les autres modes de preuve légaux, elle ne priverait le juge de son pouvoir d'appréciation quant à sa force probante³⁷⁶. D'autres, auxquels nous nous rallions, soutenaient que l'article 1399, al. 2, du Code civil confère aux modes de preuve admissibles à l'égard des tiers la force probante que leur attache le droit commun, à savoir qu'ils lient le juge en déférant la charge de la preuve contraire au tiers, généralement le créancier saisissant³⁷⁷.

³⁷³ Cass., 20 octobre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 217. Dans cet arrêt, le contrat de mariage d'époux mariés en séparation de biens prévoyait que les biens au nom des deux époux étaient considérés, sauf preuve contraire, comme appartenant pour moitié à chacun d'eux. La Cour décida que lorsque des sommes d'argent ont été placées au nom des deux époux, la preuve contraire réservée par le contrat de mariage ne peut être trouvée dans le fait que l'épouse ne possédait pas de revenus propres.

³⁷⁴ Sur la preuve de la propriété en séparation de biens, voy. Y.-H. LELEU, « Les régimes séparatistes », in *Chroniques notariales*, Y.-H. LELEU (éd.), vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 245-247, n° 82.

³⁷⁵ Voy. not. Gand, 9 février 2006, *Rev. not. belge*, 2007, p. 158 ; Mons, 26 septembre 2006, *rev. not. belge*, 2007, p. 162, commentés dans la Chronique précédente (S. LOUIS, *Chroniques notariales*, Vol. 48, 2008, p. 168, n° 22). Pour plus de détails : Y.-H. LELEU, La preuve de la propriété des biens propres, *Régimes matrimoniaux. 3. Le régime légal*, Y.-H. LELEU et L. RAUCENT (éd.), *Rép. not.*, t. V, l. II, 2001, p. 138-139, n° 762 et « Les régimes matrimoniaux - Examen de jurisprudence (1997-2005) », *R.C.J.B.*, 2006, p. 828, n° 31 et références citées.

³⁷⁶ S'y sont ajoutés: Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 91, n° 77 et p. 306, n° 240 ; G. DE LEVAL, La saisie mobilière, *Act. dr.*, 2001, p. 33, n° 6 ; E. DIRIX, Executierechten en huwelijksvermogensrecht, in *Huwelijksvermogensrecht. Topics*, H. CASMAN et M. VAN LOOK (éd.), Malines, Kluwer, feuillets mobiles, p. 79-82, n° 34-37 ; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Louvain, Universitaire Pers, 2010, n° 267, p. 157-158.

³⁷⁷ S'y sont ajoutés: J. DU MONGH, *De erfvergang van aandelen*, Anvers, Intersentia, 2003, p. 134, n° 98 ; J. GERLO, *Huwelijksvermogensrecht*, Bruges, Die Keure, 3^{ème} éd., 2001, p. 303, n° 578 ; Y.-H. LELEU, La preuve de la propriété des

Une affaire déférée à la Cour d'appel de Gand, qui révèle une probable collusion entre époux, invite à admettre que la liste de biens propres n'est pas probante à l'égard des tiers (Gand, 7 octobre 2008, R.G.D.C., 2010, p. 394, note A. MASSCHELEIN). L'épouse se prévalait d'une telle liste pour distraire ses biens personnels d'une saisie pratiquée par un créancier du mari sur le mobilier du couple (art. 2279 C.civ.). Le juge a estimé pouvoir apprécier la force probante de cette liste, au motif qu'elle n'est pas, au sens de l'article 1399, al. 2 du Code civil, un « titre » de propriété *translatif*, mais une déclaration unilatérale, voire tout au plus une convention de fixation entre parties de droits sur lesquels pourrait subsister une incertitude (*vaststellingsovereenkomst*). En plus, la liste a été rédigée dans des circonstances qui ont fait douter le juge de sa sincérité, et fait présumer une collusion entre époux. Le juge considère, à juste titre, que l'épouse ne pouvait au jour du mariage être propriétaire de tout le mobilier inscrit à son nom parce qu'elle résidait encore chez ses parents, tandis que son futur mari était déjà établi, et parce qu'elle n'avait pas les moyens de les acheter. Il estime, de manière plus critiquable selon nous, que la liste révèle une manœuvre du mari de « parage » de certains de ses biens dans le patrimoine de sa femme, au motif qu'il était commerçant et endetté envers un garage automobile. Non sans paradoxe, la cour déclare les biens indivis, alors que ses motifs laissent penser qu'elle les considère personnels au mari. Avec l'annotatrice³⁷⁸, nous estimons certaines de ces considérations trop sévères. Elles visent des circonstances rencontrées par de nombreux couples s'apprêtant à se marier en séparation de biens, et pourraient aboutir à empêcher toute préservation des biens antérieurs aux mariages dès lors qu'un conjoint est endetté ou risque de l'être.

2. Quant aux *factures*, bien que reprises dans la liste des modes de preuve opposables aux tiers (art. 1399, al. 2 ; document consacré par l'usage), leur force probante peut également être appréciée par le juge. Si le document est une facture, encore faut-il, selon la juge, prouver qu'elle a été payée avec des fonds personnels du revendiquant qui l'invoque – *quod non* dans l'espèce commentée³⁷⁹. Si le document n'est pas une facture, bien qu'il soit présenté comme tel par le revendiquant – en l'espèce, des pièces manuscrites émanant de tiers signées « pour réception » par l'épouse – il ne fournit aucune preuve. La cour ajoute, concernant ces documents, qu'ils concernent des meubles d'usage similaire à ceux déclarés propres dans le contrat de mariage, et acquis peu de temps après le mariage...

Y.-H. L.

biens propres, *Régimes matrimoniaux. 3. Le régime légal*, Y.-H. LELEU et L. RAUCENT (éd.), Rép. not., t. V, l. II, 2001, p. 138-139, n° 762.

³⁷⁸ M.-A. MASSCHELEIN, note précitée, p. 399, n° 4.

³⁷⁹ Dans le même sens : Liège, 21 décembre 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1150 commenté dans les Chroniques précédentes (S. LOUIS, *Chroniques Notariales*, 2008, p. 168, n° 21).

Section 2. La gestion des patrimoines

109. Pouvoir de conclure un accord avec l'administration fiscale

Un époux séparés de biens gère ses biens personnels et ses dettes, en ce compris ses revenus et les dettes fiscales y afférent. En conséquence la participation de son conjoint à la conclusion d'un accord concernant la taxation d'avantages de toute nature n'est pas requise (Gand, 21 décembre 2010, sélection publiée in *Fiscologue*, 2011/02, p. 12). Selon la cour, le fait que le recouvrement de l'impôt ait lieu, comme en communauté, sur les trois patrimoines, n'y change rien. N'y change pas plus le fait qu'un tel accord modifie l'impôt dû par l'autre époux parce qu'il augmente le revenu professionnel imposable globalement.

Y.-H. L.

110. Rachat de part indivise entre époux pendant le mariage. Autorisation du tribunal

Une autorisation du tribunal de première instance est nécessaire pour le rachat par un époux de la part de son conjoint dans un bien indivis pendant le mariage (art. 1469, al. 2 C.civ.). La vente entre époux est interdite (art. 1595 C.civ.) et les mêmes risques, notamment de collusion entre époux contre leurs créanciers³⁸⁰, existent en cas de cession de part indivise entre époux hors cette procédure judiciaire (art. 1595, 4^o)³⁸¹. Le tribunal appréciera si le prix payé est conforme à la valeur du bien racheté.

Cette disposition, restrictive de l'autonomie contractuelle, ne s'applique pas si les époux procèdent à un véritable *partage* avec attribution du bien à l'un des indivisaires, même moyennant soulte, pour autant que celle-ci puisse être considérée comme un accessoire du partage³⁸².

La distinction entre une cession de parts à titre onéreux – impliquant le paiement d'une prix - et un partage – pouvant impliquer le paiement d'une soulte - ne cesse de faire l'objet de contestations, car l'opération réalisée sans autorisation du tribunal est annulable à la demande des conjoints (nullité relative). Or de telles demandes sont souvent formées dans le cadre d'une procédure ultérieure en divorce. Et la responsabilité du notaire ayant instrumenté une cession de part sans autorisation judiciaire peut être engagée.

³⁸⁰ Sur la quadruple *ratio legis* de la prohibition de la vente entre époux (protection du consentement, prévention de chantages en cas de divorce, abus de droit, collusion, déguisement d'une donation qui serait irrévocable), voy. pour une synthèse N. TORFS, note sous C.const., 23 juin 2010, R.W., 2011, 1515.

³⁸¹ Pour une application : Bruxelles, 22 juin 2006, N.F.M., 2008, 141, note S. RENIERS, commenté dans les Chroniques précédentes (Y.-H. LELEU, *Chroniques Notariales*, 2008, p. 249, n° 84)

³⁸² Civ. Liège, 23 avril 1990, *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, 70 ; Civ. Verviers, 21 février 2000, *J.L.M.B.*, 2003, 1783 ; Rejet de l'autorisation : Civ. Hasselt, 20 février 1996, *R.G.D.C.*, 1997, 322, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, 181, somm ; Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997-2005), Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2007, p. 150, n° 112 et les références citées ; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Louvain, Universitaire Pers, 2010, p. 380, n° 700 ; *Contra* : Ph. De Page, *Le régime matrimonial*, p. 326, n° 251 ; A. VERBEKE, « La séparation de biens pure et simple », *Rép. Not.*, t. V, *Les régimes matrimoniaux*, l. 4, *Les régimes conventionnels, Le droit transitoire*, Y.-H. LELEU et L. RAUCENT (éds.), Bruxelles, Larcier, 2002, p. 51, n° 1082

A. Tel a été le cas devant la cour d'appel de Gand, à la demande de l'époux vendeur, contre l'époux acheteur et contre le notaire. La cour a correctement appliqué les principes et ses motifs indiquent qu'elle constatera la nullité de l'opération. Elle énonce en effet que l'exécution du contrat, pendant le mariage, ne confirme pas la nullité car l'article 1469 du Code civil est impératif (Gand, 24 septembre 2009, *NJW*, 2010, 114, note MD, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 2010, 963, somm.). Avant dire droit, la cour interroge toutefois la Cour constitutionnelle, à la demande de l'époux défendeur, pour savoir si les articles 1469 et 1595, 4° combinés du Code civil, inapplicables aux cohabitants légaux, ne sont pas discriminatoires.

Dans sa réponse (C.const, 23 juin 2010, *R.W.*, 2011, 1511, note N. TORFS), la Cour constitutionnelle procède à une analyse minutieuse de la raison d'être de la restriction de l'autonomie contractuelle, tant en cas de vente que de rachat de parts indivises entre époux. Elle expose aussi les principes du (non-)régime patrimonial de la cohabitation légale et constate sa comparabilité au régime matrimonial de la séparation de biens (B.8.1). Elle déplore la différence de traitement entre époux et cohabitants légaux quant à l'absence pour ces derniers de toute limitation de rachat de parts indivises. Elle signale même que les motifs de limiter celle-ci seraient tout aussi présents entre cohabitants légaux qu'entre époux. Elle ne trouve aucune justification objective à la différence de traitement. Elle ne constate cependant pas de violation de la constitution... car la discrimination n'a pas son siège dans les articles 1469 et 1595 du Code civil, mais découle de l'*absence* de restrictions analogues affectant les cohabitants légaux : en prévoir une relève de la mission du législateur. Cet arrêt est en demi-teinte : il contient son lot de critiques, même de fond, sur les dispositions querellées, mais ne résout pas la discrimination.

B. Un arrêt déjà commenté de la Cour d'appel de Bruxelles n'a pas invalidé une cession de part indivise dans un appartement, stipulée dans la convention « à titre de récompense (*si*) », avec comme autre contrepartie la renonciation de l'épouse à toute pension alimentaire après divorce (Bruxelles, 29 mars 2007, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 2008, 1428, note J.-L. RENCHON).

S'il est certain que les époux séparés de biens peuvent *liquider* et *partager* tout ou partie de leur patrimoine sans attendre la dissolution du régime³⁸³, ils ne peuvent, sous couvert de « partage », procéder à des rachats de biens indivis. Bien qu'on puisse regretter que la Cour n'ait pas examiné la validité de la convention au regard de l'article 1469, al. 2³⁸⁴, il nous paraît que l'opération, en l'espèce, était plus l'élément d'un partage anticipé (et conditionné au divorce) qu'une cession de parts à titre onéreux pendant le mariage. La contrepartie « récompense » visait à solder un compte existant entre époux, tandis que la renonciation à la pension alimentaire ne se conçoit que dans le cadre de la dissolution du mariage emportant liquidation et partage. Au surplus, la nullité n'était pas demandée pour cette raison, et la raison d'être de la protection de l'article 1469, al. 2 du Code civil semble moins présente dans un tel contexte qu'en cours de (vif) mariage.

³⁸³ A. VERBEKE, « La séparation de biens pure et simple », *Rép. Not.*, t. V, *Les régimes matrimoniaux*, l. 4, *Les régimes conventionnels*, *Le droit transitoire*, Y.-H. LELEU et L. RAUCENT (éds.), Bruxelles, Larcier, 2002, p. 51, n° 1080

³⁸⁴ Dans le même sens, J.-L. Renchon, note précitée, p. 440.

Il est à noter, enfin, que la procédure prescrite par l'article 1469, al. 2 n'est pas une alternative à l'attribution préférentielle, celle-ci étant encore, et malheureusement, considérée comme inapplicable à un bien indivis entre époux séparés de biens. Si les époux ne s'entendent pas sur les conditions d'un partage avec soulte, il aura lieu en nature ou le bien sera vendu.

Y.-H. L.

Section 3. Correctifs conventionnels

111. Société d'acquêts. Composition. Attribution intégrale au conjoint survivant

Dans un litige fiscal (droits de succession), les héritiers du *mari décédé après son épouse* s'opposaient à l'administration. Ils soutenaient qu'un immeuble avait été acquis par le couple en *indivision de droit commun* et ne devoir déclarer qu'une moitié indivise de celui-ci dans la succession de leur père ; l'administration soutenait au contraire que l'immeuble dépendait de la *société d'acquêts* adjointe au régime de séparation de biens, attribuée intégralement au conjoint survivant par stipulation du contrat, en sorte que le mari décédé après avoir survécu à son épouse en était propriétaire en totalité à son décès (Civ. Namur, 15 décembre 2010, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 2011, p. 149, note M.P.). Le tribunal fait droit à la thèse de l'administration dans un jugement qui pose ou rappelle quelques principes applicables à ce régime communautarisé.

1. En l'espèce la société d'acquêts se composait, comme souvent, des fruits et revenus nets des propres et des « économies faites ensemble ou séparément pendant le mariage ». Vainement les héritiers ont prétendus que par « économies », il fallait comprendre seulement des valeurs mobilières, espèces ou titres, et exclure de la société d'acquêts les immeubles achetés au moyen de telles économies. Le tribunal énonce au contraire, citant H. De Page, que la société d'acquêts s'alimente des biens acquis notamment à l'aide des produits du travail non dépensés – les économies – et que les économies investies en immeubles rendent ces immeubles également dépendants de la société d'acquêts³⁸⁵. En outre, les époux avaient expressément acquis l'immeuble « pour compte de la société d'acquêts »³⁸⁶.

2. Ainsi le tribunal applique-t-il une règle de subrogation réelle au sein du patrimoine adjoint, reconnue par la doctrine³⁸⁷. Elle pourrait être confortée par une présomption d'acquêts, dont on ignore si elle était expressément stipulée en l'espèce. A défaut, elle pourrait encore découler de l'application des anciens articles 1402 et 1499 du Code civil, applicables à la société d'acquêts sauf stipulation contraire du contrat³⁸⁸.

³⁸⁵ H. DE PAGE, *Traité*, X, *Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Bruylant, 1948, p. 1161, n° 1405.

³⁸⁶ Non sans encourir la critique, les héritiers soutenaient que cette mention exprimait une volonté « d'acquérir ensemble un bien », sous-entendu en indivision de droit commun.

³⁸⁷ Ph. PIRON, « La séparation de biens avec société d'acquêts », *Rép. Not.*, t. V, *Les régimes matrimoniaux*, l. 4, *Les régimes conventionnels, Le droit transitoire*, Y.-H. LELEU et L. RAUCENT (éds.), Bruxelles, Larcier, 2002, p. 96, n° 1149 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 337, n° 261.

³⁸⁸ H. DE PAGE, *l.c.*

3. Implicitement mais certainement le tribunal reconnaît la possibilité d'attribuer intégralement la société d'acquêts au conjoint survivant. Cette clause véhicule un avantage matrimonial, et est soumis au régime des avantages matrimoniaux, et notamment à la protection des droits des enfants communs ou non communs³⁸⁹.

Y.-H. L.

112. Société d'acquêts. Application de la sanction du recel de communauté et d'autres dispositions du régime légal

Dans un arrêt déjà commenté de la cour d'appel de Mons (Mons, 23 décembre 2008, *supra*, n° 73), la cour déclare applicable la sanction du *recel* de communauté à une dissimulation de biens dépendant d'une société d'acquêts.

Il est important d'y revenir au titre des régimes séparatistes communautarisés, car la Cour fait une application, implicite mais certaine³⁹⁰, et surtout correcte, de l'article 1390, *in fine* du Code civil au biens du patrimoine communautarisant la séparation de biens.

Il n'est donc pas, selon nous, requis que le régime matrimonial soit à base communautaire pour que les règles du régime légal s'y appliquent en l'absence de stipulations particulières du contrat de mariage. L'article 1390 rend le régime légal applicable, sauf convention particulière³⁹¹, à tout le moins au patrimoine communautarisé par un correctif conventionnel du contrat de mariage, ainsi qu'aux aspects communautaires du régime séparatiste³⁹². Le régime légal peut donc, à titre subsidiaire, régir les biens d'une société d'acquêts, et le cas échéant les biens personnels en interaction avec ceux-ci³⁹³. Seront alors applicables toutes les dispositions compatibles avec la communautarisation conventionnelle du régime, et non incompatibles avec la base séparatiste du régime.

³⁸⁹ Bruxelles, 30 mars 2006, *J.T.*, 2007, 504, note Ph. PIRON, commenté par Y.-H. LELEU, in *Chroniques notariales*, 2008, p. 251, n° 85 ; Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, Les avantages matrimoniaux. Aspects civils et fiscaux, *Rev. Not. belge*, 2002, p. 277, n° 9, note 20 ; Y.-H. LELEU, Avantages matrimoniaux. Notions, clauses dissymétriques, impact fiscal, in *Conjugalité et décès*, A.-Ch. VAN GYSEL (éd.), Limal, Anthémis, 2011, p. 39, n° 8 et s. ; L. ROUSSEAU, Planification successorale par le biais des contrats de mariage, in *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, N. BAUGNIET et J.-F. TAYMANS, (éds.), Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 78 ; Ph. Piron, La séparation de biens avec société d'acquêts, in *Répertoire Notarial*, V/II, Bruxelles, Larcier, 2002, n° 1116 et 1170.

³⁹⁰ *J.T.*, 2009, p. 83, deuxième colonne, *medio* ; « Ceci implique, à tout le moins, que les biens stipulés communs par le contrat sont soumis, dans le silence ou en cas d'ambiguïté du contrat, aux règles du régime légal (...) »

³⁹¹ Le contrat de mariage, en tant que tel, n'est pas la « convention particulière » au sens de l'article 1390 ; une telle interprétation viderait l'article de sa substance (*contra* : C. DECLERCK et D. PIGNOLET, « La réévaluation des créances en régime de séparation de biens », *Act. dr. fam.*, 2010, p. 93, n° 4).

³⁹² Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage: entre conventions et controverses », in *Le défi du notaire*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 81, n° 10 et p. 112, n° 44; N. GEELHAND DE MERXEM, « Het finaal verrekenbeding. Civielrechtelijke aspecten », in *Huwelijksvoordelen*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 246, n° 106 et p. 249, n° 112; W. DELVA, « De contractuele en de gerechtelijke scheiding van goederen », *T.P.R.*, 0978, p. 543, n° 31.

