

DISPOSITIONS COMMUNES À TOUS LES RÉGIMES MATRIMONIAUX

Introduction

1. La réforme des régimes matrimoniaux opérée par la loi du 22 juillet 2018 (1) est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2018.

La présente contribution sera consacrée à l'analyse des dispositions communes aux régimes de communauté et de séparation de biens.

Notre étude portera, d'une part, sur les dispositions qui étaient déjà applicables à ces deux régimes avant la réforme et qui ont connu des modifications ponctuelles. Il s'agit de la perte des avantages en cas de divorce, du pacte Valkeniers, de la preuve de la propriété des biens entre époux et de la vente entre époux.

Nous examinerons, d'autre part, des règles jusqu'alors propres au régime de communauté, qui ont été étendues par la réforme au régime de la séparation de biens, qui gagne ainsi en encadrement juridique. La distinction opérée entre ces régimes pour ces principes n'était plus jugée pertinente. Bien que le Conseil d'État ait estimé que les différences qui existaient quant à l'application de ces règles n'étaient pas comme telles discriminatoires, il a souligné que la réforme envisagée ne violait pas les principes supérieurs de droit constitutionnel ou international et répondait à un choix en opportunité du législateur (2).

Ces principes, désormais érigés au rang des dispositions communes, sont l'attribution préférentielle, le recel et les avantages matrimoniaux auxquels une partie importante de notre étude sera consacrée.

Dans un souci d'harmonisation et d'uniformité, les dispositions relatives à l'attribution préférentielle et au recel, auparavant logées dans le régime de communauté, ont été déplacées dans le chapitre premier du titre V du Code civil consacré aux dispositions générales.

Les articles relatifs aux avantages matrimoniaux ont été maintenus dans la section consacrée au régime de la communauté; leur application

(1) *Moniteur belge*, 27 juillet 2018, p. 59.435.

(2) *Doc. Parl.*, Chambre, sess. 2017-2018, n° 54, 2848/002, p. 11.

par analogie au régime de la séparation de biens résulte d'une disposition qui trouve son siège au sein même de ce dernier régime.

Section 1^{re}. La perte des avantages en cas de divorce (article 299 du Code civil)

§ 1^{er}. Régime

2. L'article 299 ancien du Code civil prévoyait, en cas de divorce, la perte des avantages que les époux s'étaient consentis par contrat de mariage ou depuis qu'ils avaient contracté mariage.

Cette disposition s'appliquait peu importe le régime choisi par les époux.

Elle visait les avantages constituant des droits de survie tels que les clauses de préciput, de partage inégal, les institutions contractuelles, la stipulation du bénéfice d'une assurance-vie et les donations de biens présents entre époux (3). Les clauses d'apport à la communauté n'étaient, en revanche, pas visées.

Les époux pouvaient toutefois convenir du maintien de ces avantages en dépit du divorce (4). La loi restait muette quant au moment de la rédaction de cette convention et la doctrine n'était pas unanime sur la question (5).

3. La réforme a restreint le champ d'application de cette disposition en excluant les donations de biens présents entre époux, qui ne seront plus automatiquement révoquées par le divorce. Rappelons qu'elles demeurent susceptibles de l'être *ad nutum* sur la base de l'article 1096 du Code civil lorsqu'elles ont été consenties hors contrat de mariage.

(3) Cass. (1^{re} ch.), 23 novembre 2001, *Rev. not. belge.*, 2002, p. 318 et note de C. GIMENNE.

(4) L'effet de cette convention était cependant relatif pour les donations entre époux consenties en dehors du contrat du mariage dès lors que selon nous, la révocation *ad nutum* de ces libéralités demeurait possible en vertu de l'article 1096 du Code civil, disposition d'ordre public. Pour plus de développements sur le sujet voir A. DEMORTIER, « La révocation *ad nutum* des donations entre époux est-elle mise à mal par l'article 299 du Code civil ? », *R.P.P.*, 2016, pp. 113 et s.

(5) Certains auteurs estimaient que celle-ci devait être établie après le divorce (A. DUELZ, J-C. BROUWERS, Q. FISCHER, *Le droit du divorce*, Larcier, 2009, p. 235), d'autres pensaient que cette volonté devait s'exprimer avant la dissolution du mariage (J-C. BROUWERS, « La réforme du divorce », *Rev. not. belge.*, 2007, p. 611), d'autres encore adoptaient une position moins tranchée en enseignant que cette convention devait être dressée soit dans l'acte constitutif des avantages, soit dans une convention conclue pendant la procédure de divorce (L. ROUSSEAU, « Le nouveau divorce par consentement mutuel », *Rev. not. belge.*, 2008, p. 442 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p.271) et certains, enfin, estimaient que cet accord entre époux pouvait intervenir à tout moment sans qu'il faille attendre le prononcé du divorce (V. WYART, « La déchéance des avantages matrimoniaux : conséquence de la réforme du divorce » in *Conjugalité et décès*, Anthemis, 2011, p. 326).

Les donations de biens à venir, autrement dit les institutions contractuelles, restent visées par l'article 299 du Code civil.

Le législateur était d'avis que la suppression des droits de survie se justifie en cas de divorce dès lors qu'ils visent à privilégier le conjoint survivant et reposent sur une solidarité entre époux qui n'existe, en principe, plus après un divorce (6). Cette suppression ne se justifiait en revanche pas pour les donations de biens présents qui peuvent être révoquées même après le divorce par la volonté de l'époux donateur. Une caducité automatique était jugée excessive. Par ailleurs, les donations que les époux se sont consenties hors contrat de mariage ne poursuivent pas nécessairement un objectif de protection du conjoint survivant.

§ 2. Dispositions transitoires

4. En vertu de l'article 76 de la loi du 22 juillet 2018, le nouvel article 299 sera applicable à toutes demandes en divorce introduites à compter du 1^{er} septembre 2018.

Section 2. Le pacte Valkeniers (article 1388 du Code civil)

§ 1^{er}. Régime

5. La clause Valkeniers permet aux époux dont l'un au moins retient des enfants d'une précédente union, de se priver mutuellement ou unilatéralement, de tout ou partie de leurs droits dans leurs successions respectives, lors de l'élaboration de leur contrat de mariage.

