

de commerce à l'époque du mariage puisque la clientèle était «essentiellement» celle de son employeur.

3. Les juges d'appel n'ont pas ainsi légalement justifié leur décision.

Le moyen, en cette branche, est fondé.

[...]

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

Casse l'arrêt attaqué;

Ordonne que mention du présent arrêt sera faite en marge de l'arrêt cassé;
Réserve les dépens pour qu'il soit statué sur ceux-ci par le juge du fond;

Renvoie la cause devant la cour d'appel d'Anvers.

Note

Sur le statut propre ou commun en régime de communauté d'un fonds de commerce ou d'une clientèle

1. L'arrêt de la cour d'appel de Gand du 15 décembre 2015, qui avait fait l'objet du pourvoi sur lequel la Cour de cassation s'est prononcée par son arrêt du 17 février 2017 et qui a été cassé pour deux motifs par la Cour de cassation, avait été publié à la *Revue générale de droit civil belge*, 2017, p. 162, avec une note richement documentée de Madame Amélie Paulus et intitulée «Le statut de l'entreprise initiée par un époux avant un mariage en communauté mais développée durant celui-ci».

Les éléments de fait de la cause avaient logiquement été davantage explicités dans l'arrêt attaqué que dans le résumé qui en a été fait par l'arrêt de la Cour de cassation, et c'est dès lors en lisant l'arrêt du 15 décembre 2015 qu'on peut le mieux comprendre les données de la cause.

2. Le mérite de cet arrêt de la cour d'appel de Gand – qui avait d'ailleurs confirmé tant l'avis du notaire liquidateur que le jugement prononcé en première instance – avait assurément été de dégager une solution équilibrée du contentieux qui existait entre les deux ex-époux.

D'une part, huit ans et demi après la conclusion en 1979 de leur mariage, le mari avait fait l'apport en nature de son entreprise de fournitures de bureau à une société anonyme qu'il avait constituée, en s'étant attribué 452 des 460 actions de la société. Quatre autres actions avaient été souscrites en numéraire par son épouse, deux par la fille des époux et une par le frère du mari.

Il résultait des termes de l'arrêt de la cour d'appel de Gand que l'épouse avait contribué au développement de cette entreprise en ayant, notamment, assumé des tâches administratives.

D'autre part, les époux avaient pendant leur mariage construit leur habitation familiale sur un terrain à bâtir que le mari avait dans leur contrat de mariage apporté au patrimoine commun.

Après la dissolution du mariage, la valeur des actions de la société anonyme avait été estimée en 1998 à un montant relativement équivalent à la valeur de l'habitation où l'ex-épouse avait, semble-t-il, continué à résider, en manière telle que le notaire liquidateur, après avoir considéré que les actions respectivement souscrites par les ex-époux dans la société anonyme étaient toutes communes, avait proposé d'attribuer à l'ex-mari les actions de la société et à l'ex-épouse l'habitation familiale, moyennant une soulte de 10.000 EUR.

Le tribunal de première instance d'Audenarde et la cour d'appel de Gand se prononcèrent dans le même sens, en ayant déclaré non fondées les revendications de l'ex-mari qui soutenait que ses 452 actions étaient propres, au motif qu'il aurait déjà constitué son fonds de commerce avant la conclusion du mariage, et que, par ailleurs, il pouvait exercer le droit de reprise de l'habitation familiale organisé par l'article 1455 du Code civil, dès lors qu'il avait fait l'apport du terrain à bâtir au patrimoine commun.

3. Le litige relatif au caractère commun ou propre des 452 actions de la société souscrites par le mari était circonscrit à la question de savoir si le fonds de commerce que le mari avait apporté en nature à la société était lui-même commun ou propre.

Or cette question dépendait, dans la conception classique selon laquelle un bien qui existe déjà au jour de la conclusion du mariage est nécessairement un bien propre conformément à l'article 1399 du Code civil, de la question de savoir si le fonds de commerce «*existait*» déjà lors de la conclusion du mariage.

À quelle date doit-on en effet considérer qu'un fonds de commerce «*existe*»?

La réponse à cette question n'était, en l'espèce, pas aisée à trouver car, au jour du mariage, le mari était technicien à temps plein dans une société de fournitures de bureau et effectuait à ce titre des réparations de ce matériel de bureau auprès des clients de son employeur. Mais il avait déjà initié deux mois avant le mariage une activité complémentaire en tant qu'indépendant consistant à vendre du matériel de bureau aux clients de son employeur, et il était à ce titre rémunéré à la commission.