³⁹³ Rappr. en matière d'inventaire : Cass., 15 juin 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1076, obs. R. BOURSEAU, *Dir. Act.*, 2000, p. 8, *T. not.*, 2001, p. 260, note, *Rec. arr. cass.*, 2000, p. 312, note Th. VAN SINAY, *Rev. not. b.*, 2001, p. 738, note D. STERCKX, *Pas.*, 1999, I, p. 867.

Tel est notamment le cas du *recl*. Qui soutiendrait que sanctionner un époux qui dissimule un bien d'une société d'acquêts, et même un bien indivis entre époux séparés de biens purement et simplement³⁹⁴, serait incompatible avec le choix (éclairé quant à ce ?) de la séparation des patrimoines ? Telle est aussi la raison pour laquelle, comme on vient de le voir (*supra*, n° 111), des biens dépendant d'une société d'acquêts peuvent faire l'objet d'un *partage inégal* ou d'une attribution intégrale, sans que cette convention soit un pacte successoral prohibé. De même la théorie des *récompenses* s'applique sauf stipulation contraire du contrat³⁹⁵, et sans que le droit des époux d'établir des comptes puisse leur soit totalement enlevé par le contrat³⁹⁶. Il doit en aller de même pour la faculté d'*attribution préférentielle*, sous réserve de l'application du droit transitoire qui l'exclut pour les anciennes communautés conventionnelles (à tort selon nous – *supra*, n° 101 et *infra*, n° 116).

Y.-H. L.

Section 4. *Créances entre époux*

113. Liquidation antérieure à la dissolution du mariage

Comme il a déjà été précisé (*supra*, n° 110), la Cour d'appel de Bruxelles n'a pas invalidé une convention portant cession à l'épouse de la part du mari dans un appartement « à titre de récompense (*sic*) » avec comme autre contrepartie notamment la renonciation de l'épouse à toute pension alimentaire après divorce (Bruxelles, 29 mars 2007, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 2008, 1428, note J.-L. RENCHON). Les époux séparés de biens peuvent *liquider* et *partager* tout ou partie de leur patrimoine sans attendre la dissolution du régime³⁹⁷.

Quant à la validité des accords relatifs à la pension alimentaire, cause de nullité de la convention selon le mari (débouté quant à ce), la Cour estime, en se fondant sur la jurisprudence de la Cour de cassation³⁹⁸, qu'ils sont valables s'ils ont été approuvés par un juge chargé de vérifier la licéité de leurs mobiles pour vérifier qu'ils n'ont pas influencé la volonté de divorcer. L'originalité de l'arrêt est de poser que ce juge ne doit pas nécessairement être celui du divorce mais peut, comme en l'espèce, être celui chargé d'arbitrer un litige sur l'exécution ou sur validité de la convention. On précisera que sous l'empire du nouveau droit du divorce, de tels accords sur la pension alimentaire antérieurs au divorce sont nuls (art. 301, § 9, al. 1^{er} C.civ.), mais que le juge peut

³⁹⁴ Rappr. en ce sens : N. GEELHAND, Rariteiten in successieplanning- land, *Tijdschrift voor estate planning*, 2009, p. 84 ; contra : F. BUYSSENS, Wettelijke samenwoning : het recht is geen zaak van billijkheid, *T.Fam.*, 2009, 66.

³⁹⁵ Dans le même sens : Ph. De Page, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 338, n° 261.

³⁹⁶ Cass., 17 septembre 2007, *Juristenkrant*, 2007, p. 1, *NjW*, 2007, p. 797, note G. DE MAESENEIRE, *Pas.*, 2007, p. 1523, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 562, somm., note et p. 1300, *R.W.*, 2007-08, p. 534, note J. DU MONGH et C. DECLERCK, *T. fam.*, 2008, p. 72, note K. BOONE.

³⁹⁷ A. VERBEKE, « La séparation de biens pure et simple », *Rép. Not.*, t. V, *Les régimes matrimoniaux*, l. 4, *Les régimes conventionnels*, *Le droit transitoire*, Y.-H. LELEU et L. RAUCENT (éds.), Bruxelles, Larcier, 2002, p. 51, n° 1080

³⁹⁸ Cass., 14 novembre 1974, *Pas.*, 1975, I 304.

entériner, en cours de procédure, tout accord sur tout effet du divorce (art. 301, § 1^{er} et 301, § 9, al. 2 C.civ.)³⁹⁹.

Y.-H. L.

114. Enrichissement sans cause

Il arrive fréquemment qu'un époux séparé de biens se trouve démuni au moment du divorce lorsqu'il souhaite récupérer les fonds investis dans un immeuble indivis ou propre à l'autre. Face à ce vide juridique, le demandeur n'a plus que la théorie de l'enrichissement sans cause pour tenter de fonder juridiquement sa créance⁴⁰⁰.

Durant la période commenté, 4 décisions ont été rendues à ce sujet pour des époux séparés de biens.

A. La cour d'appel de Mons (Mons, 8 juin 2010, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 15, *Rev. not. belge*, 2011, p. 352, note F. DEGUEL, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, à paraître, note N. BAUGNIET), déjà analysé ci-dessus (voy. *supra*, n° 91) décide de rejeter l'*actio de in rem verso* : cette action ne peut pas être invoquée pour contrecarrer la clause du contrat de mariage des parties qui exclut tous décomptes à défaut d'écrit. La condition de l'absence de cause serait manquante puisqu'à défaut d'écrit, le contrat de mariage, voulu par les parties, prévoit une renonciation à procéder à un décompte entre eux, ce qui crée une cause aux transferts de fonds opérés pendant le mariage.

Nous avons critiqué cet arrêt⁴⁰¹ car, d'une part, la renonciation à un droit ne se présume pas et ne peut se déduire que de faits et attitudes non susceptibles d'une autre interprétation⁴⁰² et, d'autre part, ce raisonnement rend l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause difficile dans le cas d'époux séparés de biens puisque ces derniers ont nécessairement conclu un contrat de mariage, contrat qui comprend dans la grande majorité des cas la clause type de présomption de règlement de comptes au jour le jour. C'est d'ailleurs pour cette raison que nous avons suggéré une réécriture de cette clause (voy. *supra*, n° 91).

B. La cour d'appel de Liège rejette dans un premier temps l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause (Liège, 19 décembre 2007, R.R.D., 2007, p. 263). Les circonstances du

³⁹⁹ Voy. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 502, n° 493.

⁴⁰⁰ Pour plus de détails sur la théorie de l'enrichissement sans cause, voy. not. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des Obligations, Sources des obligations (deuxième partie)*, t. II, Bruxelles, Bruyant, 2010, p. 1114, n° 782 ; R. DEKKERS et A. VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 203, n° 346.

⁴⁰¹ F. DEGUEL, « Les (clauses relatives aux) comptes entre ex-époux séparés de biens et l'enrichissement sans cause », *Rev. not. belge*, 2011, p. 356 et s.

⁴⁰² Cass., 23 janvier 2006, *Pas.*, 2006, p. 207, *J.T.T.*, 2006, p. 178, *R.A.B.G.*, 2006, p. 981, note V. DOOMS, *R.W.* 2006-07, p. 602, note, *Chron. D.S.*, 2007, p. 42 ; Cass., 17 novembre 2005, *Pas.*, 2005, p. 2284, *NjW*, 2006, p. 409, *R.D.C.*, 2006, p. 757, note C. VAN SCHOUBROECK, *R.D.J.P.*, 2006, p. 20, *Bull. ass.*, 2006, p. 320 ; Cass., 25 avril 2005, *J.T.T.*, 2005, p. 381, *NjW*, 2005, p. 1026, note G. DE MAESENEIRE et T. BECKERS, *Pas.*, 2005, p. 928, *Chron. D.S.*, 2005, p. 330 ; Cass., 21 décembre 2001, *Pas.*, 2001, p. 2204, *Arr. Cass.*, 2001, p. 2273, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1032, note D. PHILIPPE, *R.W.*, 2003-04, p. 1061, somm., note ; Cass., 19 décembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 366, *Arr. Cass.*, 1991-92, p. 369, *Bull.*, 1992, p. 366, *R.W.*, 1991-92, p. 1478, *Rev. Not. b.*, 1992, p. 102, note D. STERCKX, *R.G.D.C.*, 1993, p. 153, note P. De PAGE.

dossier sont les suivantes : la femme, enseignante, a, dans les premières années du mariage, des revenus plus importants que son mari, architecte, et a donc payé seule durant les 19 premières années du mariage les loyers des immeubles occupés par la famille. En cours de mariage, ces deux époux acquièrent en indivision l'immeuble destiné à devenir leur nouveau logement familial, ainsi qu'un terrain jouxtant cet immeuble. La cour décide d'analyser ces deux acquisitions séparément.

L'acquisition en indivision du *logement familial*, tout d'abord, a été rendue possible au moyen d'emprunts dont les mensualités ont été remboursées au départ du compte personnel du mari. Ce dernier invoque l'*actio de in rem verso* pour récupérer la moitié des montants ainsi payés. La cour, après avoir rappelé l'obligation de contribution aux charges du mariage par les époux en proportion de leurs facultés et la logique associative que cela implique à des époux pourtant séparés de biens – et dont la logique du régime est tout autre –, estime que l'éventuel enrichissement de Madame n'est pas sans cause. Cette dernière peut en effet être « *le lien matrimonial lui-même avec les obligations juridiques qui en découlent - participation aux charges du mariage en proportion de ses revenus - mais aussi simplement les sentiments d'affection et de solidarité qui sont inhérents à la relation entre deux époux et qui les amènent spontanément et naturellement à partager leurs revenus et avoirs respectifs, (ainsi que) la valeur économique, (...) la collaboration professionnelle et ménagère qui (...) est assurée (à l'époux) au fil de la vie quotidienne par son épouse et qui, en raison de la spécificité de la relation conjugale, n'est pas rémunérée par un salaire ou par un honoraire comme sur le marché du travail* »⁴⁰³. Signalons que le mari prétend également avoir versé différentes sommes sur le compte de l'ex-épouse pour les besoins du ménage, mais la cour rejette l'argument car cela n'est pas prouvé.

Quant à l'acquisition du *terrain* en indivision, payée au moyen de fonds se trouvant sur un compte personnel du mari, ce qui importe, selon la cour, c'est l'acte authentique d'achat et la volonté des époux au moment de sa passation. Ainsi, comme l'achat a été fait au nom des deux époux, il ne s'agit pas d'un investissement propre à l'époux mais bien l'expression de sa volonté de faire rentrer ce bien en indivision : le fait que l'argent soit sorti d'un compte propre ne peut constituer un enrichissement sans cause dans le chef de l'épouse puisque, selon la cour, « *la cause du paiement c'est l'affectation de fonds propres à un bien que les parties ont voulu rendre commun* ».

Si nous approuvons en partie la première analyse tenue par la cour relativement à l'acquisition du logement familial, puisque c'est exacte que la contribution aux charges du mariage peut être analysée comme une cause aux transferts opérés⁴⁰⁴, nous ne pouvons pas l'admettre dans sa totalité, la cour étant trop générale à notre sens en trouvant une cause que nous qualifions d'abstraite car évidente : les sentiments d'affection et de solidarité sont normalement présents en cas de mariage.

⁴⁰³ La cour, en se prononçant de cette manière, se fonde sur J.-L. RENCHON, « Les comptes entre époux séparés de biens relatifs à leurs immeubles propres et indivis », in *La liquidation des régimes de séparation de biens*, 2000, p. 47 et s. ; A. VERBEKE, *Le contrat de mariage de séparation de biens. Plaidoyer pour une solution plus équitable*, Kluwer, 1997, p. 11, n° 9bis.

⁴⁰⁴ Voy. Cass., 2 avril 1976, *J.T.*, 1977, p. 98, *Pass.*, 1976, I, p. 914, *R.C.J.B.*, 1978, p. 127, note C. RENARD, *Rec. gén. enr. not.*, 1977, p. 317, *Rev. not. b.*, 1977, p. 297, *R.W.* 1976-77, p. 993, note H. CASMAN. Pour plus de détails, Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1982 à 1996). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 1998, p. 339, n° 190 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylants, 2008, p. 313, N° 246 ; R. DEKKERS et H. CASMAN, *Handboek Burgerlijk recht*, IV, *Huwelijksstelsels, Erfrecht, Giften*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 222, n° 345 et s.

C. La cour d'appel de Bruxelles (Bruxelles, 15 février 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1329) décide aussi que la créance fondée sur la théorie de l'enrichissement sans cause ne peut être admise dans le cas qui lui est soumis. Dans cette affaire, l'époux demande, notamment, à titre principal, la révocation de ce qu'il estime être une donation indirecte à son ex-épouse, pour récupérer les fonds transférés sur un compte bancaire luxembourgeois propre de son ex-épouse durant le mariage, et à titre subsidiaire, fonde sa demande sur la base de la théorie de l'enrichissement sans cause. La cour, après avoir constaté qu'une donation indirecte n'existe pas faute d'intention libérale prouvée dans le chef du mari, rejette la demande car il n'y aurait pas d'enrichissement dans le chef de l'épouse, et en tout cas, pas de cause à cet éventuel enrichissement. D'une part, la Cour estime qu'à supposer que, comme l'affirme l'épouse⁴⁰⁵, les fonds litigieux reçus par cette dernière ont réellement été affectés aux besoins du ménage, il n'y a pas d'enrichissement dans son chef. D'autre part, et de manière plus fondamentale, l'exécution d'une obligation naturelle dans le chef du mari⁴⁰⁶ peut être une cause suffisante à son appauvrissement et à l'enrichissement corrélatif de son épouse, à supposer que cet enrichissement soit établi.

D. La cour d'appel de Liège, dans son arrêt du 22 octobre 2008, commenté à de nombreuses reprises (Liège, 22 octobre 2008, *R.G.D.C.*, 2009, p. 415, note Y.-H. LELEU et F. DEGUEL, *Act. dr. fam.*, 2010, p. 89, note C. DECLERCK et D. PIGNOLET, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 366, note N. BAUGNIET, *Not. Fisc. M.*, 2010, p. 231, note C. DELCERCK), estime, à juste titre selon nous, que « *le fondement juridique de cette créance est indiscutablement l'enrichissement sans cause* » ce qui semble être admis implicitement par les parties. La créance dont il est question ici est celle de l'ex-épouse qui entend obtenir la restitution des fonds personnels qui ont servi à l'acquisition en indivision par les époux.

Cet arrêt qui s'inscrit dans le nouveau courant doctrinal, déjà mentionné dans les précédentes Chroniques⁴⁰⁷, a toutefois fait l'objet de nombreuses critiques (voy. *infra*, n° 115), notamment car, au delà de la volonté de l'épouse qui s'est appauvrie, ce qui peut constituer une cause aux transferts, cette même épouse a réalisé l'apport dans son intérêt et en prenant le risque d'appauvrissement. Certains auteurs interprètent cela comme constituant une cause juridique rendant l'*action de in rem verso* inapplicable⁴⁰⁸. Nous considérons toutefois que ces éléments ne peuvent pas constituer des causes aux mouvements opérés car ils sont nécessairement présents dans le cas d'époux séparés de biens.

F. D.

⁴⁰⁵ De manière assez critiquable, la cour semble fonder son raisonnement et sa décision sur les simples affirmations d'une des parties à la cause.

⁴⁰⁶ La cour ne donne aucune précision quant à cette obligation naturelle. Rappelons que l'obligation de contribution aux charges du mariage n'est pas une obligation naturelle, mais bel et bien une obligation légale (art. 221 C. civ.), applicable à tous les époux, quel que soit leur régime matrimonial (art. 212, al. 1^{er} C. civ.).

⁴⁰⁷ Voy. *Chroniques Notariales*, vol. 48, 2008, p. 258, n° 92.

⁴⁰⁸ C. DECLERCK et D. PIGNOLET, « La réévaluation des créances en régime de séparation de biens », *Act. dr. fam.*, 2010, p. 92 ; C. DECLERCK, « Herwaardering van schuldborderingen in scheidingsstelsels », *Not. Fisc. M.*, 2010, p. 234

115. (suite). Réévaluation

Outre la question controversée de l'absence ou non de cause à l'enrichissement/appauvrissement d'un ex-époux séparés de biens, l'arrêt précité de la cour d'appel de Liège innove car il estime que la créance reconnue à l'ex-épouse sur la base de l'*actio de in rem verso* doit faire l'objet d'une revalorisation en raison de la plus-value ultérieure de l'immeuble que les fonds ont permis d'acquérir (Liège, 22 octobre 2008, R.G.D.C., 2009, p. 415, note Y.-H. LELEU et F. DEGUEL, *Act. dr. fam.*, 2010, p. 89, note CH. DECLERCK et D. PIGNOLET, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 366, note N. BAUGNIET, *Not. Fisc. M.*, 2010, p. 231, note CH DELCERCK ; *supra*, n° 114).

En effet, selon la cour, bien que la créance ne soit pas une récompense, les époux étant mariés sous le régime de la séparation de biens, le simple apport nominal de l'épouse ne peut être retenu dans la mesure où cet apport a permis une plus-value de l'immeuble, plus-value dont l'épouse serait privée car elle ne profiterait qu'à l'époux, créant un enrichissement dans le chef de ce dernier et un appauvrissement dans le chef de l'épouse. En outre, cet enrichissement est sans cause à partir du moment où l'époux profiterait seul de la plus-value d'un investissement auquel il n'a pas participé.

Nous approuvons cet arrêt⁴⁰⁹, qui a pourtant fait l'objet de nombreuses critiques, notamment quant au calcul opéré par la cour pour déterminer le montant de la plus-value qui revient à l'appauvri⁴¹⁰. C. DECLERCK et D. PIGNOLET estiment en outre que l'article 1390 du Code civil, disposition qui prescrit qu'à défaut de disposition particulières, les règles du régime légal s'appliquent, ne peut pas être invoqué pour appliquer l'article 1435 du Code civil et le principe de la revalorisation des récompenses qu'il porte⁴¹¹. Or, nous l'avons dit : la cour estime que la créance reconnue à l'épouse n'est *pas* une récompense et elle n'applique donc pas cet article 1435 du Code civil. C'est uniquement le *principe* consacré par cette disposition qui est utilisé par la cour.

En outre et surtout, la portée de l'article 1390 est sujet à controverse dans la doctrine actuelle. La doctrine majoritaire⁴¹² soutient en effet qu'un mécanisme communautaire pourrait s'appliquer

⁴⁰⁹ Pour plus de détails, voy. Y.-H. LELEU et F. DEGUEL, « L'enrichissement sans cause et le valorisme en séparation de biens », R.G.D.C., 2009, p. 417. Voy. également N. BAUGNIET, « Les créances entre ex-époux mariés sous le régime de la séparation de biens », *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 385, selon laquelle la créance reconnue sur la base de la théorie de l'enrichissement sans cause serait une créance de valeur – par opposition à une créance de somme – ce qui a pour conséquence que le juge pourrait tenir compte de l'inflation lors de l'appréciation du montant de la restitution.

⁴¹⁰ Voy. P. DE PAGE, « La séparation de biens – Jurisprudences récentes », in *La liquidation-partage*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 218.

⁴¹¹ C. DECLERCK et D. PIGNOLET, « La réévaluation des créances en régime de séparation de biens », *Act. dr. fam.*, 2010, p. 92, n° 4 ; C. DECLERCK, « Herwaardering van schuldvorderingen in scheidingsstelsels », *Not. Fisc. M.*, 2010, p. 234, n° 4.

⁴¹² Voy. not. à propos des *avantages matrimoniaux* et de l'article 1464 du Code civil et pour plus de détails, Y.-H. Leleu, « Avantages matrimoniaux, Notions, clauses dissymétriques, impact fiscal », in *Conjugalité et décès*, A-Ch. VAN GYSEL (éd.), Limal, Anthémis, 2010, p. 54 et s., n° 33 et s. ; R. DEKKERS et H. CASMAN, *Handboek Burgerlijk recht*, IV, *Huwelijksstelsels, Erfrecht, Giften*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 228, n° 350 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylants, 2008, p. 295, n° 234 ; L. VOISIN, « Les avantages matrimoniaux dans les régimes de séparation de biens », in *Le statut patrimonial du conjoint survivant*, J.-L. RENCHON et F. TAIMONT, Bruxelles, Bruylants, 2004, p. 337. Dans le même sens: Anvers, 5 octobre 2004, *Rev. not. belge*, 2005, 706, note L. VOISIN, N.F.M., 2004, 68, note A. VERBEKE, T.F.R., 2005, 374, note M. DELBOO et G. DEKNUDT, *F.J.F.*, 2006, 185, R.G.E.N., 2005, 301, n° 25542, note, *T. not.*, 2007, 510, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, 259, somm. À propos de l'*attribution préférentielle*, voy. R. DEKKERS et

dans un régime séparatiste communautarisé par un correctif⁴¹³. Cette communautarisation pourrait autant résulter d'une clause du contrat de mariage que d'un transfert de richesse.