Cette disposition, commune à tous les régimes matrimoniaux, a vu son champ d'application élargi par la loi du 22 juillet 2018.

Alors que la privation des droits était limitée à la réserve abstraite du conjoint survivant (usufruit de la moitié de la masse 922), elle est désormais également permise pour la réserve concrète. Le conjoint survivant est ainsi susceptible d'être privé de son usufruit sur le logement familial (7).

Cette modification s'inscrit dans la lignée de la loi du 31 juillet 2017 réformant les successions dont un des objectifs était d'accorder plus de liberté au disposant. Soulignons également que l'immeuble abritant le logement familial constitue souvent le principal actif d'un patrimoine

(6) *Doc. Parl.*, Chambre, sess. 2017-2018, n° 54- 2848/001, p. 30.

(7) Cette disposition ne vaut pas si le logement familial était loué. Comme le soulignent justement Philippe DE PAGE et Isabelle DE STEFANI, un pacte VALKENIERS ne peut porter atteinte aux règles régissant le bail. Celui-ci se poursuivra dès lors après le décès de l'époux et il n'est pas question, par le biais d'un pacte Valkeniers, de modifier unilatéralement les termes d'un contrat conclu avec le bailleur (PH. DE PAGE et I. DE STEFANI, *La réforme des régimes matrimoniaux et de diverses dispositions successorales*, Limal, Anthemis, 2018, p. 27).

et que l'impossibilité de priver son conjoint de son usufruit sur ce bien pouvait amoindrir l'effectivité de l'article 1388.

6. Le conjoint survivant conserve cependant un droit d'habitation après le décès. Il n'était en effet pas concevable qu'il puisse se voir immédiatement expulsé de sa résidence principale, ce d'autant moins si la disparition de son conjoint était inopinée. Ce droit d'habitation est légalement fixé à une durée de six mois à partir du décès, qui peut être étendue si les parties en conviennent aux termes de la clause.

Le conjoint survivant est naturellement libre de partir avant l'échéance des six mois. Cependant, s'agissant d'un droit d'habitation, une fois l'immeuble quitté, il ne disposera plus d'aucun droit sur ce bien.

Ce droit d'habitation est personnel au conjoint survivant et ne constitue aucunement un usufruit. Le survivant des époux ne peut donc mettre le bien en location et profiter des loyers.

7. La question de savoir si la clause Valkeniers devait ou non être étendue aux couples sans enfants ou ayant des enfants communs s'est posée comme il ressort de l'exposé des motifs (8). Le choix finalement adopté dans la proposition de loi a été de maintenir la possibilité d'établir cette clause uniquement pour les couples ayant des enfants non communs au motif, notamment, que l'usufruit réservataire d'un beau-parent était plus intrusif que celui d'un parent qui s'inscrit dans la continuation logique de sa propre entité familiale. Il a été jugé, en outre, que d'autres moyens étaient mis à la disposition des familles « classiques » afin de réduire les droits réservataires du conjoint survivant, notamment par le biais des pactes ponctuels visés à l'article 918 du Code civil. Ceux-ci permettent désormais à un héritier réservataire de renoncer à son action en réduction par rapport à une ou plusieurs donations déterminées. Le législateur fut toutefois contraint d'admettre que cette solution n'était pas aussi efficace que la clause Valkeniers au motif que la renonciation était circonscrite aux donations ayant déjà été consenties et ne pouvait ainsi porter sur des libéralités ou successions futures comme le peut une clause Valkeniers. Or, un parent ne nourrit pas toujours l'envie de se dépouiller intégralement de son vivant au profit de ses enfants afin de faire participer son conjoint à l'acte pour qu'il renonce à sa réserve.

La distinction opérée entre les familles classiques et recomposées a déjà fait l'objet de discussions au cours de l'élaboration de la loi du 31 juillet 2017 réformant le droit belge des successions. Le Conseil d'État avait notamment soulevé le caractère discriminatoire des dispositions relatives à la conversion de l'usufruit du conjoint survivant, sus-

(8) *Doc. Parl.*, Chambre, sess. 2017-2018, n° 54- 2848/001, p. 37.

ceptible d'être imposée en présence d'enfants non communs et non en présence d'enfants communs (9).

Plus encore qu'en matière de conversion d'usufruit, la distinction opérée entre familles classiques et recomposées pour la clause Valkeniers ne nous paraît pas justifiée. En effet, il n'est pas ici question de la volonté des enfants héritiers mais bien de celle des époux. Dès l'instant où ceux-ci éprouvent le souhait de ne pas hériter l'un de l'autre au profit des enfants du défunt, nous ne comprenons pas ce qui justifie que l'on puisse empêcher les conjoints ayant des enfants communs de concrétiser ce désir.

8. Sur le plan formel, le pacte Valkeniers est considéré comme un pacte successoral et se voit imposer les conditions prescrites aux pactes successoraux édictées à l'article 1100/5, § 1^{er}, du Code civil, inséré par la loi du 31 juillet 2017.

L'acte notarié est nécessaire, ce qui était déjà le cas avant la réforme en ce qu'une clause Valkeniers ne pouvait être conclue qu'aux termes d'un contrat de mariage ou d'un acte modificatif de régime matrimonial.

La nouveauté se situe davantage au niveau des délais puisque cette clause doit désormais répondre aux formalités des pactes successoraux; le projet doit ainsi être communiqué à chacune des parties par le notaire instrumentant qui fixera ensuite, dans un délai minimal de quinze jours, une réunion destinée à fournir aux futurs époux toutes les explications utiles relatives au pacte; la signature ne pourra intervenir avant l'écoulement d'un délai d'un mois prenant cours à dater du jour où s'est tenue cette réunion.

Il ne peut être dérogé à ces délais, même de l'accord des parties. Ils empêcheront, par conséquent, les futurs époux qui consultent leur notaire moins d'un mois et demi avant leur mariage de conclure un pacte Valkeniers. Ceux-ci se verront contraints d'en postposer la conclusion après leur mariage, par le biais d'un acte modifiant leur régime matrimonial.