Ce n'est que plusieurs années plus tard qu'il quitta son employeur et se consacra de manière exclusive à sa propre activité commerciale.

4. Qu'on ait pu considérer, dans de telles circonstances aussi particulières, que le fonds de commerce du mari ne s'était constitué «*réellement*» qu'après le mariage, même s'il avait déjà reçu un numéro personnel de TVA très peu de temps avant la conclusion du mariage, était dès lors *a priori* la solution qui paraissait la plus équitable, d'autant que son épouse avait contribué au développement de ce fonds de commerce.

5. La Cour de cassation s'est cependant déterminée en posant le principe qu'un fonds de commerce «*existe*», «*si les éléments en présence permettent d'attirer et de conserver une clientèle propre*».

L'arrêt de la cour d'appel de Gand fut dès lors cassé pour la raison que les magistrats avaient laissé entendre que, même si, lorsque le mari avait commencé son activité complémentaire d'indépendant, sa clientèle était «*essentiellement celle*

de son employeur», «la clientèle existait et s'est développée en fonction de la renommée (du mari)».

La considération des juges du fond selon laquelle une clientèle propre n'était pas encore «réelle» ne pouvait donc suffire, selon la Cour de cassation, à écarter la constatation qu'ils avaient aussi faite que la clientèle «existait» déjà au jour de la conclusion du mariage.

6. Le litige n'en a cependant pas été tranché pour autant, car, compte tenu de l'imprécision voire même de la contradiction dont était empreinte l'appréciation des juges du fond, il restera, semble-t-il, à déterminer et à vérifier si, lors du mariage conclu moins de deux mois après le début de l'activité complémentaire d'indépendant du mari, celui-ci avait déjà pu se constituer une clientèle propre ou si, au contraire, il ne s'était pas limité à vendre du matériel de bureau à la seule clientèle de son employeur – ce qui était très vraisemblable.

7. Par ailleurs, dans la note d'observations qu'elle avait publiée sous l'arrêt de la cour d'appel de Gand, Madame Paulus avait bien fait apparaître qu'à l'encontre d'une méthode d'interprétation «textuelle» de l'article 1399 du Code civil – qui consiste à considérer qu'il suffirait qu'un bien «existât» déjà, même à l'état d'embryon, avant la conclusion du mariage, pour que ce bien soit et reste un bien propre – on peut recourir à une méthode d'interprétation «téléologique», s'appuyant sur le but poursuivi par l'article 1399 du Code civil qui «réside essentiellement dans la nécessaire protection des biens qui, de par leur origine familiale, ou leur absence de collaboration économique entre époux, méritent d'être préservés des appropriations inhérentes à la vie commune».

Selon une telle méthode d'interprétation, une entreprise, même déjà née au jour du mariage, pourrait alors encore être qualifiée de bien commun, lorsque, comme dans le cas d'espèce, cette entreprise n'avait pas encore au jour du mariage une «consistance suffisante pour constituer un bien» et, au contraire, ne s'était «réellement» développée que pendant le mariage.

8. Il y a, en réalité, quelque chose de paradoxal dans la conception classique selon laquelle les «accroissements» pendant le mariage d'un bien – et plus particulièrement les accroissements d'une entreprise ou l'accroissement de valeur des parts d'une société lié au développement économique de cette société – participent en régime de communauté de la nature – propre ou commune – de ce bien. Si ce bien «existait» avant le mariage, tous les accroissements resteraient propres⁽²⁾.

C'est que si ces accroissements ou cet accroissement de valeur procèdent de l'activité déployée pendant le mariage par l'époux qui possédait ce bien, le caractère propre de ces accroissements est contradictoire avec l'idée fondamentale en régime de communauté que les richesses que les époux ont créées par leur travail pendant le mariage leur sont communes.

⁽²⁾ Voy. not. Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, *De Page, Traité de droit civil belge*, T. IX, *Les régimes matrimoniaux*, Vol. 1, p. 373, n^{os} 250 et 251 ; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 97, n^o 74, qui pose toutefois la question de savoir s'il ne serait pas possible de corriger cette solution par une récompense au profit du patrimoine commun.