La solution, pour éviter toute discussion lors de la liquidation-partage, serait d'insérer une clause dans le contrat de mariage qui pourrait être rédigée comme suit⁴¹⁴ :

« *L'époux qui bénéficie d'une créance à l'égard de son conjoint en vertu des règles édictées par le présent contrat peut se prévaloir des principes de l'article 1435 du Code civil afin de réévaluer sa créance, si les conditions prescrites par cette dernière disposition sont réunies dans le cas de cette créance* ».

F. D.

H. CASMAN, *Handboek Burgerlijk recht*, IV, *Huwelijksstelsels, Erfrecht, Giften*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 228, n° 350, note 419 ; M. DE CLERCQ, « De preferentiele toewijzing : ook voor onverdeelde goederen die niet tot gemeenschap behoorden ? », *T. Not.*, 2007, 25, n° 20 ; N. GEELHAND, « Rariteiten in successieplanning hand », *T.E.P.*, 2009, 81, n° 87. *Contra* : F. BUYSENS, « Wettelijke samenwoning : het recht is geen zaak van billijkheid », *T. fam.*, 2009, 65. Voy également C. DECLERCK et D. PIGNOLET, « La réévaluation des créances en régime de séparation de biens », *Act. dr. fam.*, 2010, p. 93, n° 4, selon qui le contrat de séparation de biens des parties est la convention particulière dont fait mention l'article 1390 du Code civil, ce qui empêcherait toujours l'application de cette disposition en séparation de biens...

⁴¹³ Certains auteurs estiment qu'un tel mécanisme peut également s'appliquer dans le cadre d'un régime séparatiste pur et simple. Voy. R. DEKKERS et H. CASMAN, *Handboek Burgerlijk recht*, IV, *Huwelijksstelsels, Erfrecht, Giften*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 228, n° 350 ; Y.-H. Leleu, « Avantages matrimoniaux, Notions, clause dissymétrique, impact fiscal », in *Conjugalité et déès*, A-Ch. VAN GYSEL (éd.), Limal, Anthémis, 2010, p. 56, n° 34.

⁴¹⁴ F. DEGUEL, « Les (clauses relatives aux) comptes entre ex-époux séparés de biens et l'enrichissement sans cause », *Rev. not. belge*, 2011, p. 367, n° 8.

Chapitre 6.

Le droit transitoire de la loi du 14 juillet 1976

116. Régimes conventionnels en communauté. Droit/obligation d'acceptation de la communauté par l'épouse (art. 1453 et suivants anciens). Inconstitutionnalité

1. La Cour de cassation avait (mal) tranché la controverse relative à la survie du droit d'acceptation de la communauté par l'épouse en régime conventionnel en communauté antérieur à 1976 (art. 1453 ancien), survie qui permettait surtout aux maris de se prévaloir d'une prétendue inertie de plus trois mois de leur épouse pour priver celle-ci de toute part dans la communauté (art. 1463 ancien)⁴¹⁵. Elle avait voulu être fidèle à sa ligne restrictive quant à l'interprétation des dispositions transitoires (art. 1, 3°, al. 1^{er} et 47, § 3) excluant, pour ces époux seulement, l'application des règles de partage du nouveau régime légal.

Cela nous avait choqué car un vif courant doctrinal abreuvait une interprétation de ces dispositions transitoires dans le sens de l'abrogation implicite du droit d'acceptation/de privation de part de la communauté⁴¹⁶. Nous nous étions alors risqués à penser que cet ancien droit de la liquidation, que la Cour persistait, par une interprétation exégétique, à vouloir appliquer aux couples mariés sous un ancien contrat de communauté, contenait du « mauvais vin », au bouquet d'ancien régime, nauséabond par ses relents inégalitaires, toxique en l'espèce où la règle était dévoyée pour fonder un racket des acquêts⁴¹⁷.

2. Les suites de cette affaire ont heureusement démenti cette prévision. La cour d'appel de Liège statuant sur renvoi (Liège, 7 mars 2007, *Div. Act.*, 2007, 150, note, *Rev. not. belge*, 2007, 647, note D. STERCKX, *T. not.*, 2008, 229 note M. DE CLERCQ) n'a eu aucune difficulté à appliquer cet arrêt, sans faire droit aux demandes du mari, car l'*acceptation tacite de la communauté par l'épouse*, jadis et actuellement par sa prolongation transitoire⁴¹⁸, résultait en l'espèce, notamment, de la connaissance par le mari de la demande en liquidation-partage formée par son épouse. La cour ne devait pas motiver plus avant en fait, mais en a pris soigneusement la peine, et a en outre précisé,

⁴¹⁵ Cass., 6 juin 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, 1264, note N. BAUGNIET, *Rev. not. belge*, 2005, 539, obs., *Div. Act.*, 2005, 104, note O. VANHULST, *R.W.*, 2006-2007, 837, *T. not.*, 2007, 36, commenté par Y.-H. LELEU in *Chroniques notariales*, vol. 42, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 211, n° 98. *Adde* : F. BOUCKAERT, *Het ontwarbaar kluwen van de overgangsbepalingen van de wet op het huwelijksvermogensrecht van 14 juli 1976 en het arrest van het Hof van Cassatie van 6 juni 2005*, *T.not.*, 2007, 3; Y.-H. LELEU, *Du mauvais vin dans de vieilles outres*, *Rev. not. b.*, 2005, p. 618.

⁴¹⁶ Not. H. Casman, *Régimes matrimoniaux*, Malines, Kluwer, feuillets mobiles, VII-I, 20 ; S. Mosselmans, « Le droit transitoire relatif aux régimes matrimoniaux : un état actuel des choses », in *Régimes matrimoniaux*, Malines, Kluwer, III.7-26 ; J.-L. Renchon, in *R.P.D.B.*, v° Régimes matrimoniaux (droit interne), compl. VI, Bruxelles, Bruylant, 1983, n° 284 ; L. Rousseau, « Dispositions transitoires (application de la loi du 14 juillet 1976 aux époux mariés avant le 28 septembre 1976) », in *Répertoire notarial*, V/II, n°1302.

⁴¹⁷ Nettement moins critique : Ph. De Page, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 354, n° 281, note 1164.

⁴¹⁸ Voy. à ce sujet : J. RENAUD, *Régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Larcier, 1971, p. 685 et s., n° 1153 et s. (épouse) et p. 701, n° 1190 (mari) ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, X, *Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Bruylant, 1949, p. 760, no 893.

révélant clairement l'impraticabilité du raisonnement de la Cour de cassation, que l'immixtion de l'épouse dans la gestion commune, constitutive d'acceptation tacite, est une conséquence de la loi nouvelle, inévitable, de droit, incontournable...

3. Néanmoins cette jurisprudence a donné des idées à d'anciens “seigneurs et maîtres de communauté”, solvables mais désireux de spolier leur “dame. Jusqu'à présent, leurs ardeurs ont pu être éteintes par la constatation judiciaire d'une acceptation tacite, notamment devant le tribunal de Malines. En l'espèce, le tribunal considère comme acceptation tacite la demande en liquidation-partage de la communauté formée par l'épouse dans le délai de 3 mois et 40 jours, prenant cours, suivant l'ancienne jurisprudence, à la date de transcription du divorce (Malines, 12 mars 2008, *R.W.*, 2009-2010, 1056)⁴¹⁹. Ce tribunal a pu « sauver » l'épouse de la demande déraisonnable du mari, mais ses motifs relatifs à l'impossibilité de prendre en considération les actes (de gestion) de l'épouse durant le régime, sauf à titre d'interprétation de ses comportements *dans le délai légal d'acceptation*, nous paraissent excessivement sévères, et de nature à exclure l'acceptation tacite par demande en liquidation partage formée tardivement ou seulement *dans la citation en divorce*.

4. A force d'être respectueux de ce droit ancien si mal adapté au contexte actuel, des juges et des épouses se sont effectivement trouvés dans l'impossibilité de trouver des actes d'acceptation tacite dans cette fenêtre temporelle étroite. Tel a été le cas du tribunal de Nivelles (Civ. Nivelles, 7 mai 2008, *Act. Dr. Fam.*, 2009, p. 34, note A.-M. BOUDART), qui a dû constater en fait que l'épouse avait renoncé à la communauté, aucun de ses actes antérieurs au divorce ne prouvant le contraire, et que le mari n'avait pas renoncé à se prévaloir de la sanction de l'article 1463 ancien. Heureusement elle a saisit la Cour constitutionnelle d'une question préjudiciale relative à la discrimination portée par la disposition transitoire, dans l'interprétation qu'en a fait la Cour de cassation.

5. La paix judiciaire est venue de la Cour constitutionnelle (C.const., 19 mars 2009, *Act. Dr. Fam.*, 2009, 65, *J.L.M.B.*, 2009, 1056, obs. Y.-H. LELEU, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 2009, 897, *R.W.*, 2009-2010, 1533, somm., *Rec. Gén. Enr. Not.*, 2009, 212), qui enseigne qu'un droit inégalitaire, même revigoré par une interprétation de dispositions transitoires au plus haut niveau jurisprudentiel, viole le principe constitutionnel d'égalité. Dans ses considérants principaux (B.7.2 et B.7.3), la Cour juge que la différence de traitement – constatée sans ambiguïté plus haut (B.7.1) - pouvait se justifier en tant que correctif à l'inégalité des époux en matière de gestion de la communauté (art. 1421 ancien C.civ.) de manière à épargner, le cas échéant, à l'épouse privée de cette gestion la charge d'un passif contracté par son mari. Elle censure toutefois la disposition transitoire pour ses effets disproportionnés envers l'ex-épouse, risquant d'être privée d'une part de communauté gérée, depuis 1976, concurremment avec son ex-mari (art. 1416 C.civ.).

Il était temps que l'article 1453 cesse d'être appliqué. La situation voulue par la Cour de cassation entraînait à charge des notaires liquidateurs une “nouvelle” obligation de conseil à l'attention de certaines ex-épouses ou de leurs héritiers, qu'il fallait clairement avertir de ce “nouveau” droit et de leur « nouvelle » obligation d'accepter la communauté⁴²⁰. Nombre de notaires pouvaient

⁴¹⁹ Civ. Malines, 12 mars 2008, précité.

⁴²⁰ M. DE CLERCQ, Over de aanvaarding van het gemeenschappelijk vermogen voor echtgenoten onder een oud gemeenschapsregime gehuwd, *T.not.*, 2008, p. 214.

légitimement, mais plus légalement, oublier cette obligation, et engager leur responsabilité à hauteur des acquêts perdus⁴²¹.

6. La messe est dite, mais persiste la jurisprudence de la Cour de cassation qui exclut pour les seuls époux communs en biens mariés sous contrat ancien, depuis plus de dix ans par une semblable exégèse des mêmes dispositions transitoires, d'une part, *l'attribution préférentielle* (art. 1447 C.civ.)⁴²² et, d'autre part, la *revalorisation des récompenses* (art. 1435 C.civ.)⁴²³.

L'arrêt commenté de la Cour constitutionnelle a été l'occasion pour nous de réviser, à la hausse, nos critiques envers cette jurisprudence. Même si la Cour constitutionnelle a validé par trois arrêts successifs cette jurisprudence au regard du principe d'égalité⁴²⁴, c'est à tort selon nous qu'elle confirme un particularisme reposant seulement sur un critère objectif, *la nature contractuelle du régime*, sans s'interroger suffisamment sur sa justification et sur sa proportionnalité au regard de l'objectif poursuivi par le législateur. En matière de droit transitoire des règles de partage, l'objectif du législateur n'était certainement pas de perpétuer l'ancien droit et conduire à des liquidations différencierées pendant plusieurs décennies. Il a péché par omission, n'a pas envisagé cette question et n'a malheureusement pas aperçu les conséquences d'une interprétation restrictive des dispositions transitoires⁴²⁵.

Au départ des principes généraux de droit transitoire – qui s'appliquent en cas de nécessité d'interpréter des dispositions transitoires spéciales –, nous nous étions interrogés en ce qui concerne l'attribution préférentielle sur l'absence de réponse par les deux Cours suprêmes à la question si le maintien des règles anciennes de partage avait ou non, par une volonté expresse ou tacite des parties, été inclus dans le champ de leurs prévisions contractuelles⁴²⁶. On peut en douter dans la majorité des cas parce que la principale raison pour laquelle les époux stipulaient des

⁴²¹ Y.-H. LELEU, Examen de jurisprudence, Les régimes matrimoniaux (1997 à 2005), R.C.J.B., 2007, n° 130, p. 172.

⁴²² Cass., 15 mai 1998, *Pas.*, 1998, I, 594, *J.T.*, 1999, 106, obs. Y.-H. LELEU, *Rev. not. belge*, 1999, 40, *R.W.*, 1998-1999, 1418, *Div. Act.*, 1999, 70, note E. de WILDE d'ESTMAEL, *T. not.*, 1999, 309, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, 700, note Ph. DE PAGE.

⁴²³ Cass., 27 avril 2001, *Pas.*, 2001, I, 715, *R.G.D.C.*, 2002, 128, *E.J.*, 2002, 2, note S. MOSSELMANS, *J.T.*, 2003, 81, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, 606, note Y.-H. LELEU, note J.-L. RENCHON.

⁴²⁴ C.A., 22 janvier 2003, *T. not.*, 2003, 222, *Div. Act.*, 2003, 81, note (approbative) I. DE STEFANI, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, 598, note (critique) J.-L. RENCHON, *Rev. not. belge*, 2003, 661, obs. Dans le même sens : C.A., 22 juillet 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, 202; C.A., 24 septembre 2003, *Div. Act.*, 2004, 43, note, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, 207.

⁴²⁵ J.-L. RENCHON, note précitée, p. 605 et du même auteur, avec plus de détails : Les difficultés de droit transitoire relatives à la revalorisation du montant des récompenses, in *Dix années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 23 et s., n° 3-7. Pour plus de détails : Y.-H. LELEU, obs. précitées, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1065, n° 4 et s.

⁴²⁶ Y.-H. LELEU, Examen de jurisprudence (1982-1996), R.C.J.B., 1998, p. 352, n° 201 et note sous Cass., 15 mai 1998, *J.T.*, 1999, p. 108, n° 4. D'autres auteurs estiment, à tort selon nous, que ces époux « ont tacitement, mais certainement choisi d'intégrer conventionnellement à leur régime les dispositions légales de l'époque, relatives à la liquidation », ceci sur la base notamment d'un présupposé d'une information complète (donc jusqu'au principe du partage en nature) : Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, Le droit transitoire des régimes conventionnels « en communauté » et la Cour d'arbitrage, *Rev. Not. belge*, 2003, p. 654.

communautés conventionnelles était de déroger aux règles de composition des patrimoines et non à celles de partage de la communauté⁴²⁷

Même si l'arrêt du 19 mars 2009 de déforce pas la jurisprudence antérieure de la Cour constitutionnelle, que le Conseil des ministres ne manque pas de lui rappeler (A.7), il ne dissipe nullement nos troubles à son égard.

Nous avions perçu, à l'analyse de la jurisprudence des deux Cours suprêmes, une certaine forme de dévotion au principe général de droit transitoire du maintien du droit ancien supplétif sur fond duquel un contrat a été conclu, un principe général qu'il convient de distinguer de celui de non-rétroactivité de la loi.

Le premier principe est bien établi et certainement respectable en droit commun des obligations. Mais poussé jusqu'à sa limite extrême en droit des régimes matrimoniaux, comme dans l'arrêt censuré de la Cour de cassation du 6 juin 2005, si son impact dans l'interprétation des dispositions transitoires n'est pas nuancé en fonction de chaque disposition matérielle dont le maintien est demandé par l'une des parties, il conduit mécaniquement à la survivance de la globalité de l'ancien droit non-impératif, en ce compris les dispositions inéquitables ou inégalitaires que la loi de 1976 n'aurait pas explicitement abrogées.

Nous n'en voyons plus guère, certes, à la fois parce que la réforme de 1976 était aboutie, et parce que toutes les dispositions visant à consacrer la nouvelle et complète égalité entre les époux sont impératives (art. 1451, C. civ.). On ne peut cependant les exclure, mais nous serons les derniers à entreprendre leur recherche pour éviter d'alimenter cette jurisprudence.

Notre souhait est donc que la censure constitutionnelle des conséquences extrêmes de la jurisprudence de la Cour de cassation, *incite cette dernière à réviser sa jurisprudence et à donner la priorité au nouveau droit de la liquidation-partage, pour tous les couples communs en biens.*

Contrairement à d'autres⁴²⁸, nous ne trouvons pas anormal que l'interprétation de dispositions transitoires manquant de clarté – *quod non* selon nous pour l'article 47 § 3 – s'effectue de manière plus progressiste, en faveur de l'application de la loi “nouvelle”, sans exclure le respect des dispositions-cadre anciennes que les contractants ont réellement voulu maintenir applicables à leur relation contractuelle.

Si la Cour de cassation, dans son arrêt du 6 juin 2005, avait opté pour cette solution, soit motif pris de l'absence de « nécessité » des articles 1453 et 1463 anciens dans la liquidation-partage (art. 47, § 3 des dispositions transitoires), soit motif pris de leur abrogation implicite mais certaine en raison de l'application immédiate de la gestion égalitaire (art. 1, 3°, al. 1^{er} des dispositions transitoires), elle n'aurait pas contredit sa jurisprudence en matière d'attribution préférentielle et de revalorisation des récompenses car, à la différence de ces deux institutions, les règles de gestion sont certainement impératives, pour réaliser la nouvelle égalité entre époux.

C'est donc le manque de nuances, conséquence probable d'une exégèse ou d'une “simple lecture” (*dixit* le Conseil des ministres - A.7), qu'il faut reprocher à la Cour de cassation et à la Cour constitutionnelle qui valide celle-ci hors le cadre de l'acceptation de communauté. Nul ne soutient

⁴²⁷ J.-L. RENCHON, note précitée, p. 604.

⁴²⁸ Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, Le droit transitoire des régimes conventionnels « en communauté » et la Cour d'arbitrage, p. 657.

qu'aucune règle de liquidation ancienne ne puisse survivre, mais cette survie ne peut, à notre avis, être fondée sur le texte des dispositions transitoires spéciales, ambigu sur cette question, et qui doit s'interpréter conformément aux principes généraux du droit transitoire.

Ainsi, l'*attribution préférentielle* (art. 1447 C.civ.) ne nuit ni profite à aucun des époux qui se disputent le logement commun et qui ont contracté mariage à l'époque où le principe du partage en nature prévalait, tandis que son exclusion préjudicie certainement celui des deux qui la réclame. La seule existence du contrat, sans indice de volonté de maintien de l'ancienne règle du partage en nature, sans confirmation de l'inclusion de cette règle dans les prévisions contractuelles des parties, ne justifie pas suffisamment de l'accorder seulement aux époux mariés sans contrat avant 1976 et de la refuser aux époux mariés sous un ancien régime communautaire conventionnel. Il y a disproportion à faire prévaloir le respect d'un principe abstrait au détriment d'un intérêt concret. Au surplus, nous nous rallions à l'opinion qui considère l'attribution préférentielle comme transcendante aux régimes en communauté⁴²⁹, voire aux communautés greffées sur d'autres régimes⁴³⁰, et même à tout bien préférentiel en indivision volontaire⁴³¹.