§ 2. *Dispositions transitoires*

9. L'article 78, §§ 1^{er} et 2, de la loi du 22 juillet 2018 précise que le nouvel article 1388 du Code civil sera applicable aux époux qui contractent mariage après le 1^{er} septembre 2018, aux époux mariés avant cette date qui modifient leur régime matrimonial (avec dissolution du précédent) après celle-ci et, enfin, aux époux ayant contracté

(9) Avis du Conseil d'État n° 60.998/2 du 20 avril 2017, *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 54-2282/002, p. 19.

mariage avant l'entrée en vigueur de la loi le 1^{er} septembre 2018 sans préjudice des conventions matrimoniales qu'ils auraient déjà conclues.

Il nous semble ainsi, que cette nouvelle version de l'article 1388 du Code civil profite également aux époux mariés avant la réforme à la condition toutefois qu'ils n'aient pas déjà conclu un pacte Valkeniers avant le 1^{er} septembre 2018. Le cas échéant, c'est l'ancienne mouture de cette disposition qui demeurera applicable et une privation de la réserve concrète ne sera pas admise.

Section 3. L'attribution préférentielle (article 1389/1 du Code civil)

10. L'attribution préférentielle est une modalité du partage. Il s'agit d'un droit de prélèvement légal et à titre onéreux sur la masse à partager. L'époux qui bénéficie d'une attribution préférentielle n'est pas avantagé sur le plan économique, en ce que le bien attribué sera entièrement comptabilisé dans son lot et entraînera, éventuellement, la déduction d'une soulte en contrepartie. Cette règle ne fait donc pas exception à celle du partage par moitié mais bien au principe du partage en nature, l'avantage résidant dans l'assurance de se voir attribuer un bien déterminé.

§ 1^{er}. Genèse de l'élargissement du principe de l'attribution préférentielle au régime de la séparation de biens

11. Le principe de l'attribution préférentielle était défini, avant la réforme, aux articles 1446 et 1447 du Code civil, logés au sein du régime de communauté.

Bien que la question était débattue, la majorité de la doctrine (10) et de la jurisprudence (11) estimait que l'attribution préférentielle supposait nécessairement un régime de communauté de biens ou un régime de séparation avec société d'acquêts et n'était donc pas applicable en régime de séparation de biens.

Le caractère discriminatoire de cette disposition avait été soumis à l'appréciation de la Cour constitutionnelle qui a considéré, dans un arrêt du 7 mars 2013 (12), que la différence ainsi créée entre les époux mariés en communauté ou en séparation de biens reposait sur un critère

(10) PH. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 168, n° 180; R. BOURSEAU, « L'attribution préférentielle des articles 1446 et 1447 du Code civil », *Rev. not. belge*, 2007, p. 447.

(11) Gand, 2 avril 2015, *R.G.D.C.*, 2016, p. 82; Civ. Liège (div. Liège), 30 juin 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 886, Anvers, 12 mai 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1787, note C. VERGAUWEN; *R.W.*, 2005-2006, p. 261; *T. Not.*, 2007, p. 11, note M. DE CLERCQ

(12) C. Const, 7 mars 2013, *J.T.*, 2014, p. 170, note F. DEGUEL.

objectif, à savoir, le choix opéré par les conjoints d'un régime matrimonial comportant ou non un patrimoine commun.

Cette décision fut critiquée par certains auteurs au motif, notamment, que ce n'était pas la place de cette disposition dans le Code qui devait en définir la portée mais bien l'objectif qu'elle poursuivait (13).

Le professeur Leleu plaidait quant à lui pour l'application de l'attribution préférentielle au régime de séparation de biens en se basant sur l'article 1390 du Code civil en vertu duquel les dispositions du régime légal forment le droit commun des régimes matrimoniaux (14).

Le tribunal de la famille de Namur a suivi cette thèse dans une décision, au caractère précurseur, du 14 novembre 2016 (15) jugeant qu'en l'absence de dispositions contractuelles spécifiques dans le contrat de séparation de biens des parties, le mécanisme de l'attribution préférentielle s'appliquait à la résidence conjugale des époux sur la base de l'article 1390 du Code civil. Le magistrat ajoute que le régime légal est un régime supplétif qui s'applique soit lorsque les époux n'ont pas conclu de contrat de mariage, soit lorsqu'ils en ont conclu un « lacunaire ». Le tribunal conclue enfin que cette application est inspirée par l'équité, visant à assurer la protection des intérêts familiaux prépondérants, et qu'elle ne modifie en rien le calcul des droits de chaque époux.

La Cour de cassation, par un arrêt du 24 février 2017 (16) confirme cependant la jurisprudence constitutionnelle au motif que les articles 1446 et 1447 font partie des dispositions du régime légal et ajoute que, contrairement aux régimes conventionnels en communauté, aucune disposition du régime de séparation de biens ne prévoit que les époux demeurent soumis aux dispositions du régime légal auxquelles leur contrat de mariage ne déroge pas.

La question de l'application du principe d'attribution préférentielle au régime de séparation de biens a donc agité la doctrine et divisé la jurisprudence.

(13) Voir, à titre d'exemple, F. DEGUEL, « Attribution préférentielle et logement familial indivis », *J.T.*, 2014, p. 173; Y.-H. LELEU in « Examen de jurisprudence — Les régimes matrimoniaux. 2006-2017 », *R.C.J.B.*, 2018, p. 489, n° 153.

(14) Y.-H. LELEU et J. LARUELLE in « Examen de jurisprudence — Les régimes matrimoniaux. 2006-2017 », *R.C.J.B.*, 2018, p. 489, n° 153; Y.-H. LELEU, « l'article 1390 du Code civil : immanence et transcendance », in *Liber amicorum Jean-François TAYMANS* (E. BEGUIN et J.-L. RENCHON dir.), Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 239 et s.

(15) Trib. fam. Namur, 14 novembre 2016, *Rev. not. belge*, 2018, p. 790 et note D. STERCKX.

(16) Cass., 24 février 2017, inédit, C.16.0125.N, cité par Y.-H. LELEU et J. LARUELLE in « Examen de jurisprudence — Les régimes matrimoniaux. 2006-2017 », *R.C.J.B.*, 2018, p. 489, n° 153.