En régime de participation aux acquêts, pareil accroissement de valeur du patrimoine originaire d'un des époux serait inclus dans son patrimoine final et, dès lors, pris en considération pour le calcul de la créance de participation aux acquêts.

Il est à cet égard étrange que le régime de participation aux acquêts soit davantage « communautaire » que le régime de communauté.

C'est pourquoi il eût été opportun, me paraît-il, de mettre à profit les modifications apportées par la loi du 22 juillet 2018 au régime légal pour faire dépendre du patrimoine commun, comme dans un régime de participation aux acquêts, la valeur patrimoniale constituée pendant le régime des parts ou actions de société ou des biens professionnels qui étaient propres au jour de la conclusion du mariage⁽³⁾.

Des amendements en ce sens avaient d'ailleurs été proposés lors des travaux préparatoires de la loi aux fins de substituer cette solution à celle de la nouvelle cause de récompense instituée à l'article 1432, alinéa 2, du Code civil⁽⁴⁾.

9. C'est par contre très probablement cette solution que, de manière à vrai dire contradictoire, le législateur a retenue dans la loi du 22 juillet 2018 à propos de la clientèle « constituée pendant le mariage ».

Est en effet commune, aux termes de l'article 1405, § 1.7, « la valeur économique de la clientèle qui a été constituée pendant le régime par un des époux dans le cadre de l'exercice de sa profession ou de l'exploitation de son entreprise, si le droit à cette clientèle est propre en vertu de l'article 1401, § 1.7 ».

On peut sans doute hésiter sur la question de savoir si le législateur a réellement entendu trancher là une controverse qui existait déjà avant la promulgation de la loi du 22 juillet 2018 et dont les termes sont analogues à la problématique ayant fait l'objet de l'arrêt de la Cour de cassation du 17 février 2017.

On enseignait en effet traditionnellement qu'une clientèle formerait un tout et que si l'activité professionnelle était déjà exercée avant le mariage, la clientèle constituée pendant le mariage ne représentait qu'un « accroissement » de la valeur d'un bien qui était propre, puisqu'il « existait » au jour du mariage⁽⁵⁾.

⁽³⁾ Voy., à ce propos, J.-L. RENCHON, « Les modifications apportées au régime légal », in J.-L. RENCHON et F. TAINMONT, *La réforme des régimes matrimoniaux et des droits successoraux du conjoint et du cohabitant légal survivant. Ce que la loi du 22 juillet 2018 règle et ce qu'elle ne règle pas*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 143, n° 230.

⁽⁴⁾ La nouvelle cause de récompense instituée à l'article 1432, alinéa 2, du Code civil permettra – éventuellement – de compenser une part des bénéfices d'une société qui n'auraient pas été attribués à un époux dont les parts ou actions de cette société lui étaient propres, si du moins cet époux était le seul actionnaire de la société, mais elle ne permettra pas de compenser l'augmentation de valeur pendant la durée du régime des parts et actions de cet époux, alors que pareille augmentation de valeur peut être sans aucun rapport avec les revenus de la société qui ne lui auraient pas été attribués.

Une telle récompense ne peut de toute manière être sollicitée que pour des parts et actions de société et non pas à propos de biens professionnels ou d'une clientèle qui étaient propres au jour du mariage et à propos desquels on persisterait à considérer que les accroissements de valeur réalisés pendant le régime seraient tout autant propres.

⁽⁵⁾ Voy. Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 143, n° 121 ; L. RAUCENT, *Les régimes matrimoniaux*, 3^e éd., Academia-Bruylant, 1988, p. 79, n° 75.

Philippe De Page avait toutefois précisé qu'il lui paraissait nécessaire que l'organisation professionnelle de l'opérateur économique ait déjà acquis «une autonomie réelle avant le mariage»⁽⁶⁾ pour que la clientèle puisse être considérée comme un bien propre de cet opérateur économique.

Mais, plus fondamentalement, nous avons, dans une étude récente⁽⁷⁾ exprimé les considérations suivantes :

« Il est étonnant en effet, voire choquant, qu'on puisse soutenir que, selon qu'un médecin, un pharmacien, un avocat, un notaire ou un réviseur d'entreprises aurait entrepris son activité professionnelle avant ou après son mariage, la valeur de la clientèle de sa profession libérale serait, au jour de la dissolution du régime, propre ou commune, alors qu'il aurait en réalité exercé la plus grande partie de son activité professionnelle pendant le mariage.