Par contre, nous avons écrit⁴³² qu'il était plus justifié que la *revalorisation des récompenses* (art. 1435 C.civ.), un autre progrès incontestable du nouveau droit de la liquidation, soit exclue dans la liquidation des anciennes communautés conventionnelles, même pour un fait génératrice post-1976. En effet, au contraire de la dérogation au partage en nature, la modification du droit-cadre en cette matière a un impact économique suffisant pour considérer, même sans en être certain, que les époux auraient pu contracter autrement (exclure la revalorisation ?) s'ils avaient pu prévoir le changement de règle d'évaluation.

Le présent commentaire est cependant l'occasion de réfléchir à nouveau sur cette question, à l'heure où le principe du valorisme tend à régir même les comptes entre époux séparés de biens⁴³³, ce que la loi permet chez nos plus proches voisins⁴³⁴. Quel est le poids du critère, certes objectif, de la nature contractuelle du régime, face au principe de rétablissement équitable, donc intégral et en valeur actuelle, de tous les déplacements non justifiés de richesses entre patrimoines personnels et commun, à notre avis fondamental en équité, et qui devrait être généralisé en droit? Le régime des récompenses ressort au droit commun de tous les époux mariés en communauté, voire attitrés à une communauté, à défaut de conventions particulières de leur contrat (art. 1390 C.civ.). Tel est le cas des anciens époux mariés sous communauté conventionnelle dont le contrat ne réglerait pas explicitement le régime des récompenses et dont il ne serait pas prouvé que leur intention avait été d'adhérer au régime-cadre nominaliste de l'époque. Les raisons de priver seulement certains de ce que nous estimons être un des attributs essentiels du régime des

⁴²⁹ Gand, 4 novembre 1994, *A.J.T.*, 1994-95, 483, note (approbative) J. GERLO.

⁴³⁰ Anvers, 12 mai 2004, R.G.D.C., 2006, 169, *T. not.*, 2007, 11, note M. DE CLERCQ, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, 259, somm.

⁴³¹ En ce sens : N. GEELHAND, Rariteiten in successieplanning- land, *Tijdschrift voor estate planning*, 2009, p. 84 ; *contra* : F. BUYSSSENS, Wettelijke samenwoning : het recht is geen zaak van billijkheid, *T.Fam.*, 2009, 66.

⁴³² Y.-H. LELEU, Examen de jurisprudence (1997 à 2005), R.C.J.B., 2007, n° 129, p. 171

⁴³³ Liège, 22 octobre 2008, commenté *supra*, n° 114-115.

⁴³⁴ Art. 1543 du Code civil français, combiné à ses articles 1479 et 1469.

récompenses, à savoir l'évaluation valoriste, s'étiolent à mesure que l'équité invite à la juste indemnisation.

On opposera toujours aux considérations qui précèdent l'exigence, déjà relativisée, du respect des droits et attentes des parties. Le respect des prévisions contractuelles supposent qu'elles soient avérées, à tout le moins présumées, mais aussi dignes de ce respect face aux autres intérêts en présence. Quant à la préservation des droits dits "acquis", celle-ci ne trouve aucune consécration comme telle dans un principe général de droit transitoire⁴³⁵.

La Cour de cassation semble, par sa jurisprudence en matière de droit transitoire des communautés conventionnelles, privilégier le respect des droits ou des attentes nés d'une ancienne législation, sans se formaliser de ce qu'elle freine l'application de la nouvelle, et ainsi engendre des iniquités soit non justifiées, soit disproportionnées eu égard à l'objectif du législateur. Les dispositions transitoires des législations qui donnent matière à interprétation en raison de leur manque de clarté, devraient l'être dans un sens favorable à la mise en œuvre de la loi nouvelle. A l'exégèse doit être préférée l'écoute des objectifs du législateur.

Y.-H. L.

⁴³⁵ Elle est même critiquée : P. ROUBIER, *Le droit transitoire*, Paris, Dalloz, 1963, p. 166 et s., n° 36.

Chapitre 7.

Le régime patrimonial des couples non mariés

Section 1. L’union libre

§1^{er}. Logement familial

117. Représentation d’une partie par l’autre. Procuration

L’article 728, § 2 du Code judiciaire autorise une partie à être représentée, devant le juge de paix, par son conjoint, un parent ou un allié porteur d’une procuration écrite et agréé spécialement par le juge. Dans son ordonnance du 13 décembre 2007, le juge de paix de Roulers, accepte l’application de cet article, par analogie, au partenaire de fait muni d’une procuration (J.P. Roulers, 13 décembre 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, 423, somm, *J.J.P.*, 2009, p. 368). Cette approche souple témoigne d’un souci d’efficacité de la procédure. On s’étonnera toutefois que le magistrat invoque la concordance des règles entre conjoints (art. 215 et 230 C. Civ.) et cohabitants légaux (art. 1477 C. Civ.) pour fonder cette application analogique, l’hypothèse dont il était saisi concernant des partenaires en union libre.

E. L.

118. Droit de mettre fin au bail de résidence principale

En cas de signatures conjointes du bail par des partenaires en union libre, les principes du droit commun s’appliquent. En effet, aucune disposition ne prescrit de solidarité entre les partenaires pour le paiement des dettes relatives au ménage ; celle-ci ne se présume pas (art. 1202) et l’article 222 du Code civil n’est pas applicable par analogie⁴³⁶.

En vertu du droit commun, il n’y a donc pas de solidarité légale, à l’instar de celle qui peut exister entre époux colocataires. Il n’y aura donc indivisibilité⁴³⁷ et/ou solidarité⁴³⁸ qu’en présence d’une stipulation expresse en ce sens⁴³⁹.

⁴³⁶ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 404, n° 388 ; F. TAINMONT, « Les charges du ménage », in *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, J.-L. RENCHON et F. TAINMONT, (éds.), Louvain-la-Neuve, Bruxelles, Académia, Bruylants, 2000, p. 127.

⁴³⁷ Celle-ci ne concerne que les rapports entre les débiteurs et leurs créanciers. Au stade de la contribution à la dette, la division reprend ses droits (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3^e éd., Bruxelles, Bruylants, 1967, p. 308, n° 309).

⁴³⁸ Celle-ci permet au créancier de choisir de poursuivre le débiteur de son choix, ou bien de poursuivre simultanément tous les codébiteurs. Celui qui est poursuivi en paiement de la dette peut opposer au créancier, outre les exceptions qui lui sont personnelles, les exceptions communes à tous les débiteurs (I. DURANT, « Quelques principes à propos des obligations plurales en matière de bail », *Act. jur. baux*, 2000, p. 99).

⁴³⁹ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, p. 403, n° 387.

C'est le cas dans une affaire dont eut à connaître le juge de paix de Roulers, qui donna lieu à une ordonnance du 13 décembre 2007 (J.P. Roulers, 13 décembre 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 423, somm, *J.J.P.*, 2009, p. 368). En l'espèce, un contrat de bail de résidence principale de neuf ans avait été conclu entre les bailleurs, demandeurs, et deux locataires, cohabitants en union libre, défendeurs. Après la rupture de la relation de couple, la femme quitta le logement et notifia son congé aux bailleurs, l'homme demeurant quant à lui encore plusieurs mois dans les lieux avant de mettre fin au bail.

Le conflit s'est noué entre les parties autour de loyers impayés, concernant la période où la femme avait déjà quitté les lieux et notifié son congé. Figurait dans ce contrat une clause prévoyant l'indivisibilité et la solidarité « pour le locataire ». Selon le magistrat, qui invoque le caractère *impératif* de l'article 3, § 5 de la loi du 20 février 1991 sur le bail de résidence principale comme fondement du droit de résiliation du locataire, cette clause n'aurait pu empêcher un des colocataires de quitter les lieux. Suivre la demande des bailleurs, qui postulaient l'application de la solidarité jusqu'au 27 juin 2007 (date du second congé, donné par Monsieur), serait revenu à priver Madame de ce droit de rupture légale. Le juge de paix précise ainsi, à raison, que chaque concubin conserve la liberté de notifier son congé aux bailleurs et de quitter les lieux de manière anticipée⁴⁴⁰, sans que cela emporte de conséquence pour l'autre colocataire⁴⁴¹.

Son raisonnement conduit par ailleurs le magistrat cantonal à ne pas condamner la femme aux arriérés de loyer⁴⁴². Cette solution, par contre, nous semble critiquable. A l'instar de l'opinion de B. Kohl, nous considérons que le juge de paix aurait dû faire droit à cette demande des bailleurs⁴⁴³. Selon les principes énoncés plus haut, un colocataire solidaire et indivisible en raison d'une stipulation expresse en ce sens, qui renonce anticipativement à son droit de bail, notifie son congé au bailleur et quitte les lieux, reste en effet solidairement tenu avec les autres colocataires de l'exécution de toutes les obligations contractuelles vis-à-vis du bailleur⁴⁴⁴.

E. L.

⁴⁴⁰ En ce sens : B. KOHL, « Le bail de résidence principale : modifications législatives et jurisprudence récentes », in *Le bail et le leasing immobilier*, CUP, vol. 112, Anthémis, Liège, 2009, p. 241.

⁴⁴¹ En ce sens B. LOUVEAUX, *Le droit du bail*, Bruxelles, De Boeck-Wesmael, 1993, p. 349.

⁴⁴² Le magistrat reprochait notamment au bailleur d'avoir tardé à agir en justice, alourdissant de la sorte de manière irréversible la situation de la locataire. En ce sens : J.P. Roulers, 15 février 2007, *J.J.P.*, 2008, p.151 ; à propos d'un bail de droit commun, J.P. Ixelles, 18 mars 2008, *J.T.*, 2008, p.320 ; à propos d'un bail commercial, Cass., 18 février 1988, *Bull.*, 1988, I, p.728.

⁴⁴³ B. KOHL, « Le bail de résidence principale : modifications législatives et jurisprudence récentes », *op. cit.*, p. 242.

⁴⁴⁴ J.-M. BROCORENS et A. DE SANTIS, « La pluralité de sujets dans le bail », in G. BENOIT, I. DURANT, P.-A. FORIERS, M. VANWIJJK-ALEXANDRE, P. WERY (dir.), *Le droit commun du bail*, Bruxelles, la Charte, 2006, p. 284.

§ 2. Contribution aux charges de la vie commune

119. Obligation naturelle pendant la durée de la relation (non)

L'union libre n'implique aucun partage des ressources. Le régime matrimonial primaire ne s'applique pas et aucune obligation alimentaire légale n'existe⁴⁴⁵. Dès lors la situation de fait où un enfant majeur fait le choix de vivre avec un compagnon ne libère nullement les parents de l'obligation alimentaire inscrite dans la loi.

C'est la réponse qu'apporte le juge de paix de Fontaine-l'Evêque, dans une affaire où une jeune fille ayant quitté le domicile parental réclamait à chacun de ses parents le versement d'une pension alimentaire mensuelle. Les parents invoquèrent, comme ligne de défense, une obligation naturelle dans le chef du concubin de leur fille, qui aurait pour conséquence qu'il appartient à ce dernier de subvenir aux besoins du ménage. Le juge de paix de Fontaine-l'Evêque refuse de suivre cette argumentation et rappelle la position de la Cour de cassation selon laquelle *l'obligation d'entretien parentale, fondée sur l'article 203 du Code civil, subsiste lorsque les moyens du conjoint de l'enfant sont insuffisants pour lui permettre de respecter son obligation d'entretien ou lorsqu'il est établi qu'il manque à son devoir*⁴⁴⁶. Et le juge de paix d'en déduire que si le mariage ne suffit pas en soi pour mettre fin à l'obligation alimentaire légale des parents, *a fortiori* en va-t-il ainsi du concubinage, qui n'entraîne aucune obligation de cette nature. La question demeure donc étrangère à la problématique de la hiérarchie des obligations alimentaires (J.P. Fontaine-l'Evêque, 6 novembre 2008, *J.J.P.*, 2010, 156, R.R.D., 2008, p. 193).

Si l'union libre est sans incidence sur l'existence du droit aux aliments, le juge de paix de Fontaine-l'Evêque considère néanmoins que cette situation de fait peut être retenue, comme une ressource de l'enfant, pour déterminer le montant de la pension à charge des parents⁴⁴⁷. Le magistrat cantonal rejoint ainsi la tendance jurisprudentielle majoritaire⁴⁴⁸, qui considère que le *quantum* de l'obligation d'entretien des parents doit être déterminé en fonction notamment des ressources de l'enfant⁴⁴⁹. Ainsi, selon S. Louis, « *les avantages matériels issus de l'union libre, notamment*

⁴⁴⁵ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, p. 394, n° 377.

⁴⁴⁶ Cass., 20 avril 2007, *Pas.*, 2007, I, p.744.

⁴⁴⁷ En ce sens : J.P. Tournai (2nd canton), 11 mars 2003, R.T.D.F., 2003, n°3, p. 590.

⁴⁴⁸ En ce sens : J.P. Grâce-Hollogne, 3 août 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1382 ; J.P. Courtrai, 11 mai 2004, *R.W.*, 2004-2005, p. 1558, note F. SWENNEN ; J.P. Saint-Josse-ten-Noode, 26 décembre 1990, *R.T.D.F.*, 1991, p. 278. Voy. approuvant cette tendance majoritaire : S. LOUIS, « L'éventuelle contribution de l'enfant dans ses frais d'entretien, d'éducation et de formation », *R.G.D.C.*, 2007, p. 629 ; W. PINTENS et Y.-H. LELEU, « *Opleidingkosten en familiaal vermogensrecht* », *T.O.R.B.*, 1993-94, p. 148, n°7 ; J. GERLO, « *Onderhoudsgelden* », (2^e éd.), Deurne, Kluwer, 1994, p. 126, n° 183 ; D. VAN LIERDE, « *De ouderlijk verplichting tot het betalen van onderhoudsgeld aan het meerderjarige kind voor het volgen van een bijkomende opleiding* », *T. fam.*, 2009, p. 47.. *Contra* : Mons (jeun.), 21 novembre 2005, *R.G.D.C.*, 2007, p. 621 ; J. DABIN, note sous Cass., 13 février 1947, *R.C.J.B.*, 1950, p. 173.

⁴⁴⁹ Voy. à propos des différentes ressources personnelles de l'enfant (revenus de son activité professionnelle, capital, revenus du capital), Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, p. 750-752, n° 790.

le partage des charges entre les partenaires, seront pris en compte lors de la fixation du montant de l'obligation des parents »⁴⁵⁰.

Le juge de paix de Fontaine-l'Evêque dans la décision précitée ajoute néanmoins une condition pour que l'intervention effective par un concubin, dans les frais d'entretien, d'hébergement et de formation de l'enfant majeur puisse être considérée comme une « ressource » de l'enfant⁴⁵¹. Selon lui encore faut-il que toutes les conditions soient remplies pour qu'une obligation naturelle soit novée en obligation civile de nature conventionnelle à charge du concubin⁴⁵². En l'espèce, le magistrat cantonal considère que ces conditions ne sont pas remplies.

E. L.

120. Paiement du loyer

La loi n'attachant aucun effet patrimonial à l'union libre, en cas de rupture et en l'absence d'aménagements contractuels, la titularité exclusive du bail prive le partenaire non-locataire de tout droit d'habitation et le soustrait à toute obligation concernant le paiement d'un loyer⁴⁵³. C'est donc à raison que le juge de paix de Tournai déboute le locataire de sa demande de paiement de la moitié des loyers par son ancien compagnon. Le juge estime que si la titularité exclusive du bail prive le partenaire du locataire de tout droit d'habitation - ce qui permit d'ailleurs à la requérante d'agir en expulsion de son ancien compagnon du chef d'occupation des lieux sans titre ni droit -, elle le soustrait également à toute obligation (J.P. Tournai, 13 mai 2008, *J.L.M.B.*, 2009, 498).

Cela vaut aussi bien à l'égard du bailleur que du concubin locataire puisqu'il n'existe pas entre les concubins d'obligation de contribution aux charges du ménage de sorte qu'un concubin ne saurait, en l'absence d'exécution volontaire, obliger l'autre à contribuer de manière forcée aux charges du ménage. Pas plus «qu'un concubin ne pourrait, postérieurement à la rupture de la vie commune, obtenir remboursement de sommes versées dans le cadre de cette contribution aux charges de la vie commune»⁴⁵⁴.

E. L.

⁴⁵⁰ S. LOUIS, « L'éventuelle contribution de l'enfant dans ses frais d'entretien, d'éducation et de formation », *op. cit.*, p. 629.

⁴⁵¹ En ce sens : S. LOUIS, « Obligation parentale d'entretien et obligations alimentaires de droit commun: jurisprudence récente », in *Actualités de droit familial, le point en 2008*, CUP, vol. 103, Bruxelles, Larcier, p. 156.

⁴⁵² Soit une dette morale, un devoir de conscience individuel reconnu socialement en ce qu'il suppose une véritable communauté de vie entre les partenaires ; la reconnaissance, en pleine connaissance de cause, que l'on est débiteur de pareil devoir et qu'il ne s'agit pas d'une simple libéralité ; une exécution volontaire ou une promesse ferme d'exécution (J. SOSSON, « Du devoir moral à l'obligation civile de fournir des aliments...utilité actuelle et limites de la théorie des obligations naturelles, » *Rev. Trimestr. Dr. Fam.*, 1998, p. 509).

⁴⁵³ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, p. 402, n° 386.

⁴⁵⁴ A.-C. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, Bruxelles, Bruylants, 2008, p. 364.

§ 3. Propriété

121. Preuve de la propriété des biens meubles : présomption d'indivision

En matière d'union libre, l'indivision immobilière résulte soit d'un titre, soit d'une copossession mais non de la loi⁴⁵⁵. Un bien qualifié indivis conserve donc ce statut jusqu'à preuve d'une répartition différente des parts de propriété. La cour d'appel de Mons rappelle dès lors, lorsque les concubins opèrent une confusion entre leurs biens mobilier respectifs, qu'il ne saurait être imposé au créancier de l'un d'établir une distinction entre ces biens. Il s'ensuit que le créancier peut saisir ces biens mobilier sauf si le concubin non-débiteur parvient à établir sa propriété exclusive sur tout ou partie de ceux-ci (Mons, 14 novembre 2008, *J.L.M.B.*, 2010, 878).

E. L.

122. Preuve de la propriété des biens meubles : moyens de preuve

En union libre, la preuve de la propriété des biens est régie par le droit commun. Celle des meubles peut ainsi résulter d'un écrit – inventaire, facture d'achat, etc... A défaut la preuve de la propriété peut résulter de présomptions, concordances ou témoignages. Par contre, comme le rappelle le juge de paix de Audenarde, les partenaires ne pourront invoquer la présomption de l'article 2279, al. 1^{er} du Code civil en vertu de laquelle la possession vaut titre, dès lors que la possession des biens, compte tenu de la cohabitation, est généralement équivoque (J.P. Audenarde, 7 juin 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009/3, 951, somm., *J.J.P.*, 2009, 163).

En toute hypothèse, le juge conserve un pouvoir d'appréciation de la force probante des indices de propriété⁴⁵⁶. Ainsi, la cour d'appel de Mons, dans son arrêt du 14 novembre 2008, considère que des photographies non corroborées par d'autres éléments de preuve, ne constituent pas des preuves de la propriété personnelle des objets que le concubin non-débiteur revendique. En effet, de telles photographies ne constituent pas, à elles seules, un ensemble de présomptions suffisamment graves, précises et concordantes permettant d'établir dans le chef du partenaire non-débiteur une possession continue pour elle-même, c'est-à-dire de propriétaire, pendant la période immédiatement antérieure à la période de vie commune (Mons, 14 novembre 2008, *J.L.M.B.*, 2010, 878).

Lorsque des frais ont du être exposés pour les besoins de la cause en revendication de biens mobilier, en l'espèce pour la production d'extraits de comptes bancaires, le juge de paix de Audenarde considère que ces frais doivent être considérés comme des frais de justice. Dès lors qu'aucun des concubins n'a pu faire la preuve de sa propriété exclusive, le magistrat compense ces frais de justice au sens de l'article 1017, al. 3 du Code judiciaire (J.P. Audenarde, 7 juin 2007, précité).

E. L.

⁴⁵⁵ S. BOUFFLETTE, « Copropriété ordinaire et possession mobilière », in *La copropriété*, CUP, vol. 113, Bruxelles, Anthémis, 2009, p. 9.