12. La loi du 22 juillet 2018 a clairement mis un terme à cette controverse en consacrant l'application du principe de l'attribution préférentielle au régime de la séparation de biens.

Cette règle est désormais visée dans les dispositions communes à tous les régimes, aux articles 1389/1 et /2 du Code civil qui énoncent :

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

1° un des immeubles servant au logement de la famille;

2° les meubles meublants qui le garnissent;

3° les biens qu'il utilise pour l'exercice de sa profession ou l'exploitation de son entreprise »

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

§ 2. *Le tribunal statue en considération des intérêts que chacun des époux peut faire valoir et en tenant compte des capacités financières de celui qui, le cas échéant, devra payer la soulte. Il est fait droit, sauf circonstances exceptionnelles, à la demande formulée par l'époux qui a été victime d'un fait visé aux articles 375, 398 à 400, 402, 403, 405, 409, §§ 1^{er} à 3 et 5, et 422bis du Code pénal ou d'une tentative de commission d'un fait visé aux articles 375, 393 à 397, 401, 404 et 409, § 4, du même Code, si l'autre époux a été reconnu coupable de ce chef comme auteur, coauteur ou complice par décision coulée en force de chose jugée ».*

§ 2. Biens visés par une demande d'attribution préférentielle

13. Avant la réforme, l'attribution préférentielle était susceptible de porter sur l'immeuble servant au logement de la famille avec les meubles meublants qui le garnissent. Une partie de la doctrine estimait que les meubles seuls ne pouvaient faire l'objet d'une attribution préférentielle (17).

L'attribution préférentielle pouvait également être sollicitée à l'égard d'une résidence secondaire, mais ne le pouvait cumulativement avec l'immeuble servant au logement principal de la famille.

(17) R. BOURSEAU, « L'attribution préférentielle des articles 1446 et 1447 du Code civil », *Rev. not. belge*, 2007, p. 453.

Enfin, cette demande était également susceptible d'être formée pour l'immeuble servant à l'exercice de la profession avec les meubles à usage professionnel qui le garnissent. Les demandes pouvaient être cumulatives dans ce cas et ainsi porter à la fois sur le logement familial et l'immeuble servant à l'exercice de la profession (18).

Il devait impérativement s'agir d'un immeuble commun, la demande ne pouvant être formée à l'égard d'un bien propre, même s'il abritait le logement de la famille (19), ni à l'encontre d'un bien indivis entre époux mariés en communauté de biens puisqu'il s'agissait d'une opération de partage de la communauté (20).

14. L'attribution préférentielle peut désormais être sollicitée pour :

- un bien commun
- un bien indivis entre époux mariés sous le régime de la communauté
- un bien indivis entre époux mariés en régime de séparation de biens

L'indivision ne doit exister qu'entre époux. Il n'est donc pas question de solliciter l'attribution préférentielle d'un bien qui se trouverait en indivision entre les époux et des tiers. Cela peut sembler logique dès lors qu'il existerait une discrimination entre indivisaires « non époux » qui ne seraient pas admis à solliciter l'attribution préférentielle et les indivisaires époux. Dans cette hypothèse, les règles classiques de l'indivision et de l'article 815 du Code civil restent d'application.

L'indivision ne doit pas nécessairement être égalitaire (21). Un époux possédant 10 % du bien aura autant de droits et de chances de solliciter et d'obtenir l'attribution préférentielle que celui qui en possède 90 %, pour autant qu'il puisse l'assumer financièrement.

Alors que les anciennes dispositions précisait que l'attribution préférentielle pouvait être sollicitée pour l'immeuble servant au logement de la famille *avec* ses meubles meublants et l'immeuble servant à l'exercice de la profession *avec* ses meubles meublants, les articles réformés énoncent, en les numérotant, plus clairement les biens sur lesquels peuvent porter cette demande :

(18) R. BOURSEAU, « L'attribution préférentielle des articles 1446 et 1447 du Code civil », *Rev. not. belge*, 2007, p. 452.

(19) Dans le même sens, Y.-H. LELEU et L. RAUCENT, « Les régimes matrimoniaux », *Rép. Not.*, Liv. 2, t. 5, Bruxelles, Larcier, 2002, n° 100.

(20) À titre d'exemple, un bien acquis par les époux avant leur mariage (voir à cet égard Anvers, 27 mai 2015, *R.G.D.C.*, 2017, p. 57). Dans le même sens, R. BOURSEAU, « L'attribution préférentielle des articles 1446 et 1447 du Code civil », *Rev. not. belge*, 2007, p. 453.

(21) *Doc. Parl.*, Chambre, sess. 2017-2018, n° 54- 2848/001, p. 40.

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

La demande est susceptible de porter, sur l'un, l'autre, voire, tous les biens énoncés par la disposition (22) ce qui met un terme à la controverse relative au point de savoir si l'attribution préférentielle peut être sollicitée uniquement pour les meubles meublants sans porter sur l'immeuble dans lequel ils sont entreposés.

L'attribution préférentielle est étendue aux biens professionnels communs ou indivis (23). Elle n'est donc plus limitée à l'immeuble servant à l'exercice de la profession et les meubles qui le garnissent. Cette nouvelle disposition doit être lue en parallèle des nouvelles règles relatives au statut matrimonial des biens professionnels, notamment les distinctions opérées entre droit et valeur patrimoniale (24). Ainsi, les biens professionnels qui sont qualifiés de propres pour le titre mais communs pour la finance, sont attribués de droit au détenteur du titre et sortent du champ de l'attribution préférentielle (25).

Selon le professeur Leleu, certains biens professionnels communs, telles que les parts de société communes ou les clientèles, ne pourront pas faire l'objet d'une attribution préférentielle en raison de leur spécificité (26).

§ 3. La demande d'attribution préférentielle

15. L'attribution préférentielle peut être sollicitée lorsque le régime prend fin par le décès d'un des conjoints.

(22) *Doc. Parl.*, Chambre, sess. 2017-2018, n° 54- 2848/001, p. 40.