Sans doute, la valeur déjà créée et acquise avant le mariage lui restera-t-elle propre, mais la valeur économique – c'est-à-dire la finance – constituée depuis le jour du mariage jusqu'au jour de la dissolution du régime est tout autant un revenu, au sens large, de son activité professionnelle, et il importe dès lors peu à cet égard que l'activité professionnelle ait été entreprise avant ou après la célébration du mariage, exactement comme le bénéfice d'une assurance de groupe constitué au profit d'un époux avec les primes payées par l'employeur durant le mariage jusqu'à la dissolution du régime représente un revenu d'activités professionnelles au sens de l'article 1405.1 (ancien) du Code civil et est dès lors un bien commun, même si cet époux avait été engagé par son employeur avant la conclusion du mariage ».

10. Même si le législateur ne s'est pas exprimé lors des travaux préparatoires de la loi du 22 juillet 2018 à propos de l'interprétation qu'il y aura lieu de donner à la « valeur économique de la clientèle qui a été constituée pendant le mariage » qui appartiendra au patrimoine commun, le professeur Hélène Casman – dont on sait qu'elle a été étroitement associée à la rédaction du texte de la loi – a expliqué, dans une étude publiée à propos des nouvelles dispositions relatives au régime légal⁽⁸⁾, qu'« il ne s'agit pas de considérer uniquement si les activités professionnelles permettant de constituer une clientèle ont démarré avant ou pendant le régime » mais qu'« il s'agit réellement de considérer que le droit à la valeur économique naît dans le chef de la communauté à l'égard de la clientèle développée⁽⁹⁾ pendant le régime, peu importe le moment précis où les activités professionnelles ont commencé (avant ou pendant le régime) ».

Cette analyse rejoint effectivement celle que nous avons déjà proposée.

Sans doute, d'autres auteurs, qui s'étaient exprimés avant de connaître les précisions apportées par Madame Casman, s'en étaient tenus à interpréter la nou-

⁽⁶⁾ Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 87, n° 75.

⁽⁷⁾ J.-L. RENCHON et E. GROSJEAN, « La détermination de la masse de partage », in J. SOSSON et P. VAN DEN EYNDE, *La liquidation des régimes matrimoniaux. Aspects théorique et pratique*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 79, n° 119.

⁽⁸⁾ H. CASMAN, « Panorama des évolutions du régime légal », in M. VAN MOLLE (coord.), *La réforme des régimes matrimoniaux en pratique*, Limal, Anthemis, 2019, p. 33.

⁽⁹⁾ Madame Casman se réfère à cet égard au terme utilisé dans la version néerlandaise du texte légal qui fait état de la clientèle « *opgebouwd tijdens het stelsel* ».

velle disposition légale conformément à la solution qui était généralement adoptée sous le régime antérieur à la loi du 22 juillet 2018⁽¹⁰⁾.

Mais il me paraît personnellement judicieux de retenir la solution telle qu'elle a été exposée par le professeur Casman, car elle est la plus cohérente avec la logique interne d'un régime de communauté⁽¹¹⁾.

Jean-Louis RENCHON

⁽¹⁰⁾ Voy. Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, *De Page, Traité de droit civil belge*, T. IX, *Les régimes matrimoniaux*, Vol. 1, p. 283, n° 194. B; Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018: Présentation, évaluation », in *États généraux du droit de la famille III*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 65, n° 40 (même si cet auteur estime que cette solution est critiquable *de lege ferenda*); L. ROUSSEAU, « Les parts et actions de sociétés, les biens professionnels et la clientèle dans les régimes matrimoniaux », in *Tapas de droit notarial*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 58, n° 35; J. SAUVAGE, « Les modifications au régime de communauté », in A. GILLARD (coord.), *Les régimes matrimoniaux après la loi du 22 juillet 2018. Et maintenant tout devient possible?*, coll. de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 31, n° 35.

⁽¹¹⁾ Voy. J.-L. RENCHON, « Les modifications apportées au régime légal », in J.-L. RENCHON et F. TAINMONT, *La réforme des régimes matrimoniaux et des droits successoraux du conjoint et du cohabitant légal survivant. Ce que la loi du 22 juillet 2018 règle et ce qu'elle ne règle pas*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 60, nos 89 à 91, et, sur la question de droit transitoire, p. 152, n° 248.