⁴⁵⁶ Y.-H. LELEU, « Les biens et le logement du couple non marié », in *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, J. RENCHON, F. TAINMONT (éds.). Academia-Bruylant, Louvain-la-Neuve, 2000, p. 161, n° 11.

§ 4. Créesances

123. Enrichissement sans cause

Lors des précédentes chroniques, la jurisprudence majoritaire tendait à rejeter la théorie de l'enrichissement sans cause dans le cas d'ex-concubins⁴⁵⁷(A). La tendance semble toutefois aujourd'hui s'être inversée (B).

A. En effet, peu de juridictions se sont prononcées en défaveur de l'*actio de in rem verso*. Parmi elles, figurait notamment la cour d'appel de Liège dans un arrêt du 4 juin 2008 (Liège, 4 juin 2008, *Rev. not. belge*, 2008, p. 721). La cour y considère, à juste titre, que les frais qui ont été consentis par l'ex-concubin en faveur de l'immeuble propre de sa compagne ont une cause, à savoir loger ses propres enfants de manière agréable dans l'immeuble de cette dernière sans empiéter sur l'espace des enfants de sa compagne et mettre son propre immeuble en location. La cour ne s'arrête toutefois pas là et ajoute, de manière critiquable, que l'existence même du concubinage avec les bouleversements financiers et matériels que cela entraîne est une cause à l'éventuel enrichissement de son ex-compagne⁴⁵⁸. Enfin, la cour précise que Monsieur a effectué les paiements qui ont permis les différents aménagements de manière volontaire et que les aménagements ont été réalisés dans son intérêt personnel et celui de ses enfants.

Dans son jugement du 16 février 2005, le tribunal de première instance de Nivelles estime pour sa part qu'un ex-époux ne peut pas se prévaloir de l'enrichissement sans cause pour faire valoir une créance à l'égard de son ex-épouse pour des transferts opérés alors que les parties étaient *concubins* (Civ. Nivelles, 16 février 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 915 ; *supra*, n° 82). Monsieur demandait en effet le remboursement des sommes investies (améliorations de cet immeuble et remboursement de l'emprunt hypothécaire) dans l'immeuble acquis par Madame seule avant le mariage. Notons que cet immeuble a été acquis par Madame pendant la vie commune et a été apporté, par contrat de mariage, à la communauté. Selon le tribunal, les paiements n'étaient pas dépourvus de cause car ils étaient justifiés par un projet de vie commune auquel les deux parties ont participé de manière sensiblement équivalente. Le tribunal précise en outre que les revendications concernant les travaux doivent être rejetées car Monsieur ne prouve que les retraits bancaires sans démontrer l'affectation des fonds. Enfin, le remboursement des mensualités du prêt hypothécaire payées avant le mariage trouve sa cause dans l'obligation naturelle de contribution aux besoins de la vie courante du ménage. La cour d'appel de Bruxelles, amenée à se prononcer à la suite d'un recours de l'ex-concubin/époux, confirme ce point de vue (Bruxelles, 7 décembre 2006, *Rec. gén. enr. not.*, 2010, p. 67, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 914, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 14 ; *supra*, n° 82).

B. La cour d'appel de Liège est revenue de manière très nette sur sa jurisprudence mentionnée ci-dessus dans deux arrêts du 3 septembre 2008 (Liège, 3 septembre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 328) et du 28 avril 2009 (Liège, 28 avril 2009, *Rev. trim.. dr. fam.*, 2010, p. 341) qui partagent la même motivation. Ainsi, après avoir rappelé les fondements de la théorie de l'enrichissement sans

⁴⁵⁷ Voy. *Chroniques Notariales*, vol. 48, 2008, p. 277, n° 107.

⁴⁵⁸ Nous avons déjà souligné qu'est selon nous *abstraite* la cause qui réside dans l'existence même du concubinage (ou du mariage en cas d'époux séparés de biens). Cette tendance à trouver une cause dans des éléments à ce point évident (le fait de vivre ensemble et les conséquences qui en découlent) doit être condamnée. Voy. *supra*, n° 114.

cause (théorie des impenses et équité⁴⁵⁹) et les conditions qui doivent être réunies pour faire droit à l'*actio de in rem verso* (enrichissement, appauvrissement, lien causal entre les deux et absence de cause⁴⁶⁰), la cour rappelle les deux courants jurisprudentiels contradictoires. Elle admet que certaines décisions rejettent la théorie de l'enrichissement sans cause dans la matière du concubinage en invoquant la volonté de l'appauvri comme cause aux transferts opérés. Et la cour précise que le concubinage en tant que tel ne peut pas être « automatiquement » le prétexte pour rejeter cette action. La cour d'appel se penche ensuite sur le second courant qui admet cette théorie en faisant la distinction entre les dépenses normales de la vie commune, auxquelles chaque concubin doit participer en proportion de ses facultés, et les dépenses inhabituelles, qui excèdent largement cette participation proportionnelle et qui ne peuvent pas être considérées comme réalisées par le concubins dans le seul but d'améliorer ses conditions d'existence et son cadre de vie⁴⁶¹.

La cour décide à juste titre de se prononcer en faveur de ce second courant « *qui correspond au mieux à l'esprit d'une vie en commun après laquelle chacun doit pouvoir régler ses droits de manière équitable et établir un rééquilibrage pour autant que les conditions de l'enrichissement sans cause soient effectivement et certainement réunies* ».

Dans son premier arrêt du 3 septembre 2008, la cour estime toutefois qu'il n'y a pas eu d'enrichissement sans cause dans la mesure où l'appauvrissement du concubin a été compensé avec les avantages économiques et matériels procurés par sa compagne. Monsieur, qui avait des revenus de l'ordre de 2.900 euros, n'arrive en effet à prouver qu'un appauvrissement de 2.430 euros sur toute la durée de la vie commune et, aux yeux de la cour, cette somme n'est pas disproportionnée par rapport aux avantages dont il a pu retirer de la vie dans l'immeuble de sa compagne. Comme nous pouvons le voir, la cour fait sienne le deuxième courant mentionné ci-dessus car elle considère que les appauvrissments – qui sont correctement prouvés – du prétendu créancier trouvent leur cause dans l'obligation de contribution aux charges de la vie courante car lesdits appauvrissments ne sont pas disproportionnés.

⁴⁵⁹ H. DE Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. III, *Les obligations*, 2^{ème} partie, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 35 ; H. CASMAN et M. VAN LOOK, *Les régimes matrimoniaux*, Malines, Kluwer, feuillets mobiles, 1997, III.17.-2 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. X, *Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Bruylant, 1953, n° 934 ; R. DEKKERS et A. VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 203, n° 344 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des Obligations, Sources des obligations (deuxième partie)*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1110, n° 776. Cass., 21 janvier 1988, *Rev. trim. dr. fam.*, 1988, p. 579.

⁴⁶⁰ La cour ne cite pas la 5^{ème} condition de subsidiarité. Voy. not. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des Obligations, Sources des obligations (deuxième partie)*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1114, n° 782 ; B. DE CONINCK, « A titre subsidiaire, l'enrichissement sans cause ... », in. *La théorie générale des obligations, suite*, P. WERY (éd.), CUP. Vol. 57, 2002, p. 55 ; R. DEKKERS et A. VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 203, n° 346 ; S. STIJNS, W. VAN GERVEN, et P. WERY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 699.

⁴⁶¹ La cour cite la doctrine suivante : B. DE CONINCK, « A titre subsidiaire, l'enrichissement sans cause ... », in. *La théorie générale des obligations, suite*, P. WERY (éd.), CUP. Vol. 57, 2002, p. 49 ; C. GOUX, « Enrichissement sans cause, concubinage et cohabitation légale : conséquence de la loi réglant la cohabitation légale sur l'application de l'action de *in rem verso* », *R.G.D.C.*, 2001, pp 4 à 32 ; B. GENNART et L. TAYMANS, « La théorie de l'enrichissement sans cause appliquée aux comptes entre ex-époux séparés de biens ou ex-concubins », *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 615 et s.

Dans son arrêt du 28 avril 2009, après avoir admis la preuve des 3 premières conditions mentionnées ci-dessus, la cour se penche sur celle de l'absence de cause, l'ex-concubine réclamant, notamment, la moitié du remboursement de l'emprunt ayant permis les transformations de *l'immeuble propre de son ex-concubin*. La cour d'appel estime, tout d'abord, que Madame ayant fait l'économie d'un loyer en vivant dans l'immeuble de son compagnon, les intérêts sur l'emprunt hypothécaire doivent être assimilés à des charges normales du ménage qui doivent être supportées par les deux concubins. Madame ne peut donc réclamer que les remboursements du capital sur la base de *l'actio de in rem verso* : la concubine ayant alimenté le compte indivis des parties – ayant servi à rembourser l'emprunt – à concurrence de 35,64 % - Monsieur faisant verser la totalité de ses revenus professionnels sur ce compte -, elle a droit à récupérer 35,64 % du capital remboursé durant la vie commune. Nous approuvons cet arrêt car l'immeuble de l'espèce était un *propre* de l'autre concubin : si cela avait été un immeuble indivis, les investissements auraient pu être assimilés à la participation aux charges du ménage de la concubine, sur la base d'une application par analogie de l'arrêt du 2 avril 1976 de la Cour de cassation⁴⁶².

La cour d'appel de Gand admet également une application de *l'actio de in rem verso* dans le cas d'ex-concubins dans son arrêt du 27 octobre 2009 (Gand, 27 octobre 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 242, somm., T.G.R., 2010, p. 86). A défaut de prouver une convention entre les parties ou une cause juridique au paiement par l'un des partenaires de sommes pour la réalisation de travaux dans *l'immeuble propre de l'autre*, une indemnisation peut être due sur la base de la théorie de l'enrichissement sans cause parce qu'il y a effectivement eu un appauvrissement car les sommes n'ont profité qu'au patrimoine du partenaire-propriétaire. La cour décide en outre que pour compenser l'enrichissement de ce dernier partenaire, il convient de rembourser au partenaire-appauvri, d'une part, la valeur des biens acquis et dont la preuve de paiement est rapportée et, d'autre part, la main d'œuvre pour les travaux réalisés.

Dans son jugement du 22 avril 2009, le tribunal de première instance de Nivelles estime que le transfert de richesses, qui doit être apprécié dans son ensemble, n'est pas justifié ni par une contribution aux charges du ménage de fait, ni par une volonté de s'appauvrir dans le chef de Madame et encore moins par une obligation contractuelle ou légale (Civ. Nivelles, 22 avril 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 347 ; voy. *infra*, n° 82). Il se trouve dès lors sans raison d'être de telle sorte que, les 4 autres conditions de la théorie de l'enrichissement sans cause étant réunies, il y a lieu de faire droit à la demande. Dans le cas qui lui était soumis, le concubin avait reçu sur son compte bancaire un peu plus de 115.000 euros de la part de l'ex-mari de sa concubine, cette somme représentant la part de cette dernière dans le règlement transactionnel survenu à l'occasion du divorce par consentement mutuel des époux. Le concubin invoque alors devant le tribunal que ce versement permettait en réalité d'assurer l'entretien de Madame, qui n'avait pas de revenus, et de ses enfants qu'elle hébergeait à titre principal. A suivre Monsieur, il s'agirait donc de la participation de sa concubine dans les charges du ménage. Le tribunal ne suit toutefois pas cette argumentation dans la mesure où (a) Madame avait des revenus qui oscillent entre 1.600 et

⁴⁶² Cass., 2 avril 1976, *J.T.*, 1977, p. 98, *Par.*, 1976, I, p. 914, *R.C.J.B.*, 1978, p. 127, note C. RENARD, *Rec. gén. enr. not.*, 1977, p. 317, *Rev. not. b.*, 1977, p. 297, *R.W.* 1976-77, p. 993, note H. CASMAN. Pour plus de détails, Y.-H. LELEU, "Examen de jurisprudence (1982 à 1996). Régimes matrimoniaux", *R.C.J.B.*, 1998, p. 339, n° 190 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylants, 2008, p. 313, N° 246 ; R. DEKKERS et H. CASMAN, *Handboek Burgerlijk recht*, IV, *Huwelijksstelsels, Erfrecht, Giften*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 222, n° 345 et s.

1.690 euros, hors pécule, au moment du versement, (b) elle bénéficiait d'une pension alimentaire mensuelle après divorce de 325 euros, et (c) elle percevait mensuellement 525 euros par mois de parts contributive, 500 euros à titre d'allocations familiales et 700 euros d'allocations diverses de la Commission européenne. « *Le versement du capital constitué pendant 19 années de mariage avec son premier mari ne peut donc dans un tel contexte trouver sa cause dans une participation aux charges du ménage* ». Afin de fixer le montant qui revient à l'ex-concubine, le tribunal réouvre les débats pour permettre aux parties de notamment apporter des compléments d'informations sur un contrat d'assurance-vie souscrit par l'ex-concubin pendant la vie commune.

F. D.

124. (suite). *Animus solvendi* contre *animus donandi*

Dans un bref arrêt de rejet, rendu en dehors du droit patrimonial des couples, la Cour de cassation précise que l'enrichissement n'est pas sans cause lorsque le déplacement patrimonial trouve sa source dans la volonté même de l'appauvri (Cass., 19 janvier 2009, R.W., 2009-2010, p. 1084, note E. NORDIN). Toutefois s'il y a en réalité mise à disposition temporaire de fonds, la personne qui a payé la dette d'une autre ayant uniquement souhaité venir en aide à cette dernière dans l'idée d'être remboursée, il n'y a pas d'intention d'opérer un glissement de patrimoine de sorte que les montants mis temporairement à disposition peuvent être restitués sur la base de l'enrichissement sans cause. L'*actio de in rem verso* pourra donc être accueillie lorsqu'une personne agit dans la seule intention de payer, donc avec servabilité (*animus solvendi*), et non pas avec l'intention de faire une donation (*animus donandi*).

Dans sa note qui suit cet arrêt, E. NORDIN revient sur la distinction entre *animus donandi* et *animus solvendi*, en estimant que dans le premier cas, la cause peut être la volonté même de l'appauvri alors que dans le second cas, l'appauvri veut simplement et uniquement payer une dette et qu'il n'y a donc pas de cause à son appauvrissement⁴⁶³.

Tout dépend dès lors de l'intention avec laquelle a agi l'appauvri : voulait-il simplement être serviable ou voulait-il réaliser une donation ? A en suivre la Cour de cassation, si la mise à disposition des fonds n'est que *temporaire*, la créance fondée sur la théorie de l'enrichissement sans cause pourra être accueillie. Les cours et tribunaux devront veiller à appliquer cet arrêt mais, selon nous, des discussions vont nécessairement naître à ce sujet dans le cas d'ex-concubins. Il est en effet fort facile pour un concubin appauvri de prétendre, une fois la rupture de la relation affective intervenue, qu'il n'a pas agi avec une intention libérale mais a simplement agi dans le but d'être « serviable ». A l'inverse, l'ancien partenaire invoquera lui que le transfert a été fait dans l'intention de le gratifier. Rappelons que cette volonté doit être présente au moment où le déplacement de richesse s'est opéré et non par après⁴⁶⁴.

F. D.

⁴⁶³ E. NORDIN, « De wil als oorzaak van een vermogensverschuiving : het onderscheid tussen hulpvaardigheid en vrijgevigheid », R.W., p. 1086, n° 9.

⁴⁶⁴ E. NORDIN, « De wil als oorzaak van een vermogensverschuiving : het onderscheid tussen hulpvaardigheid en vrijgevigheid », R.W., p. 1086, n° 9.

125. Indivision prémaritale

Nous avons déjà abordé la délicate question de la possibilité de faire valoir, dans le cadre de la procédure de liquidation-partage du régime matrimonial de deux époux, antérieurement concubins, des comptes entre concubins pour la période antérieure au mariage (voy. *supra*, n° 82).

F. D.

§ 5. *Conventions*

126. Convention portant sur l'immeuble d'un des concubins. Pacte sur succession future

La cour d'appel de Liège, dans un arrêt déjà commenté (*supra*, n° 123), analyse une convention sous seing privé conclue par deux concubins relative au sort de l'immeuble propre de Madame en cas de rupture ou de décès d'un des deux concubins (Liège, 4 juin 2008, *Rev. not. belge*, 2008, p. 721). La convention prévoit qu'au décès de Monsieur, Madame sera seule propriétaire de l'immeuble mais que, d'une part, les biens de Monsieur seraient rassemblés et mis à la disposition des enfants de Monsieur et que, d'autre part, ces derniers se verront attribuer une somme correspondante aux 2/5^{ème} de la valeur de la maison. En cas de prédécès de Madame, Monsieur conserverait la jouissance de la maison à charge de rassembler les biens de Madame et de les mettre à la disposition des enfants de cette dernière.

Dans un premier temps, la cour estime, de manière succincte, que les clauses à cause de mort sont en tout état de cause nulle car elles constituent un pacte sur succession future.

Dans un second temps, la cour analyse les clauses qui prévoient qu'en cas de vente de cet immeuble propre, le produit de la vente sera partagé par moitié entre les deux concubins et qu'en cas de séparation, Madame convient devoir la moitié de la valeur de cette maison à Monsieur. La cour est d'avis que ce contrat, unilatéral car il ne fait naître des obligations que dans le chef de Madame, n'a pas de cause puisque chacun participait aux charges de la vie commune selon leurs facultés⁴⁶⁵. En outre, Madame fait valoir devant la cour qu'elle pensait que Monsieur avait des droits dans son immeuble dans la mesure où il y avait investi, ce qui constitue, aux yeux de la cour, une fausse cause. Cette convention n'ayant dès lors pas de cause, elle ne peut produire le moindre effet⁴⁶⁶.

⁴⁶⁵ En vertu de l'article 1108 du Code civil, la cause est, avec le consentement et la capacité des parties, ainsi qu'avec l'objet du contrat, une des conditions de validité d'un contrat. Voy. *not. pour plus de détails*, P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des Obligations, Introduction, Sources des obligations (première partie)*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 225 et s. , n° 130 et s.

⁴⁶⁶ Voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des Obligations, Introduction, Sources des obligations (première partie)*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 320, n° 204, qui s'interroge sur la sanction de l'absence totale de cause dans un contrat et qui se demande dès lors si une telle convention est acceptable au regard de l'ordre public.

Si la validité d'une convention de vie commune ne fait en soi plus l'objet de contestation à l'heure actuelle⁴⁶⁷, il ne faut pas perdre de vue que les cohabitants ne peuvent réglementer que les aspects patrimoniaux de leur relation et non les effets personnels⁴⁶⁸. En outre, les concubins doivent éviter de stipuler des dispositions patrimoniales qui s'appliqueraient en cas de décès et qui dérogeraient aux règles de la dévolution légale, car constitutives de pacte sur succession future, erreur qui a été commise par les parties dans l'affaire soumise à la cour d'appel de Liège. Il est en outre primordial que les parties, avant de conclure une telle convention, soient parfaitement informées de leurs droits respectifs, dans le but d'éviter une erreur juridique, telle que décrite dans la présente affaire, susceptible d'entraîner une nullité de la convention pour absence de cause. Notons toutefois qu'il est possible de prévoir une stipulation d'un bail au profit du partenaire non propriétaire du logement.

F. D.

127. Tontine et accroissement. Validité. Durée limitée dans le temps. Nullité pour pacte sur succession future ?

Dans son arrêt du 3 juin 2009, la cour d'appel d'Anvers valide un acte d'achat assorti d'une clause d'accroissement entre concubins (Anvers, 3 juin 2009, R.W., 2010, p. 627, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 241, somm.). Selon la cour, cette clause fait naître une indivision entre les parties et des droits actuels sont attribués au cocontractant sous la condition suspensive du prédécès de l'autre.

En outre, la limitation dans le temps de la clause d'accroissement, avec possibilité de prolongation (en l'espèce, la clause était prévue pour une durée de 3 ans, avec prorogation tacite de plein droit pour des nouvelles périodes de 3 ans, sauf contre ordre d'une des parties au moins 3 mois avant la fin de la période de 3 ans dans laquelle elle se trouve), n'affecte pas la validité de la clause car les parties sont liées définitivement par un droit actuel.