(23) Pour plus de détail sur la nature et l'étendue de ces biens voir PH. DE PAGE et I. DE STEFANI, *La réforme des régimes matrimoniaux et de diverses dispositions successorales*, Limal, Anthemis, 2018, pp. 33 et s., n° 31.

(24) Article 1401, § 1^{er}, 6° et 1405, § 1^{er}, 6°. Voir sur le sujet les développements de L. ROUSSEAU, « Les parts et actions de société, les biens professionnels et la clientèle dans les régimes de communauté », in *Tapas de droit notarial, Les régimes matrimoniaux* (F. TAINMONT et J.-L. VAN BOXSTAEL dir.), coll. Patrimoine et notariat, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 69-71, n°s 58 à 62.

(25) PH. DE PAGE et I. DE STEFANI, *La réforme des régimes matrimoniaux et de diverses dispositions successorales*, Limal, Anthemis, 2018, p. 32, n° 29.

(26) Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 : présentation, évaluation », in *La réforme du droit des régimes matrimoniaux. Loi du 22 juillet 2018* (Y.-H. LELEU Coord.), Larcier, 2018, p. 19, n° 25. François DEGUEL subodore quant à lui que, dès lors qu'il n'est pas envisageable de partager une clientèle commune entre deux époux, le juge tranchera sans doute la question de l'attribution de celle-ci en appliquant les mêmes critères que ceux retenus pour l'attribution préférentielle (F. DEGUEL, « L'extension des outils communautaires », in *La réforme du droit des régimes matrimoniaux. Loi du 22 juillet 2018* (Y.-H. LELEU Coord.), Larcier, 2018, p. 166, n° 12).

Il s'agit, dans cette hypothèse, d'un véritable droit appartenant au conjoint survivant de se voir attribuer le bien à sa demande (27). Concrètement, il doit cependant être en mesure d'assumer l'éventuelle soultte que cette attribution pourrait générer.

16. Une possibilité similaire est prévue lorsque le régime prend fin par le divorce, la séparation de corps ou la séparation de biens.

Les travaux préparatoires de la loi du 14 juillet 1976 excluaient l'application de l'article 1447 ancien aux divorces par consentement mutuel (28) mais la loi ne le faisait pas (29). La réforme y remédie : l'article 1389/2 énonce désormais expressément que le divorce par consentement mutuel est exclu du champ d'application de l'attribution préférentielle.

Dans l'hypothèse de demandes concurrentes d'attribution préférentielle formées par les deux époux, le juge est appelé à trancher. La demande ne lui est cependant pas directement soumise par les parties.

En effet, elle doit être formée dans le cadre des opérations de liquidation-partage (à partir du procès-verbal d'ouverture des opérations jusqu'aux contredits formulés à l'encontre de l'état liquidatif) et sera dès lors reçue et examinée, dans un premier temps, par le notaire (30). Celui-ci défèrera la question au juge, s'il ne parvient à concilier les parties, par le biais d'un procès-verbal de litige et difficultés (31).

§ 4. Critères

17. Avant la réforme, les époux étaient départagés en considération des intérêts sociaux et familiaux en cause (maintien du cadre de vie, proximité du travail, de l'école, ...) (32), ainsi que des droits de récompense ou de créance.

(27) R. BOURSEAU, « L'attribution préférentielle des articles 1446 et 1447 du Code civil », *Rev. not. belge*, 2007, p. 439.

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

(29) Il était cependant admis qu'une attribution préférentielle ne se concevait pas dans un divorce par consentement mutuel puisque les parties sont appelées à transiger sur tous les aspects de leur divorce (PH. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 171, n° 180).

(30) Dans le même sens Y.-H. LELEU, J. LARUELLE, « Examen de jurisprudence — Les régimes matrimoniaux. 2006 -2017 », *R.C.J.B.*, 2018, p. 424, n° 104.

(31) En effet, excepté pour les mesures provisoires prononcées sur la base de l'article 19, alinéa 3 du Code judiciaire (le juge est alors saisi par conclusions déposées par les parties) ou pour une expertise (l'article 1213 du Code judiciaire permettant la saisine du juge sur simple courrier adressé par le notaire), il s'agit du seul véhicule procédural permettant de saisir le tribunal lorsque la procédure de liquidation-partage judiciaire est amorcée.

(32) Bruxelles, 2 avril 1996, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 193; Liège, 5 juin 2002, *J.T.*, 2002, p. 653; Mons, 29 juin 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1219.

La notion de responsabilité de la séparation n'était aucunement examinée.

Si les époux présentaient des intérêts similaires à se voir attribuer le bien, le juge refusait généralement l'attribution préférentielle et ordonnait la vente publique (au cours de laquelle chaque époux était susceptible de se porter acquéreur) (33).

L'époux victime de violences conjugales se voyait, en principe, attribuer par préférence les biens visés à l'article 1446 ancien du Code civil.

18. Ces critères d'intérêts sociaux et familiaux ainsi que les droits de créance et de récompense ont été supprimés au profit de critères plus larges : les intérêts que chaque époux peut faire valoir ainsi que leurs capacités financières.

Cela étend le champ des arguments pouvant être invoqués par les époux. Le critère de la capacité financière n'est, en réalité, pas nouveau. Bien qu'il ne fût pas légalement consacré par l'ancien article 1447, il était néanmoins, implicite : un époux qui n'était pas en mesure de financer la reprise du bien ne se voyait pas accorder l'attribution préférentielle.

L'attribution préférentielle au profit de l'époux victime de violences conjugales ou de tentative de violences conjugales a été maintenue et élargie à d'autres dispositions du Code pénal donnant lieu à une indigité matrimoniale.

§ 5. Concours avec le droit de reprise

19. La réforme n'a pas résolu la difficulté d'articulation existant entre l'attribution préférentielle et le droit de reprise visé à l'article 1455 du Code civil, non modifié. Cette disposition prévoit que lorsqu'un époux apporte un bien propre à la communauté, il dispose d'un droit de reprise au moment du partage si le bien existe encore en nature dans le patrimoine commun. Le bien est alors comptabilisé dans sa part.

Qu'advient-il de ce droit de reprise lorsque l'attribution préférentielle du bien est sollicitée par l'autre époux?