Par ailleurs, la cour estime que même si la clause est résiliable unilatéralement par une des parties après une séparation de fait de plus 6 mois, l'acte n'est pas un pacte sur succession future car il fait naître des obligations entre les parties, même à titre conditionnel, et ne porte donc pas sur un bien faisant partie d'une succession non-ouverte⁴⁶⁹.

Enfin, le fait que la clause puisse prendre fin en raison de la rupture des parties, ce qui peut résulter d'une décision d'une partie seule, n'implique pas qu'il s'agit d'un acte conclu sous une

⁴⁶⁷ Cass., 23 juin 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 1083, *J.T.*, 1978, p. 83 ; Y.-H. LELEU, « Les biens et le logement du couple non marié », in *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 179 et s.; J.-F. TAYMANS, « les contrats de vie commune », in *Manuel de planification patrimoniale, Le couple, Vie commune*, Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS et M. BOURGEOIS (éds.), Bruxelles, Larcier, 2009, p. 156, n° 176

⁴⁶⁸ W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 536

⁴⁶⁹ Dans le même sens, voy. J.-F. ROMAIN, « Actualité du droit de la tontine et de la clause d'accroissement », in *La copropriété*, P. LECOCQ, (éd.), CUP, Vol. 113, Lièges, Anthémis, 2009, p. 56 et s., n° 19 et s. Voy également pour plus de détails : D. MICHEL, « Tontine et accroissement en 2005 », in *Liber Amicorum Paul Delny*, C. BIQUET-MATHIEU, A. DELIEGE, P. LECOCQ, Y.-H. LELEU et M. VANWIJCK-ALEXANDRE (éds.), Bruxelles, Larcier, 2005, p. 370 et s., n° 10 et p. 395 et s., n° 38 et « Tontine et accroissement », in *Les régimes matrimoniaux*, Kluwer, 2008, TX.1-8, n° 10.

condition résolutoire purement potestative, acte interdit par l'article 1174 du Code civil : la fin de la relation de concubinage a des conséquences sur bien d'autres aspects⁴⁷⁰.

Par cet arrêt, la cour d'appel, admet à juste titre la possibilité, d'une part, de conclure de telle clause avec des limitations dans le temps prorogeable⁴⁷¹ et, d'autre part, de prévoir la résiliation unilatérale de cette clause en cas de séparation de fait des parties d'une certaine période à convenir⁴⁷².

De manière beaucoup plus synthétique, la cour d'appel de Mons estime qu'une convention ayant été conclue en octobre 1999 pour une durée de 5 ans renouvelable, sauf dénonciation au plus tard 3 mois avant l'expiration de la période en cours, ce qui a été fait en novembre 2007, cette convention a pris fin en octobre 2009 (Mons, 12 janvier 2010, inédit). La sortie d'indivision des parties peut dès lors être prononcée sur la base de l'article 815 du Code civil (sur cette question, *infra*, n° 128).

F. D.

128. (suite). Tontine et accroissement. Sortie d'indivision : article 815 du Code civil

Lors de la précédente chronique, l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 18 octobre 2006 avait été analysé⁴⁷³. Sans revenir en détail sur ce dernier, rappelons que la cour avait estimé que la clause d'accroissement en usufruit lui permettait de rejeter la demande en sortie d'indivision car l'article 815 du Code civil ne s'appliquerait pas aux indivisions volontaires : la clause d'accroissement tient de loi pour les parties, ce qui empêche toute dissolution unilatérale de la copropriété (Bruxelles, 18 octobre 2006, *J.T.*, 2006, p. 793, note D. STERCKX). La cour avait en outre précisé que la clause d'accroissement ne créait pas exclusivement une indivision car elle constituait une copropriété démembrée pour partie en indivision et pour partie en propriété exclusive de chaque concubin : en effet, selon la cour, le droit éventuel du survivant sur l'usufruit du prémourant constitue une propriété privative qui est indépendante de la nue-propriété future en indivision entre le survivant et les ayants droits successeurs du prémourant.

⁴⁷⁰ Voy. à ce sujet la mise en garde de J.-F. ROMAIN qui estime qu'il doit s'agir d'une séparation réelle des parties, à caractère *bilatéral*, pour ne pas qu'il puisse être soutenu que la clause est conclue sous une condition résolutoire potestative. J.-F. ROMAIN, « Actualité du droit de la tontine et de la clause d'accroissement », in *La copropriété*, P. LECOCQ, (éd.), CUP, Vol. 113, Lièges, Anthémis, 2009, p. 72, n° 30-2. Dans le même sens : Y.-H. LELEU, « L'aléa chasse la donation. Sortie de tontine et rentrée d'assurance », in *Le droit patrimonial de la famille sans préjugés. Les donations – thèmes actuels*, H. CASMAN, Y.-H. LELEU, et A. VERBEKE (éds.), Gand, Larcier, 2005, p. 97.

⁴⁷¹ Voy. *Chroniques Notariales*, vol. 48, 2008, p. 286, n° 113 ; J.-F. ROMAIN, « Actualité du droit de la tontine et de la clause d'accroissement », in *La copropriété*, P. LECOCQ, (éd.), CUP, Vol. 113, Lièges, Anthémis, 2009, p. 64, n° 23-6.

⁴⁷² J.-F. ROMAIN, « Actualité du droit de la tontine et de la clause d'accroissement », in *La copropriété*, P. LECOCQ, (éd.), CUP, Vol. 113, Lièges, Anthémis, 2009, p. 72, n° 30-2.

⁴⁷³ Voy. *Chroniques Notariales*, vol. 48, 2008, p. 283, n° 112. Voy. également J.-F. ROMAIN, « Actualité du droit de la tontine et de la clause d'accroissement », in *La copropriété*, P. LECOCQ, (éd.), CUP, Vol. 113, Lièges, Anthémis, 2009, pp. 40-44.

Cet arrêt a été cassé par un arrêt du 2 avril 2009 (Cass., 2 avril 2009, *Rev. not. belge*, 2009, p. 809, note F. BOUCKAERT). La Cour de cassation estime qu'en déniant que la clause d'accroissement énonce l'existence, entre les parties, d'une indivision sur l'ensemble du bien, la cour d'appel de Bruxelles donne à cette clause une interprétation inconciliable avec ses termes et méconnait dès lors la foi due aux actes.

Le premier moyen en sa première branche étant fondé, elle ne se penche pas sur les autres branches de ce moyen, ce que nous regrettons⁴⁷⁴ car la troisième branche du moyen invoquait la violation des articles 577-2 et 815 du Code civil. L'ex-concubine estimait qu'en interprétant la clause d'accroissement comme la cour d'appel de Bruxelles, il en résulte une copropriété conventionnelle soumise à l'article 577-2 du Code civil ce qui empêche une application de l'article 815 du même Code. Or, selon la demanderesse en cassation, l'article 577-2 – qui ne vise que l'indivision ordinaire née d'une situation fortuite et l'indivision forcée – ne s'applique pas aux indivisions conventionnelles, qui sont par conséquent soumises à l'article 815.

Il est navrant que la Cour n'ait pas saisi cette opportunité pour enfin prendre position dans la délicate question de l'application ou non de l'article 815 du Code civil à une indivision volontaire⁴⁷⁵, comme par exemple celle d'un bien sous clause d'accroissement.

Dans la note qui suit cet arrêt, F. BOUCKAERT affirme, à juste titre selon nous, que la sortie d'indivision entraînera de plein droit la déchéance de la clause d'accroissement dans la mesure où les deux ne peuvent être dissociées⁴⁷⁶. L'auteur revient ensuite sur la théorie de la caducité de la clause d'accroissement pour disparition de la cause en cas de rupture de la relation des concubins : cette rupture modifie en effet les circonstances dans lesquelles la clause d'accroissement a été conclue. Il soulève ainsi que les arrêts de la Cour de cassation du 21 janvier 2000⁴⁷⁷ et du 12 décembre 2008⁴⁷⁸, qui semble condamner la théorie de la caducité de la cause⁴⁷⁹,

⁴⁷⁴ Dans le même sens : J.-F. ROMAIN, « Actualité du droit de la tontine et de la clause d'accroissement », in *La copropriété*, P. LECOCQ, (éd.), CUP, Vol. 113, Lièges, Anthémis, 2009, p. 45, n° 11.

⁴⁷⁵ En faveur de l'application de l'article 815, voy. not. Y.-H. LELEU, *Chroniques Notariales*, vol. 48, 2008, p. 284, n° 112 ; J. HANSENNE, *Les biens*, *Précis*, t. II, Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1996, p. 883, n° 888. En sens contraire, voy. not. R. DEKKERS et E. DIRIX, *Handboek burgerlijk recht*, t. III, Anvers, Intersentia, 2005, p. 121, n° 290 ; J.-F. ROMAIN, « Actualité du droit de la tontine et de la clause d'accroissement », in *La copropriété*, P. LECOCQ, (éd.), CUP, Vol. 113, Lièges, Anthémis, 2009, p. 66, n° 26.

⁴⁷⁶ F. BOUCKAERT, note sous Cass., 2 avril 2009, *Rev. not. belge*, 2009, p. 818, n° 7.

⁴⁷⁷ Cass., 21 janvier 2000, *J.T.*, 2000, p. 573, R.C.J.B., 2004, p. 77, *Rev. not. belge*, 2000, p. 336, R.W., 2000-01, p. 1016, *T. not.*, 2001, p. 178.

⁴⁷⁸ Cass., 12 décembre 2008, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 149, note S. NUDELHOLC, *Juristenkrant*, 2009, p. 5 ; *J.T.*, 2010, p. 335, note P. DELNOY, *R.A.G.B.*, 2009, p. 811, note B. VERLOOY, *Rev. not. belge*, 2009, p. 755, note P. MOREAU, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 589, somm., *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1288, note J.-L. RENCHON, *R.W.*, 2008-09, p. 1690, note R. BARBAIX, *R.G.D.C.*, 2009, p. 236, note M. MASSCHELEIN.

⁴⁷⁹ Pour une position nuancé, voy. P. DELNOY, « Caducité, nullité et révocation en matière de donations entre vifs. La tyrannie des mots en droit c. l'arrêt de la Cour de cassation (1^{er} ch.), du 12 décembre 2008 », *J.T.*, 2010, pp. 321-334.

ne visent que les actes unilatéraux, comme les libéralités. Les clauses de survie ne rentrent dès lors pas dans le champ d'application de ces arrêts⁴⁸⁰.

Dans son arrêt du 12 janvier 2010, la cour d'appel de Mons fait sienne la position selon laquelle l'article 815 ne s'applique *pas* aux indivisions volontaires (Mons, 12 janvier 2010, inédit ; *supra*, n° 127). Deux conventions avaient été conclue en l'espèce : une première avec une clause d'accroissement limitée dans le temps, mais renouvelable⁴⁸¹, et une seconde avec une clause de tontine non limitée dans le temps. Cette seconde clause étant illimitée dans le temps, la cour estime que l'article 815 du Code civil ne peut s'y appliquer. Elle poursuit toutefois le raisonnement en se demandant si le tontinier qui s'oppose à la sortie d'indivision n'abuse pas de son droit. Tel est le cas car il résulte des conclusions déposées devant la cour et des correspondances échangées que les parties sont en conflit ouvert de telle sorte que la clause a perdu toute sa raison d'être. La cour fait ainsi écho à la position soutenue par J.-F. ROMAIN⁴⁸² : C'est par le détour de la théorie de l'abus de droit qu'un ex-concubin peut demander la sortie d'indivision, et non en invoquant l'article 815 du Code civil lui-même. La cour d'appel de Mons décidant de faire droit à la demande de sortie d'indivision, nous l'approuvons.

F. D.

129. Clause d'accroissement et contre-lettre

Dans une affaire soumise à la cour d'appel de Liège, deux parties, vivant ensemble, décident d'acquérir en indivision un immeuble. La volonté originelle des parties était que Madame acquière 90 % de cet immeuble, cette dernière finançant la plus grande partie du prix d'achat, Monsieur ayant les 10 % restant. L'acte devait en outre contenir une clause de tontine en usufruit, à caractère temporaire pour une durée de 2 ans renouvelable, permettant à chacun d'y mettre un terme moyennant un préavis de 6 mois. Le notaire fait toutefois remarquer aux parties que cette clause ne pouvait pas être stipulée car elles acquéraient des quotités différentes⁴⁸³. Ainsi, l'acte de vente stipule que chaque partie devient propriétaire à concurrence de 50 % chacune. A la fin de la

⁴⁸⁰ *Contra*: J.-F. ROMAIN, « Actualité du droit de la tontine et de la clause d'accroissement », in *La copropriété*, P. LECOCQ, (éd.), CUP, Vol. 113, Lièges, Anthémis, 2009, p. 71, n° 30-1, qui estime que les juridictions de fond appliquent l'arrêt du 21 janvier 2000 de manière stricte et qu'elles refusent dès lors, à juste titre selon l'auteur, toute remise en cause d'une clause d'accroissement ou de tontine sur la base de la disparition de la cause déterminante au moment de la séparation des tontiniens.

⁴⁸¹ Pour ce premier acte, voy. *supra*, n° 127.

⁴⁸² J.-F. ROMAIN, « Actualité du droit de la tontine et de la clause d'accroissement », in *La copropriété*, P. LECOCQ, (éd.), CUP, Vol. 113, Lièges, Anthémis, 2009, p. 72 et s., n° 30-3. En ce sens déjà, P.-A. FORIERS, « La caducité revisitée, A propos de l'arrêt de cassation du 21 janvier 2000 », *J.T.*, 2000, p. 678, n° 14.

⁴⁸³ A ce sujet, voy. J.-L. ROMAIN, « Observations au sujet de la convention de tontine : de l'aléa au pacte sur succession future », in *Mélanges offerts au Professeur Pierr. Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 226, qui estime qu'en principe chaque partie doit s'obliger dans une mesure équivalente et normalement égalitaire, dans l'acquisition du bien, ce qui peut être constaté notamment au regard de la situation particulière de chacune des parties.

relation des parties, l'immeuble est vendu et Monsieur se voit attribuer un peu moins de la moitié du prix de vente⁴⁸⁴. Madame conteste toutefois cette répartition devant les juridictions.

La cour d'appel de Liège, après avoir rappelé que la volonté manifesté dans l'acte notarié d'acquisition par les acheteurs ne bénéficie pas de la force probante authentique⁴⁸⁵, est d'avis que la preuve contraire aux énonciations d'un acte notarié peut être faite dans le cadre d'une action en simulation (art. 1321, C. civ.). En l'espèce, il résulte de l'acte authentique que chacune des parties est devenue propriétaire de la moitié de l'immeuble en indivision (50%-50%) de manière à ce qu'elles puissent bénéficier d'une clause d'accroissement en cas de prédécès de l'une d'elles. L'acte secret, qui résulte des différents courriers précédents la passation de l'acte authentique, contient quant à lui une répartition différente (90%-10%). Selon la cour, la seule différence se trouve dans l'adjonction d'une clause d'accroissement, clause qui justifie la répartition des parts de l'immeuble telle que prévue dans l'acte authentique, modification qui est intervenue à la suite des observations du notaire. La réclamation de l'ex-concubine est dès lors accueillie par la cour.

F. D.

§ 6. Rupture de la relation

130. Mesure de crise. Logement. Juridiction compétente

Contrairement aux dispositions qui concernent le mariage (art. 223 C. Civ. et 1289 C. jud.) et la cohabitation légale (art. 1479 C. Civ.), aucune disposition spécifique ne concerne la résolution des crises entre partenaires de fait. Il faut donc se tourner vers le droit commun pour désigner la juridiction compétente.

Le président du tribunal de première instance est dès lors compétent, au provisoire et sur preuve de l'urgence, pour prendre les mesures qui s'imposent en cas de mésentente grave entre partenaires de fait⁴⁸⁶, que ces mesures soient sollicitées avant ou après la cessation de la cohabitation (Bruxelles, 15 avril 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, 218). Dans cet arrêt, la cour d'appel de Bruxelles se fondant, par analogie, sur l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 23 janvier 2002⁴⁸⁷, confirme la compétence du juge des référés pour connaître de mesures provisoires relatives à l'occupation du logement du couple. Dans cette affaire, les partenaires vivaient toujours

⁴⁸⁴ Monsieur reçoit le montant correspondant à la moitié du prix de vente majoré de l'indemnité et d'intérêts pour retard dans la passation de l'acte et de la quote-part des acquéreurs dans le précompte immobilier de 2007, mais diminué du solde prêt hypothécaire et de la provision pour mainlevée.

⁴⁸⁵ M. RENARD-DECLAIRFAYT, « Force probante et force exécutoire des actes notariés », *Rép. Not.*, t. XI, l. VI, Bruxelles, Larcier, p. 78, n° 78.

⁴⁸⁶ Bruxelles, 4 février 2005, *N.J.W.*, 2005, p. 635, note GV (séquestre) ; Anvers, 15 novembre 2005, *R.W.*, 2006, p. 610 (rejet pour défaut d'urgence) ; Civ. Bruxelles (réf.), 16 septembre 2004, *Dir. Act.*, 2005, p. 79 (attribution provisoire du logement familial).

⁴⁸⁷ C.Ar., 23 janvier 2002, *R.T.D.F.*, 4/2002, p. 710 : « B. 6 (...) Dès lors que les affaires qui sont une conséquence de la cessation d'une cohabitation de fait ne sont pas soustraites au pouvoir judiciaire, le président du tribunal de première instance peut, dans les cas qu'il estime urgents, statuer au provisoire dans ces affaires et ordonner des mesures urgentes ».

ensemble au moment de l'introduction de la procédure, mais lorsque la cour d'appel fut appelée à statuer, la vie commune avait pris fin. La cour considère néanmoins qu'il y a urgence à aménager une situation provisoire quant à l'occupation de l'ancien domicile du couple dès lors qu'il est impossible d'envisager la reprise de la vie commune des parties, séparées depuis plus d'un an, et qu'une sortie d'indivision de l'immeuble est par ailleurs rendue impossible avant février 2011 en raison d'une convention liant les parties (clause d'accroissement).

A défaut d'urgence, le juge de paix est compétent en ce qui concerne l'occupation du logement familial⁴⁸⁸. Le juge de paix de Wavre se déclare ainsi compétent pour connaître de la demande d'expulsion de son concubin par la propriétaire de l'immeuble où vit le couple. Il considère que les relations entre les membres du couple ne sont pas à ce point difficiles et tendues qu'il y aurait urgence à imposer le départ des lieux du concubin non propriétaire et souligne que, si urgence il y avait eu, la propriétaire n'aurait pas manqué de s'adresser à la juridiction des référés (J.P. Wavre, 23 janvier 2007, *J.J.P.*, 2009, p. 364).

E. L.

131. (suite). Logement familial. Expulsion du partenaire. Condition

Il n'existe aucune disposition spécifique qui protège le logement familial des partenaires de fait. C'est le droit commun qui s'applique⁴⁸⁹. Dès lors, sauf démonstration de l'urgence de mettre fin à une voie de fait, le concubin indivisaire ne pourra obtenir de mesure qui modifierait provisoirement la répartition des droits⁴⁹⁰. Aucune procédure n'existe, semblable à celles qui permettent au juge de paix (art. 221 et 223 C. Civ.) ou au juge des référés (art. 1280 C. jud.) d'organiser les modalités matérielles d'une séparation entre époux.

Ainsi, en cas de rupture, la propriété exclusive du logement autorise le propriétaire à priver son partenaire de l'usage et de la jouissance de l'immeuble, autrement dit à l'expulser, sur la base d'une occupation sans titre ni droit, mais avec un minimum de ménagement⁴⁹¹. C'est dans la stricte application de ces principes que le juge de paix de Wavre autorise le propriétaire d'un immeuble à demander l'expulsion des lieux de son concubin. Toutefois, en l'absence d'urgence démontrée, le juge de paix octroie un délai à ce dernier, soucieux de statuer en équité et de ne pas précariser plus que nécessaire la situation du concubin non-propriétaire (J.P. Wavre, 23 janvier 2007, *J.J.P.*, 2009, p. 364).

⁴⁸⁸ Civ. Arlon (prés.), 10 août 1995, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 135 ; J.P. Audenarde, 2 février 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 316, somm. ; J.P. Bruges, 2 juin 2005, *T.G.R.*, 2005, p. 170.

⁴⁸⁹ Pour un examen des différents rapports juridiques selon la nature des droits de chacun sur le logement, Voy. Y.-H. LELEU, *Droits des personnes et des familles*, *op. cit.*, p. 400, n° 383 et suiv ; Y.-H. LELEU, Les biens et le logement du couple non marié, in *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, J.-L. RENCHON et F. TAINMONT (éds.), Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia/Bruxlant, 2000, p. 155..

⁴⁹⁰ J.-P. MASSON, « Les rapports de nature personnelle au sein de l'union libre », in *L'union libre*, Bruxelles, Bruxlant, 1992, p. 160.

⁴⁹¹ J.P. Hal, 23 juillet 2008, *N.j.W.*, 2009, p. 136, note G.V., *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 950 ; J.P. Wavre, 23 janvier 2007, *J.J.P.*, 2009, p. 364.

De la même manière, le juge de paix de Hal considère qu'il n'y a pas abus de droit dans le chef du propriétaire qui a quitté son habitation, lorsqu'il essaie de récupérer sans délai la jouissance de son lieu de vie habituel par la voie judiciaire. En lui refusant la disposition de son immeuble, le juge considère que l'ex-partenaire commet une faute qui peut éventuellement mener à une indemnisation. En outre, si l'équité impose d'accorder un délai pour quitter le bien, il serait néanmoins déraisonnable de laisser l'ex-partenaire résider dans le bien jusqu'à ce qu'elle ait trouvé une habitation sociale. Une occupation jusqu'à six mois et demi après la citation en expulsion est raisonnable (J.P. Hal, 23 juillet 2008, *N.j.W.*, 2009, 136, note G.V., *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, 950).

E. L.

132. Sortie d'indivision

Plusieurs juridictions d'appel durent trancher des questions relatives à la portée et à la nature des conventions aménageant la sortie d'indivision entre ex-concubins.

1. Dans un arrêt du 30 avril 2009, la cour d'appel de Mons est ainsi amenée à se prononcer sur la portée d'un acte notarié liquidant l'indivision qui existait entre des concubins. Les partenaires en union libre avaient acquis un immeuble, chacun pour moitié indivise. En exécution de divers jugements dans un litige qui opposaient les concubins à leur ancien bailleur, un montant de plus de 10.000 € fut retenu sur des sommes revenant à monsieur dans le cadre d'une succession.

Par acte du 20 mars 2003, les parties renoncèrent définitivement à toute réclamation au sujet de l'indivision immobilière ayant existé en elles. Monsieur céda à madame ses droits dans l'immeuble moyennant le versement d'une soultre et la prise en charge du remboursement de la dette hypothécaire. En 2005 néanmoins, Monsieur demanda la condamnation de son ancienne partenaire à lui payer la moitié de la dette indivise relative au litige locatif qu'il avait payé seul. Dans son appel, monsieur fait valoir la thèse que l'acte du 20 mars 2003 ne concerne que l'indivision immobilière et fait grief au premier juge d'avoir dit, au mépris de la règle selon laquelle la renonciation ne se présume et ne peut se déduire que de faits non susceptibles d'une autre interprétation, qu'il avait renoncé à sa créance.

La cour d'appel confirme le jugement d'instance et considère que l'accord portait sur l'ensemble des droits de chacun et que la soultre, versée pour solde de tout compte, emportait règlement définitif des droits de l'appelant. Elle se fonde pour cela sur le contexte large des discussions entre les parties et sur le fait que Monsieur n'avait formulé ni réclamation ni réserve quant au paiement des condamnations intervenues dans le cadre du litige locatif, en déduisant la renonciation certaine dans son chef à encore former quelque réclamation que ce soit (Mons, 30 avril 2009, *J.L.M.B.*, 2011, 364).

Cette décision doit, selon nous, être approuvée dès lors qu'elle est conforme aux principes de l'interprétation des conventions. La doctrine reconnaît en outre aux magistrats un large et souverain pouvoir d'appréciation pour qualifier et interpréter les obligations des parties⁴⁹². Pour ce faire, ils ne se fondent pas sur la seule terminologie utilisée par les parties mais sur l'entièreté

⁴⁹² P. WERY, « L'interprétation des contrats d'adhésion en cas d'ambiguïté ou d'obscurité de leurs clauses », *J.L.M.B.*, 1996, p. 1371.

de l'écrit et des pièces jointes ainsi que sur la manière dont les parties contractantes ont exécuté la convention jusqu'au moment où est née la situation conflictuelle qui a donné lieu au litige⁴⁹³.

2. La cour d'appel de Gand, quant à elle, a dû se prononcer sur la nullité pour cause de lésion d'une convention prise entre partenaires en union libre. Par acte du 30 septembre 2002, les concubins convirent de liquider l'indivision immobilière entre eux. La concubine renonçait à sa quote-part (pour moitié) sans recevoir la moindre soultre en contrepartie mais était néanmoins libérée de toute charge en rapport avec l'immeuble, lesquelles ne devraient incomber qu'à son ancien compagnon. Il était également prévu, en cas de vente de l'immeuble avant une certaine date, qu'une somme d'argent déterminée lui reviendrait. La vente de l'immeuble permis toutefois de réaliser une importante plus-value par rapport à sa valeur d'achat.

L'ancienne concubine postula donc la nullité de cette convention alléguant, à son préjudice, une lésion de plus du quart. Le premier juge l'avait déboutée de sa demande, qualifiant l'acte du 30 septembre 2002 de transaction, et concluant dès lors qu'en vertu de l'article 2052 du Code civil, la nullité pour lésion ne pouvait être demandée.

La cour d'appel de Gand va toutefois réformer ce jugement. Elle considère que, quel que soit le mode de partage, qu'il s'agisse d'une transaction ou d'une convention de liquidation-partage, les règles définies au titre 'Successions' du Code civil, dont les articles 887-888, s'appliquent en vertu de l'article 577-2 § 8 C.civ. Selon la cour, une action en rescission pour cause de lésion est dès lors recevable à propos de tout acte juridique qui a pour objectif de mettre fin entièrement ou partiellement à une indivision, même s'il s'agit d'une véritable transaction (Gand, 13 mars 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, 950, somm., *N.J.W.*, 2009, 223, note G.V.). La cour d'appel rejoue ainsi le courant jurisprudentiel d'interprétation extensive de l'article 888, al. 1^{er} du Code civil, toujours actuellement proné par la Cour de cassation⁴⁹⁴. Selon ce courant, l'action en rescission est admise contre toute transaction, même véritable, qui a pour objet de faire cesser l'indivision. Cette solution est toutefois largement controversée. Un important courant jurisprudentiel se revendique en effet aujourd'hui d'une interprétation restrictive de l'article 888, al. 1^{er} du Code civil⁴⁹⁵.

E. L.

133. Partage du mobilier

Dans une affaire dont eut à connaître la cour d'appel de Liège, madame revendit l'immeuble dont elle était propriétaire mais qu'elle avait occupé avec son ancien concubin durant la vie commune. Son ancien compagnon lui réclame son mobilier propre ou sa contre-valeur, ainsi que la valeur d'un abri de jardin.

La cour applique d'office le principe de l'exécution en nature ; l'exécution par équivalent ne pourra être sollicitée qu'en cas de force majeure, de survenance de cas fortuit ou par le fait du

⁴⁹³ Bruxelles, 17 juin 2003, non publié, RG 2000A2786, <http://jure.juridat.just.fgov.be/?lang=fr>.

⁴⁹⁴ Cass., 21 novembre 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 434, *J.T.*, 1947, p. 68, note F. FERRIER, *R.C.J.B.*, 1947, p. 96, note R. PIRET.

⁴⁹⁵ Voy. faisant le point sur la question : R. SABBAH, « Le partage transactionnel », *R.G.D.C.*, 2009, p. 76.

débiteur de l'obligation⁴⁹⁶. Or, en l'espèce, c'est Monsieur lui-même qui n'a pas donné suite à l'offre de l'intimée lui proposant de récupérer son mobilier. La cour ne juge donc pas pas opportun d'estimer la valeur des meubles en vue d'une restitution par équivalent.

Concernant l'abri de jardin, par contre, l'ex-concubine avait rendu l'exécution en nature impossible par son propre fait. La cour d'appel la condamne par conséquent à restituer la valeur de l'abri de jardin par équivalent (Liège, 3 septembre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, 328).

E. L.

134. Apposition de scellés

L'apposition de scellés est une mesure conservatoire, prévue par le Code judiciaire (art. 1148 C.J.), qui frappe d'indisponibilité temporaire les objets dépendant d'un patrimoine commun entre époux ou d'une indivision quelconque. Cette mesure peut être requise chaque fois qu'un intérêt sérieux l'exige, afin de préserver des biens mobiliers d'un vol ou d'une perte préalablement à inventaire⁴⁹⁷.

Il ne sera toutefois fait droit à une demande d'apposition de scellés que pour autant que diverses conditions soient rencontrées. La demande doit ainsi viser des biens en indivision et être justifiée par un intérêt sérieux⁴⁹⁸.

Ces conditions font défaut, selon le juge de paix de Audenarde, dans une demande d'apposition de scellés soumise par une ancienne concubine, et visant des biens, certains propres, d'autres indivis, qui seraient demeurés à l'ancien domicile du couple, toujours occupé par son ex-concubin (J.P. Audenarde, 25 mars 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, 951, somm., *J.J.P.*, 2009, 30, note T. VAN SINAY). Alors qu'il est généralement admis que la seule apparence d'indivision induite de la vie commune des parties doit suffire à fonder la demande sans que le demandeur en apposition de scellés ne doive prouver le statut indivis des biens⁴⁹⁹, le juge de paix de Audenarde refuse la mesure au motif que la demanderesse ne prouve pas, de manière claire, quels biens font partie de l'indivision et lesquels sont propres aux parties, considérant pas ailleurs qu'une apposition de scellés sur l'ensemble des biens serait inenvisageable⁵⁰⁰.

⁴⁹⁶ C. LEPAFFE, « La primauté de l'exécution en nature des obligations », *Entr. et dr.*, 2001, p. 120 ; P. WERY, « Le principe de l'exécution en nature et son application à l'article 1144 du Code civil », *Act. dr.*, 1996, p. 31.

⁴⁹⁷ A. ALEXANDRE, « Les scellés », in *Droit judiciaire notarial*, *Chron. Not.*, Vol. 46, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 120 ; H. CASMAN, « Les mesures conservatoires », *Div. Act.*, 2005, p. 84 ; C. ENGELS, « Droit judiciaire privé. Scellés, inventaire, partage judicaire », in *Chron. Not.*, Liège, vol. XXXVII, 20 mars 2003, p. 9 ; P. MOREAU, *Jurisprudence du Code judiciaire. Procédures particulières*, Bruges, La Charte, 2005, 1148/3.

⁴⁹⁸ Th. VAN SINAY, « Artikel 1148 e.v. », in *Artikelgewijze commentaar gerechtelijk recht*, Diegem, Kluwer, 2007, p. 125 ; Th. VAN SINAY, « Verzegeling-Zo ja, waarom niet ? » (note sous J.P. Roeselare, 5 octobre 2005), *T. Not.*, 2006, p. 155 ; S. VOET, « Verzegeling-Dronick 2000-2006 », *NjW*, 2006, p. 831.

⁴⁹⁹ Th. VAN SINAY, « Verzegeling-Zo ja, waarom niet ? », *op. cit.*, p. 162-163.

⁵⁰⁰ En ce sens : J.P. Roeselare, 21 octobre 2005, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 2007, p. 899, somm., *R.W.*, 2006-2007, p. 577, *J.J.P.*, 2007, p. 89 ; J. P. Anderlecht, 2 juin 1986, *T. Vred.*, 1986, p. 296.

Par contre, et sans doute à raison, après avoir rappelé que l'intérêt sérieux requis par l'article 1148 C. jud. ne pouvait se présumer⁵⁰¹ et devait s'apprécier *in concreto*, le magistrat cantonal estime qu'aucun intérêt sérieux ne justifie la mesure en l'espèce : de prétendues intentions dans le chef de l'ancien concubin ne constituent pas un élément probant. Compte tenu de la nature de cette mesure, qui peut constituer une atteinte à l'inviolabilité du logement et à la vie privée⁵⁰², en exigeant un intérêt sérieux, le législateur a en effet voulu éviter les demandes à visée vexatoire et inutilement attentatoires aux droits d'autrui⁵⁰³.

E. L.

135. Obligation alimentaire après rupture

Aucune obligation alimentaire légale n'existe en matière d'union libre⁵⁰⁴. Cela peut être source d'iniquités en cas de rupture d'une relation ayant entraîné, dans le chef d'un des partenaires, des concessions ou des sacrifices en termes de revenus ou d'opportunités professionnelles, similaires à ce qu'il aurait consenti dans le cadre d'un mariage et pour lesquelles il aurait trouvé compensation, notamment dans le régime de la communauté légale⁵⁰⁵.

Pour pallier à ces iniquités, la jurisprudence tend à reconnaître une obligation naturelle de contribution aux charges du ménage, apte à être novée en obligation civile par des paiements volontaires durant la relation, pour solder les dettes de ménage exigibles⁵⁰⁶.

Cette tendance se confirme encore actuellement⁵⁰⁷. Dans son arrêt du 1^{er} février 2006, la cour d'appel d'Anvers est appelée à statuer sur la validité d'une convention conclue entre ex-partenaires en union libre, après rupture (Anvers, 1 février 2006, R.W., 2007-2008, 1816, note L.

⁵⁰¹ Civ. Nivelles, 14 septembre 2004, *T.B.B.R.*, 2005, p. 476, *J.T.*, 2004, p. 239 ; J.P. Roeselare, 18 janvier 2005, *T. Vred.*, 2007, p. 80 ; D. CARRE, « Le régime juridique de l'apposition de scellées » (note sous J. P. Charleroi, 17 septembre 2003), *Div. Act.*, 2004, p. 78 ; V. SAGAERT, « Actuele ontwikkelingen inzake notarieel processrecht : verzegeling, boedelbeschrijving, vereffening en verdeligen », in *Leuvense notariele geschriften*, Leuven, Universitaire Pers, 2005, p. 104.

⁵⁰² J. P. Wavre, 22 novembre 2004, *Div. Act.*, 2007, p. 13, note D. CARRE.

⁵⁰³ Th. VAN SINAY, note sous la décision commentée, *J.J.P.*, 2009, p. 35 ; A. VERBEKE, « De noodzaak van belangnafweging bij verzegeling. Toepassing van het nieuwe artikel 1282 Ger. W. en van artikel 1174 Ger. W. », *T. Verd.*, 1995, n° 6, p. 220.

⁵⁰⁴ Mons, 6 octobre 1994, *J.T.*, 1995, p. 300.

⁵⁰⁵ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, p. 394, n° 377.

⁵⁰⁶ Liège, 3 septembre 2008, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 2010, p. 328 ; Gand, 17 janvier 2007, *Njw*, 2008, p. 223, note K. WILLEMS. En ce sens : V. ALLAERTS, « Samenwoningsrecht », in *Patrimonium 2006*, Intersentia, Anvers, 2006, p. 66, n° 106 ; H. CASMAN, « Vereffening-verdeling na beëindiging van de relatie tussen ongehuwde samenwoners », in *Famille sur mesure*, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 352 ; J. HERBOTS, « He concubinaat in het verbintenisrecht », in *Concubinaat. De buitenhuwelijks tweerelatie* (P. SENAEVE éd.), Louvain, Acco, 1992, p. 75, n° 105, F. TAIMONT, « Les charges du ménage », in *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale* (J.-L. RENCHON et F. TAINMONT éd.), Louvain-la Neuve-Bruxelles, Académia/ Bruylant, 2000, p. 129, n° 6.

⁵⁰⁷ B. GOFFAUX, note sous Civ. Charleroi, 12 octobre 2000, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 2001, p. 142 ; F. APS, « De natuurlijke verbintenis als rechtsgrond voor de toekenning van een persoonlijk onderhoudsgeld na de beëindiging van de concubinaatrelative ? », *R.W.*, 1997-1998, p. 268.

WERMOES). Au terme de cette convention, l'homme s'engageait à verser à son ancienne compagne un montant total de 111.552 €, par paiement échelonné. Le premier juge avait qualifié la convention de donation et déclaré sa nullité pour non-respect des formes impératives prévues par l'article 931 du Code civil.

La cour d'appel adopte une analyse tout à fait différente de cette convention. Selon elle, il ne s'agit nullement d'une donation mais d'une obligation naturelle, laquelle ne requiert pas *l'animus donandi* et ne se trouve dès lors pas soumise au formalisme de l'article 931 du Code civil. Par ailleurs, la cour rappelle que là où il n'y a aucune dette en matière de donation, le débiteur apure une dette lorsqu'il s'agit d'une obligation naturelle⁵⁰⁸. Selon la cour, qui fait ainsi droit à la demande de l'ex-concubine et impose au défendeur le respect de ses engagements, certains accords entre anciens cohabitants, pris en indemnisation de prestations non rémunérées, n'ont pas lieu en vertu de *l'animus donandi*, mais en exécution d'une obligation naturelle⁵⁰⁹ et ne sont donc pas une donation.

Cet arrêt, qui se situe dans la ligne du courant doctrinal et jurisprudentiel majoritaire, en ce qu'il reconnaît qu'un cohabitant qui, pendant des années au cours de la relation, a pourvu à l'entretien de son partenaire économiquement plus faible, a une obligation naturelle de fournir une certaine assistance à ce partenaire plus faible, parfois au-delà des limites de la vie commune, doit être approuvé⁵¹⁰. En l'espèce, les conditions d'existence d'une obligation naturelle étaient réunies : il y a eu engagement volontaire de l'ex-concubin de payer 111 552 €, traduisant la reconnaissance par celui-ci d'un devoir moral d'agir en faveur de son ancienne compagne. Ce devoir est par ailleurs reconnu comme impérieux par la société⁵¹¹.

Toutefois, en ce qui concerne le secours *après* rupture, l'institution de l'obligation naturelle est, selon nous, impuissante à créer une obligation alimentaire au profit de l'ex-partenaire dans le besoin⁵¹². Cette impossibilité réside dans l'institution même de l'obligation naturelle : en aucun cas une exécution volontaire de celle-ci ou ne promesse d'exécution ne fonde une créance pour l'avenir. Tout au plus l'existence d'une obligation naturelle stabilise-t-elle les paiements effectués volontairement⁵¹³.

⁵⁰⁸ Voy. en ce sens : Bruxelles, 7 mai 2002, *J.T.*, 2003, p. 32 ; Civ. Anvers, 15 avril 2002, *R.G.E.N.*, 2003, p. 584 ; J. SOSSON, « Du devoir moral à l'obligation civile de fournir des aliments : utilité actuelle et limites de la théorie des obligations naturelles », *op. cit.*, p. 511.

⁵⁰⁹ Que la Cour définit comme des obligations morales dont on ne peut en principe obtenir le respect forcé en justice mais qui, par la promesse volontaire de respect, sont transformées en obligations juridiques.

⁵¹⁰ V. DEHALLEUX, « Le droit patrimonial des couples, le régime patrimonial des couples non mariés », *Chron. Not.*, vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 290-291.

⁵¹¹ C. VANACKERE, J. ROODHOOFT, K. SWERTS, M. VEGA LEON, « (Verbintenissen) Definitie », in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2005, I.1-6.

⁵¹² Civ. Mons, 23 mai 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 648 ; J.P. Charleroi, 3 mars 2003, *J.T.*, 2004, 101, *J.L.M.B.*, 2004, p. 664 (somm.).

⁵¹³ Civ. Bruxelles, 31 mars 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 337, somm. En ce sens : Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, p. 396, n° 379 ; P. SENAEVE, « De onderhoudsverplichting tussen wettelijk samenwonenden en tussen concubinerenden », in *Onderhoudsgelden*, Acco, Louvain, 2000, p. 173, n° 298 ; J. SOSSON, « Du devoir moral à l'obligation civile de fournir des aliments : utilité actuelle et limites de la théorie des obligations naturelles », *op. cit.*, p. 525, n° 20.