Une partie de la doctrine⁽³⁴⁾ et de la jurisprudence⁽³⁵⁾ considère que la faculté de reprise prime sur l'attribution préférentielle en ce qu'elle est intimement liée à l'apport du bien à la communauté et constitue

(33) PH. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 171, n° 180.

(34) M. VAN MOLLE, « Pot-pourri de disposition réformant les régimes matrimoniaux », in *Le notaire face aux réformes des régimes matrimoniaux et des successions*, (CH. AUGHUET coord.), Bruxelles, Larcier, 2019, p. 139.

(35) Gand, 9 novembre 2006, *NjW.*, 2007, p. 471, note G.V.; *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 258 (somm.).

même une modalité légale de l'apport. Nous partageons pleinement cette position.

D'autres estiment en revanche que le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation pour trancher quel droit aura priorité sur l'autre (36).

§ 6. Dispositions transitoires

20. En vertu de l'article 78, §§ 1^{er} et 2, de la loi du 22 juillet 2018 les nouvelles dispositions concernant l'attribution préférentielles s'appliqueront dans le cadre des demandes de divorce introduites après le 1^{er} septembre 2018 : aux époux qui contractent mariage après le 1^{er} septembre 2018, aux époux mariés avant cette date qui auraient modifié leur régime matrimonial (avec dissolution du précédent) après celle-ci et, enfin, aux époux ayant contracté mariage avant l'entrée en vigueur de la loi le 1^{er} septembre 2018 mais sans préjudice des conventions matrimoniales qu'ils auraient déjà conclues.

Il en résulte que l'attribution préférentielle pourra désormais être sollicitée dans la plupart des cas par les époux dont le divorce est introduit après le 1^{er} septembre 2018, y compris ceux séparés de biens, même si leur mariage fut célébré avant la réforme.

Section 4. Le recel (article 1389/3 du Code civil)

§ 1^{er}. Champ d'application

21. Le recel ne s'envisageait, avant la réforme, qu'en régime de communauté, en dépit de ce que certains auteurs plaidaient pour une application par analogie aux biens indivis en régime de séparation de biens (37).

Le recel de communauté, était visé à l'article 1448 Code civil qui disposait, de manière très sommaire, que « *L'époux qui a diverti ou recelé quelque bien du patrimoine commun est privé de sa part dans ledit bien* ».

Autrement dit, lorsqu'un époux faussait le partage du patrimoine commun à son avantage, à titre d'exemple, en dissimulant des actifs communs ou en invoquant des dettes fictives, il se rendait coupable de recel et se voyait privé de ses droits sur les biens recelés. Il était également admis que le recel pouvait résulter d'actes commis avant la dissolution du régime, à titre d'exemple, lorsqu'un époux opérait des retraits

(36) Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 : présentation, évaluation », in *La réforme du droit des régimes matrimoniaux. Loi du 22 juillet 2018* (Y.-H. LELEU Coord.), Larcier, 2018, p. 54, n° 97; Y.-H. LELEU, J. LARUELLE « Examen de jurisprudence — Les régimes matrimoniaux. 2006 -2017 », *R.C.J.B.*, 2018, p. 424, n° 104.

(37) Y.-H. LELEU, « l'article 1390 du Code civil : immanence et transcendance », in *Liber amicorum Jean-François TAYMANS*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 250.

sur les comptes communs à la veille de l'introduction du divorce, pour autant que ceux-ci soient dissimulés dans le cadre des opérations de liquidation-partage (38).

22. Le recel a été étendu au régime de la séparation de biens. On parlera plus volontiers à présent de recel matrimonial.

Celui-ci a été déplacé dans le chapitre relatif aux dispositions communes à tous les régimes matrimoniaux.

L'article 1389/3 du Code civil dispose à présent :

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

L'époux qui est coupable de recel est privé de sa part dans les biens ou valeurs recelés ou est, le cas échéant, sanctionné à concurrence des biens ou valeurs recelés dans le calcul de la créance de participation. Cette sanction ne peut être invoquée à l'encontre de l'époux qui fournit, spontanément et en temps utile, l'information exacte et complète ou rectifie ses fausses déclarations ».

Cette disposition constitue le miroir de l'article 792 du Code civil relatif au recel successoral, afin de préserver une certaine homogénéité.

Le recel est actuellement susceptible de porter sur des biens communs, indivis (39) ainsi que sur la masse de participation (40).

§ 2. Régime

23. Avant la réforme, le régime du recel était défini par la jurisprudence, principalement celle relative au recel successoral.

(38) Bruxelles, 28 février 2012, R.W., 2013-2014, p. 1580.

(39) Un recel d'indivision dans un régime de séparation de biens sera sans doute moins fréquent qu'un recel de communauté. En effet, dans un régime de communauté, certains actifs sont communs par l'effet de la loi bien qu'ils soient immatriculés au seul nom d'un des époux sans que l'autre ne songe ou ne puisse y avoir accès. Les comptes bancaires en sont le parfait exemple. Il nous paraît donc plus aisé pour un époux de dissimuler des actifs communs dans ce contexte. Les indivisaires sont, en revanche, généralement parfaitement informés de leur qualité de copropriétaires, en ce qu'elle résulte de leur volonté et non de l'effet de la loi, et ont en principe accès à toutes informations utiles concernant le bien indivis, ce qui rend la dissimulation plus délicate.

(40) Pour les époux ayant adopté le régime de la séparation de biens avec participation aux acquêts.

Ainsi, même si le texte ne le spécifiait pas, le recel ne se concevait pas en l'absence d'une intention frauduleuse (41). La bonne foi de l'époux empêchait l'application de la sanction (42). Une omission à l'inventaire résultant d'un oubli ou d'une croyance légitime du caractère propre d'un bien, n'était pas constitutif de recel (43). Il appartenait à l'époux qui invoquait le recel de démontrer l'intention frauduleuse dont était animé son ex-conjoint.

Par ailleurs, l'époux receleur échappait à la sanction s'il usait de la faculté de se repentir dans un délai raisonnable (44). Une fois les déclarations effectuées et le serment presté, le recel était consommé (45).