C'est la position qu'adopte le juge de paix de Wavre dans son ordonnance du 23 janvier 2007. Le magistrat cantonal rappelle ainsi que s'il est parfois reconnu à l'ancien concubin le droit d'obtenir pendant une période limitée un secours alimentaire, cette obligation d'assistance ne s'étend pas au-delà d'une aide ponctuelle et déterminée. En conséquence, il déboute monsieur de sa demande visant à faire condamner son ancienne concubine à garantir son futur bailleur du respect de ses obligations de preneur. Le magistrat souligne en outre que cette demande est indéterminée quant à son montant et autoriserait donc monsieur à louer un bien sans se préoccuper du montant du loyer et même à n'en payer aucun. Monsieur pourrait en outre causer des dégâts locatifs ou résilier le bail de manière irrégulière, seule son ancienne concubine serait tenue des conséquences, ce qui est inenvisageable (J.P. Wavre, 23 janvier 2007, *J.J.P.*, 2009, p. 364).

Une tendance jurisprudentielle accordant néanmoins sur cette base une pension alimentaire au partenaire économiquement faible⁵¹⁴, que nous critiquons, continue cependant à se diffuser.

S'inscrivant dans cette mouvance, le juge de paix de Anderlecht considère qu'il existe dans le chef de celui qui met unilatéralement fin à un concubinage long et stable une obligation naturelle d'assister financièrement l'ex-concubine (J.P. Anderlecht, 25 octobre 2007, *J.J.P.*, 2010, 224). De manière inattendue, il fonde cette obligation sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, rendue sur la base de l'article 8 CEDH, pour affirmer que la cohabitation libre mérite une protection équivalente à celle de la vie familiale « légitime ». Il estime dès lors qu'une aide alimentaire pendant une période de seize mois suite à la rupture d'une cohabitation qui a duré dix-sept ans, est acceptable.

Seul un engagement unilatéral précis de l'un des ex-concubins est susceptible, selon nous, de fonder valablement une obligation alimentaire pour l'avenir. Nous regrettons dès lors que certains magistrats, tout en faisant état d'un engagement unilatéral dans le chef de l'un des anciens concubins, l'utilisent non pour fonder l'obligation alimentaire *ad futurum* en tant que telle, mais la novation d'une obligation naturelle.

Ainsi, le juge du tribunal de première instance de Bruxelles accepte le principe de l'obligation naturelle novée en obligation civile pour fonder l'octroi d'une pension alimentaire à un ancien concubin (Civ. Bruxelles, 31 mars 2009, *J.L.M.B.*, 2010, 337, somm.). En l'espèce toutefois, il le refuse, précisant qu'après la rupture d'une union libre, la novation d'une obligation naturelle d'entretien en une obligation civile ne peut se présumer mais doit résulter d'un engagement précis et non équivoque du débiteur. Or, selon ce magistrat, ni l'existence de projets, ni les cadeaux, ni les dépenses supportées par l'auteur de la rupture ne permettent de déduire la volonté de celui-ci d'entretenir sa compagne à long terme, après la rupture.

De la même manière, le tribunal de première instance de Bruxelles considère que le concubin qui a toujours subvenu aux besoins de sa compagne durant les dix-sept années de vie commune témoigne d'une obligation naturelle à son égard (Civ. Bruxelles, 6 mai 2008, *Act. dt. fam.*, 2009, 93, *J.L.M.B.*, 2010, 336, somm., *J.J.P.*, 2010, 227). Pour fonder la novation de cette obligation naturelle en obligation civile, le magistrat évoque l'engagement précis de Monsieur de transformer ce devoir moral en obligation contraignante par un écrit dans lequel il prend,

⁵¹⁴ Anvers, 1er février 2006, *R.W.*, 2007-2008, 1816, note L. WERMOES ; Civ. Charleroi, 12 octobre 2000, *Rec. gén. enr. not.*, 2001, n° 25.115, obs. B. GOFFAUX, *Div. Act.*, 2002, p. 18, note E. de WILDE d'ESTMAEL ; J.P. Molenbeek-Saint-Jean, 26 septembre 2000, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 284, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 240 (somm.).

postérieurement à la séparation, une série d'engagements envers son ancienne partenaire. Le juge rappelle que l'existence d'un obligation naturelle suppose, premièrement, un devoir de conscience, reconnu par quelqu'un qui n'est pas débiteur légal et par la conscience collective. Deuxièmement, selon le magistrat, il appartient à celui qui se déclare créancier d'établir l'intention du débiteur de transformer le devoir moral en obligation contraignante par son engagement précis, clair et sans équivoque à l'exécution. En l'espèce, le magistrat considère que ces deux conditions sont remplies dès lors que Monsieur, estimant que c'est là son devoir moral, a fourni une aide financière à son ancienne compagne après la séparation en lui permettant de vivre plusieurs mois dans son appartement sans contrepartie financière. Il a en outre effectué un certain nombre d'achats et de paiements en faveur de celle-ci. Cela démontre, pour le juge, qu'il se sentait ainsi investi d'un devoir moral de poursuivre une assistance financière. Cette décision est critiquable dès lors que, selon nous, l'existence d'une obligation naturelle nécessite, non pas seulement un engagement précis de la part de celui qui se reconnaît débiteur, mais *l'exécution* de cet engagement.

Certaines décisions sont plus critiquables encore, dès lors qu'elles n'évoquent nul fondement juridique à l'obligation alimentaire à laquelle elles condamnent l'ex-concubin. Le juge de paix de Bruxelles, dans sa décision du 11 août 2009, allègue ainsi la seule différence de moyens entre les anciens concubins pour octroyer une pension alimentaire de 500 € durant 4 mois à l'ancienne concubine, sans préciser la base légale qui fonderait cette obligation ni faire appel à la théorie des obligations naturelles (J.P. Bruxelles, 11 août 2009, *J.T.*, 2010, 14, note). Cette tendance révèle néanmoins une nouvelle fois les lacunes en la matière et la nécessaire création d'un droit impératif à la compensation des iniquités engendrées par la relation rompue.

E. L.

136. (suite). Compétence

Le droit commun s'applique, en matière d'union libre, quant à la compétence des cours et tribunaux⁵¹⁵. Dès lors le juge de paix est compétent en matière alimentaire (art. 591, 7^o C. jud.)⁵¹⁶. Toutefois, s'il apparaît impossible de déterminer avec certitude que l'engagement de l'ex-concubin de verser une rente mensuelle à son ancienne compagne porte effectivement sur une pension alimentaire, le juge de paix ne peut fonder sa compétence sur l'article 591, 7^o du Code judiciaire. Dès lors qu'il n'existe pas d'obligation alimentaire légale dans le chef des concubins, la volonté de s'engager volontairement à payer une pension alimentaire doit être clairement exprimée (J.P. Etterbeek, 2 juin 2008, *J.J.P.*, 2010, 235).

Ainsi le juge de paix d'Etterbeek considère qu'une convention conclue entre concubins, qui stipule « paiement à partir du 1^{er} avril 2003 d'une somme mensuelle de 250 euros pour une période à déterminer », demeure un engagement général ne précisant pas l'objet du paiement en question. Il pourrait en effet tant s'agir d'une contribution alimentaire, que d'une intervention

⁵¹⁵ L'article 223 C. civ. et 1280 C. jud. ne peuvent pas être appliqués par analogie (Civ. Bruxelles, 24 novembre 1987, *J.T.*, 1988, p. 501, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1989, p. 27 ; Civ. Liège (réf.), 30 octobre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 564).

⁵¹⁶ Civ. Arlon (réf.), 10 août 1995, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1997, p. 135 ; J.P. Oudenaarde, 2 février 2006, *NjW*, 2006, p. 378, *Rev. Trim., dr. fam.*, 2006, p. 316 (somm.), J.P., Bruges, 2 juin 2005, *T.G.R.*, 2005, p. 170.

dans les frais ou d'une avance sur la sortie d'indivision entre parties. En l'espèce donc, un doute subsiste quant à la nature des sommes à payer⁵¹⁷ et le magistrat cantonal ne peut fonder sa compétence sur l'article 591, 7^o du Code judiciaire.

E. L.

Section 2. La cohabitation légale

137. Début de la cohabitation légale

La déclaration de cohabitation légale est faite au moyen d'un écrit remis contre récépissé à l'officier de l'état civil du domicile commun (art. 1476, § 1^{er}, C. civ.). La cohabitation légale prend cours à dater de la remise de l'écrit⁵¹⁸. C'est la position qu'adopte la cour d'appel de Bruxelles dans un arrêt du 27 juin 2008 (Bruxelles, 27 juin 2008, *T. fam.*, 2009, 70, note K. BOONE, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, 552). En l'espèce, un couple avait fait une déclaration de cohabitation légale mais Monsieur était ensuite décédé avant que cet écrit soit remis à l'officier d'état civil. Ce dernier avait donc refusé d'acter dans le registre de la population une déclaration de cohabitation entre les seules mains de madame, laquelle avait alors porté l'affaire en justice. Le premier juge avait considéré qu'aucun effet ne devait être reconnu à la déclaration de cohabitation légale avant l'inscription dans les registres de l'état civil. L'appelante soutenait, au contraire, que la seule date à prendre en compte est celle de la déclaration, peu importe celle de l'enregistrement ; dès lors le décès de Monsieur ne pouvait empêcher de faire acter la déclaration de cohabitation.

A raison la cour d'appel a confirmé le jugement d'instance. Le magistrat considère que le fait que les deux partenaires souhaitant établir entre eux une cohabitation légale soient en vie au moment de la déclaration de cohabitation doit être considéré comme une condition nécessaire de l'établissement de pareille cohabitation, même si elle n'est pas visée expressément à l'article 1476, § 2 du Code civil. En effet, en vertu de cet article, la cohabitation légale prend fin lorsqu'une des parties décède ; il faut en conclure qu'*a fortiori* une cohabitation légale ne peut prendre cours lorsqu'une des parties décédée⁵¹⁹.

E. L.

⁵¹⁷ Il y a un doute quant à la portée ou au sens d'une convention dès lors qu'il n'est pas possible d'en déterminer le sens ou la portée par des éléments intrinsèques ou extrinsèques à l'acte (Cass., 17 octobre 1988, *Pas.*, 1989, p. 158).

⁵¹⁸ G. BATEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHELDEN, S. BROUWERS, « Overzicht van rechtspraak. Personen-en familierecht 1995-2000 », *T.P.R.*, 2001, p. 1834 ; C. CASTELEIN, *Erfrecht Wettelijk Samenwonenden*, Gent, Larcier, 2007, p. 12 ; P. SENAEVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht (2)*, Leuven, Acco, 2008, n° 1374 ; N. DANDOY et F. TAINMONT, « Contours de la loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale », *R.R.D.*, 1999, p. 263.

⁵¹⁹ P. SENAEVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, *op. cit.*, n° 1309.

138. Contribution aux charges de la vie commune

Conformément à l'art. 1477, § 3, du Code civil, les cohabitants légaux doivent contribuer aux charges de la vie commune en proportion de leurs facultés. Ainsi formulée, cette disposition est empruntée par analogie au texte de l'art. 221 du Code civil⁵²⁰. Le tribunal de première instance d'Anvers se fonde sur cette analogie pour assimiler une déclaration de cohabitation légale faite par un créancier d'aliments à un mariage nouvellement contracté (Civ. Anvers, 11 février 2010, R.W., 2010-2011, p. 1360). En l'espèce, des époux avaient convenu, dans leurs conventions de divorce par consentement mutuel, une créance alimentaire au bénéfice de madame, laquelle devait prendre fin en cas de remariage. 25 ans plus tard, Madame fait une déclaration de cohabitation légale, en raison de quoi le débiteur d'aliments souhaite interrompre ses paiements, ce à quoi s'oppose la créancière. De manière tout à fait logique, le magistrat considérera que s'il est vrai que la convention ne prévoyait pas de cessation de l'obligation alimentaire à charge du débiteur au cas où le créancier d'aliments fait une déclaration de cohabitation légale, il ne saurait pour autant en être déduit que les parties avaient la commune intention de ne retenir comme motif de cessation que le fait de contracter un nouveau mariage. La cohabitation légale n'ayant été introduite que presque 25 ans après la rédaction de la convention entre les parties, celles-ci ne pouvaient, par conséquent, pas raisonnablement prévoir cette forme de vie commune réglementée et il était même impossible pour elles d'en tenir compte au moment de leur divorce par consentement mutuel.

E. L.

139. Excusabilité du cohabitant légal

La Cour constitutionnelle a été saisie de la question de savoir si l'article 82, al. 2 de la loi sur les faillites ne crée pas une discrimination contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution entre la situation du conjoint du failli excusé et celle de la personne ayant souscrit une déclaration de cohabitation légale avec le failli excusé, en ce que le premier peut bénéficier des effets de cette excusabilité, et pas le second (C. const., 18 novembre 2010, J.T., 2011, p. 126, note M. LEMAL, *Juristenkrant*, 2011, p. 3, R.W., 2010-11, p. 894, R.D.C., 2011, p. 264, T.F.R., 2011, p. 134).

Deux cohabitants légaux avaient souscrit un contrat de prêt. Le commerçant fut déclaré en faillite, mais ensuite déclaré excusable. Le créancier se retourna alors contre le coemprunteur, cohabitant légal du failli, lequel s'est alors prévalu des effets de l'excusabilité accordée à son compagnon.

Pour répondre à la question qui lui était posée, la Cour procède à une comparaison entre les caractéristiques du mariage d'une part, de la cohabitation légale de l'autre. Elle en retient notamment, en terme de similitude, que tant le conjoint que le cohabitant légal du failli est tenu, soit volontairement, soit du fait de la loi, au paiement d'une dette qui ne lui est pas propre, mais d'une dette du débiteur principal failli. L'article 1477 du Code civil, en ce qu'il prévoit que les cohabitants légaux doivent contribuer aux charges de la vie commune, en ce compris toute dette non excessive contractée par l'un pour les besoins de la vie commune, en proportion de leurs

⁵²⁰ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, p. 425, n° 406.

facultés, oblige en effet solidairement l'autre cohabitant. En cela la situation du conjoint et celle du cohabitant légal sont comparables.

Or, l'élargissement des effets de l'excusabilité au conjoint du failli implique que les poursuites ne peuvent plus être exercées sur ses biens par les créancier du failli. Par contre, le cohabitant légal, qui s'engage personnellement en faveur de son cohabitant failli, reste tenu de la dette pour laquelle son cohabitant ne peut plus être poursuivi. Nous ne pouvons qu'approuver la Cour, qui voit là une différence de traitement qui n'est pas raisonnablement justifiée au regard de l'objectif poursuivi par la règle de l'excusabilité⁵²¹. Il ressort en effet des travaux préparatoires de la loi du 8 août 1997 sur les faillites que le législateur s'est soucié de tenir « compte, de manière équilibrée, des intérêts combinés de la personne du failli, des créanciers, des travailleurs et de l'économie dans son ensemble » et « d'assurer un règlement humain qui respecte les droits de toutes les parties intéressées »⁵²². En cela, l'arrêt du 18 novembre 2010 s'inscrit dans la ligne des décisions antérieures de la Cour constitutionnelle quant aux effets de l'excusabilité pour le conjoint du failli⁵²³.

E. L.

140. Rupture de la relation. Date de fin de la cohabitation légale. Mesure de crise

Aux termes de l'article 1476, § 2, alinéas 2 et 3, du Code civil, il peut être mis fin à la cohabitation légale soit de commun accord par les cohabitants, soit unilatéralement par l'un des cohabitants, au moyen d'une déclaration écrite qui est remise contre récépissé à l'officier de l'état civil de la commune du domicile des deux parties ou, dans le cas de domiciles séparés, de la commune du domicile de l'une d'elles. Toutefois, la cessation prend seulement cours le jour où l'officier de l'état civil en prend acte dans le registre de la population.

Viole dès lors la loi la décision qui considère qu'en cas de cessation bilatérale, celle-ci remonte, dans les rapports entre les ex-cohabitants, au jour de la signature de la déclaration conjointe de cessation de la cohabitation. La signature d'un protocole d'accord entre les parties n'est en effet pas suffisante pour considérer que la cohabitation légale a pris fin à cette date (Cass., 19 février 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, 1268, R.W., 2010-2011, 1001, somm.).

Par ailleurs, suivant l'article 1479, alinéas 1er et 2, du Code civil, le juge de paix est compétent pour prendre des mesures urgentes et provisoires si l'entente entre les cohabitants est sérieusement perturbée. Selon la Cour de cassation, il suit du rapprochement de l'article 1476, § 2, al. 6 et de l'article 1479, al. 1 et 2, du Code civil, que le juge de paix est compétent pour statuer

⁵²¹ Voy. B. INGHELS, « Petite histoire d'une grande idée : l'excusabilité », *R.D.C.*, 2007, p. 315 ; M. LAMENSCH, « L'excusabilité du débiteur failli, le sort de ses sûretés personnelles et de son conjoint- dix ans d'évolution depuis l'adoption de la loi du 8 août 1997 », *R.G.D.C.B.*, 2007, p. 496 ; F. T'KINT, « L'excusabilité et la réhabilitation du failli », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 861.

⁵²² *Doc. Parl. Ch.*, 1991-1992, n° 631/13, p. 29.

⁵²³ Voy. CA, 3 mai 2006, n° 67/2006, *M.B.*, 15 mai 2006, p. 24859 ; C.A., 7 mars 2007, n° 37/2007, *M.B.*, 18 avril 2007, p. 20906, Cour Const., 17 janvier 2008, n° 3/2008, *M.B.*, 28 février 2008, p. 12420, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 2008, p. 1053, note.

sur une demande de mesures urgentes et provisoires introduite *avant* que l'officier de l'état civil ait pris acte dans le registre de la population de la cessation de la cohabitation légale. Le jugement qui décide qu'un juge de paix n'a pas été valablement saisi sur la base de l'article 1479, al. 1^{er} du Code civil, parce que la cohabitation légale entre les parties aurait pris fin antérieurement à la date de la saisine du magistrat cantonal par la signature d'un protocole d'accord viole donc les dispositions légales.

En outre, l'article 1479, al. 2 du Code civil stipule que le juge de paix fixe la durée de validité des mesures qu'il ordonne. Cependant, « en toute hypothèse, (ces) mesures cessent de produire leurs effets au jour de la cessation de la cohabitation légale, telle que prévue à l'article 1476, § 2, alinéa 6 ». Ces mesures prennent fin par conséquent le jour de la cessation de la cohabitation légale⁵²⁴.

Dès lors si, la cohabitation prend fin en cours de procédure, tout intérêt pour demander des mesures urgentes et provisoires visées à l'article 1479 du Code civil, est absent puisque chaque mesure de ce type cesserait sur-le-champ et de plein droit au moment même où elle est prise. Faisant application de l'article 17 du Code judiciaire, le juge de paix de Westerlo considère dès lors que l'action ne peut par conséquent être admise à défaut d'intérêt (J.P. Westerlo, 14 juillet 2010, *J.J.P.*, 2011, p. 40). Le magistrat précise en outre que l'hypothèse évoquée à l'article 1479, troisième al. du Code civil, en ce qu'elle concerne explicitement la période qui suit la cessation de la cohabitation légale⁵²⁵, ne peut être appliquée au cas d'espèce.

E. L.

⁵²⁴ Plus précisément le jour où l'officier de l'état civil acte la cessation de la cohabitation légale dans le registre de la population (art. 1479 *jo.* Art. 1476, §2, al. 6). Voy. P. SENAEVE, E. COENE, « De wet van 23 november 1998 tot invoering van de wettelijke samenwoning », *EJ*, 1998, n° 38, p. 160 ; E. VAN DEN EEDEN et G. BOLIAU, « Overzicht van rechtspraak. Dringende voorlopige maatregelen : een actualisering », *T. Vred.*, 2006, p. 438.

⁵²⁵ A propos du manque de cohérence pour la pratique entre la paragraphe 2 et le paragraphe 3 de l'article 1479, voy., P. SENAEVE, E. COENE, « De wet van 23 novembre 1998 tot invoering van de wettelijke samenwoning », *op. cit.*, p. 160-161.