24. Les contours du recel sont désormais légalement définis à l'article 1389/3 du Code civil.

La disposition ne vise plus le *divertissement* ou le *recel* mais bien la *dissimulation de mauvaise foi* ou les *fausses déclarations* relatives à la *composition* ou à l'*étendue* de la masse à partager. La nécessité d'une intention frauduleuse est donc légalement consacrée.

Les premiers commentateurs de la loi estiment que cette nouvelle formulation étend le champ d'application du recel notamment aux actes suivants : la dissimulation de fonds prélevés dans la communauté, le refus de rendre un compte d'administration, la dissimulation de faits générateurs de récompenses au profit de la communauté, la falsification de la valeur d'un bien commun ou indivis, la dissimulation d'un acte de gestion d'un bien commun, le fait d'invoquer des prétentions que l'on ne peut soutenir ou d'alléguer des créances qui ne peuvent être mises à charge de la masse indivise (46).

Ces faits matériels doivent cependant être combinés avec les éléments intentionnels constitutifs de l'infraction de recel à savoir, l'intention frauduleuse et la volonté de se procurer un avantage au détriment de l'autre époux(47).

(41) Bruxelles, 23 mai 2013, *T. Not.*, 2013, p. 424.

(42) Y.-H. LELEU et J. LARUELLE « Examen de jurisprudence — Les régimes matrimoniaux. 2006 -2017 », *R.C.J.B.*, 2018, p. 430, n° 109.

(43) Cass., 17 octobre 2016, *Rev. not. belge*, 2017, p. 271, note L. STERCKX.

(44) Bruxelles, 28 février 2012, *R.W.*, 2013-2014, p. 1580.

(45) La Cour de cassation a jugé, en matière de recel successoral (Cass. 31 mai 2010, *Rev. not. belge*, 2013, p. 362.), qu'un inventaire avec prestation de serment n'était pas nécessaire pour qu'un recel soit consommé, dès l'instant où il était établi que le receleur avait été formellement et clairement interrogé et invité à faire part de la composition de l'actif et qu'en connaissance de cette obligation et des conséquences que pouvait entraîner une dissimulation, il retenait néanmoins des informations. Il nous semble que cette jurisprudence est transposable au recel de communauté.

(46) M. VAN MOLLE, « Pot-pourri de disposition réformant les régimes matrimoniaux », in *Le notaire face aux réformes des régimes matrimoniaux et des successions*, (Ch. AUGHUET coord.), Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 141 et 142.

(47) *Idem*.

La faculté de repentir et d'échapper ainsi à la sanction du recel est également inscrite dans le texte de l'article 1389/3. En revanche, le délai ultime endéans lequel l'époux doit exprimer spontanément ses regrets n'est pas précisé alors qu'il suscitait des difficultés avant la réforme (48). Il nous semble que cette possibilité reste ouverte tant que le recel n'est pas consommé, autrement dit tant que l'époux n'a pas été expressément interpellé et invité à faire les déclarations utiles à la détermination de la composition de la masse à partager. Il le sera, naturellement, lors de l'inventaire mais pourrait l'être également, dès lors que l'inventaire n'est pas nécessaire à la consolidation du recel (49), à l'occasion de l'ouverture des opérations, lorsque le notaire l'interroge sur l'actif et le passif du patrimoine à partager, ou encore à l'occasion d'une interpellation officielle du conseil de l'autre époux. La faculté de repentir n'est, en toute hypothèse, plus ouverte lorsque le partage est terminé (50).

25. La sanction du recel est inchangée; elle consiste en une privation de tous droits sur les effets recelés. Une précision est toutefois apportée pour les époux ayant opté pour un régime de séparation de biens avec participation aux acquêts qui auraient commis un recel lors de la composition de la masse de participation : ces derniers sont sanctionnés à concurrence des biens ou valeurs recelés dans le calcul de la créance de participation.

L'époux receleur sera également contraint de restituer les fruits indûment perçus depuis la dissolution du régime jusqu'à la date effective de la réparation du dommage et d'indemniser l'époux pour les conséquences autres découlant du recel (51).

§ 3. *Dispositions transitoires*

26. En vertu de l'article 78, §§ 1^{er} et 2, de la loi du 22 juillet 2018 les nouvelles dispositions concernant le recel s'appliqueront dans le cadre de demandes en divorce introduites après le 1^{er} septembre 2018 : aux époux qui contractent mariage après le 1^{er} septembre 2018, aux époux mariés avant cette date qui modifient leur régime matrimonial (avec dissolution du précédent) après celle-ci et, enfin, aux époux ayant

(48) Cet élément a d'ailleurs été souligné par le Conseil d'État qui estime que l'usage des termes « en temps utiles » manque de précision (*Doc. Parl.*, Chambre, sess. 2017-2018, n° 54, 2848/002, p. 14).

(49) Voir note 45. Dans le même sens C. DE BOE, « Questions choisies en matière d'inventaire », in *Tapas de droit notarial, Les régimes matrimoniaux* (F. TAINMONT et J.-L. VAN BOXSTAEL dir.), coll. Patrimoine et notariat, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 37, n° 22.

(50) M. VAN MOLLE, « Pot-pourri de dispositions réformant les régimes matrimoniaux », in *Le notaire face aux réformes des régimes matrimoniaux et des successions*, (CH. AUGHUET coord.), Bruxelles, Larcier, 2019, p. 143.

(51) PH. DE PAGE et I. DE STEFANI, *La réforme des régimes matrimoniaux et de diverses dispositions successorales*, Limal, Anthemis, 2018, p. 39, n° 33.

contracté mariage avant l'entrée en vigueur de la loi le 1^{er} septembre 2018 mais sans préjudice des conventions matrimoniales que les époux auraient déjà conclues.

Il en résulte, tout comme pour l'attribution préférentielle, que la sanction du recel pourra dorénavant en principe être appliquée à l'égard de tout époux divorçant après l'entrée en vigueur de la loi, même mariés avant celle-ci, en ce compris les époux mariés sous le régime de la séparation de biens.

Section 5 : La preuve entre époux de la propriété des biens (article 1399)

§. 1^{er}. Régime

27. La question de la preuve, entre époux ou à l'égard de tiers, du caractère propre d'un bien était jadis régie par l'article 1399 du Code civil (disposition ayant son siège dans le chapitre consacré aux biens propres en régime de communauté) qui disposait que cette preuve devait être rapportée par écrit à l'égard des tiers et par toutes voies de droit entre époux.

L'article 1468 du Code civil renvoyait à cette disposition pour ce qui était de la preuve de la propriété d'un bien en régime de séparation de biens.

Cette disposition est maintenue et élargie à la preuve des créances entre époux. L'article 1399 nouveau énonce en ses alinéas 2 et 3 :

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

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

L'article 1467 nouveau renvoie à cette disposition pour le régime de séparation de biens.

28. Une lecture rapide de la disposition porte à croire que les créances pourront désormais être prouvées, entre époux, par toutes voies de droit

(présomptions, témoignages ...) (52) sans nécessité de produire un écrit (53).

Jean-Louis Renchon (54) a cependant relevé que cette nouvelle disposition visait la preuve de *la propriété* des créances, ce qui n'implique pas, selon lui, que la créance puisse être prouvée par toutes voies de droit indépendamment du prescrit de l'article 1341 du Code civil.

On peut regretter que la réforme n'ait pas résolu la problématique des causes de restitution des fonds transférés en l'absence d'écrit probatoires (55). Une des principales difficultés qui affectait le régime de la séparation de biens demeure ainsi irrésolue (56).

§ 2. *Dispositions transitoires*

29. En vertu du principe d'applicabilité de la loi nouvelle énoncé à l'article 78 de la loi du 22 juillet 2018, l'article 1399 nouveau s'appliquera, pour les demandes en divorce introduites à partir du 1^{er} septembre 2018, aux époux mariés après l'entrée en vigueur de la loi (1^{er} septembre 2018) mais également à ceux mariés avant, sans préjudice des conventions qu'ils auraient valablement conclues.

Ainsi, la propriété des biens et créances se prouveront désormais, sauf disposition conventionnelle contraire expresse, selon le nouveau régime de l'article 1399 même si la cause juridique est antérieure au 1^{er} septembre 2018 (57).

(52) PH. DE PAGE et I. DE STEFANI, *La réforme des régimes matrimoniaux et de diverses dispositions successorales*, Limal, Anthemis, 2018, p. 109, n° 90; F. DEGUEL, « La (nouvelle) séparation de biens pure et simple », in *La réforme du droit des régimes matrimoniaux. Loi du 22 juillet 2018* (Y.-H. LELEU Coord.), Larcier, 2018, p. 184, n° 8.

(53) Cet assouplissement aurait répondu aux difficultés suscitées par le fait que les époux se réservent rarement des écrits dans leur relation patrimoniale.

(54) J.-L. RENCHON, « Vers un nouveau contrat de séparation de biens », in *Tapas de droit notarial, Les régimes matrimoniaux* (F. TAINMONT et J.-L. VAN BOXSTAEL dir.), coll. Patrimoine et notariat, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 134, n° 31.

(55) PH. DE PAGE et I. DE STEFANI, *La réforme des régimes matrimoniaux et de diverses dispositions successorales*, Limal, Anthemis, 2018, p. 109, n° 90.

(56) Voir à cet égard V. ROSENAU, « Les créances fondées sur l'enrichissement sans cause : les tendances et la jurisprudence récente », in *La liquidation des régimes matrimoniaux — Aspects théoriques et pratiques*, 8^e journée d'études juridiques Jean RENAUD (J. SOSSON et P. VAN DEN EYNDE dir.), Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 141 et s.

(57) M. DEMARET, « Le droit transitoire », in *La réforme du droit des régimes matrimoniaux. Loi du 22 juillet 2018*, Larcier, 2018, p. 251, n° 12.

Section 6. Les avantages matrimoniaux

§ 1^{er}. Aspects théoriques

30. L'avantage matrimonial constitue le profit que procure à un époux un régime matrimonial ou une clause le modalisant (58). Cet avantage peut résulter de clauses relatives à la composition, au fonctionnement ou à la liquidation-partage du régime.

Jean-François Taymans (59) distingue pertinemment les avantages matrimoniaux du premier et du second degré. Les premiers résultent du choix même de son régime matrimonial. Ils participent de sa composition et de son fonctionnement. Ainsi, adopter un régime de communauté peut en soi susciter un avantage pour un époux, à titre d'exemple, lorsqu'à la liquidation du régime les revenus du couple sont partagés par moitié alors que l'un en percevait davantage que l'autre. Ce type d'avantage n'est pas perdu en cas de divorce ou d'indignité et ne se voit donc pas appliquer les articles 299 et 1429*bis* du Code civil (60). Ils ne sont, du reste, pas visés par l'article 1465 qui organise, comme nous le verrons, une protection des enfants non communs en qualifiant certains avantages de libéralités.

Les avantages matrimoniaux du second degré reposent sur une idée de prévoyance, sans que l'on puisse toutefois systématiquement exclure l'intention libérale susceptible de présider leur conclusion, et tendent à assurer la subsistance du conjoint survivant mieux que ne le ferait l'application des règles du régime légal. Il s'agit des clauses qui dérogent aux règles légales de composition et de partage du patrimoine commun.

Notre analyse portera exclusivement sur ce second type d'avantage matrimonial.

31. Ces clauses trouvent leur siège dans les dispositions situées au chapitre III du régime légal intitulé « Des conventions qui peuvent modifier le régime légal ».

Elles consistent en :

(58) L. RAUCENT, *Les régimes matrimoniaux*, Louvain-La-Neuve, Bruylant, 1988, p. 298.

(59) J.-F. TAYMANS, Les avantages matrimoniaux, in *La réforme des régimes matrimoniaux et la réforme complémentaire du droit des successions*, (J.-L. RENCHON et F. TAINMONT dir.), Larcier, À paraître.

(60) Cette dernière disposition précise en effet que l'époux indigne perd les avantages qui résulteraient du mode de composition, de fonctionnement, de liquidation ou de partage du patrimoine commun mais qu'il conserve toutefois le droit à la moitié des économies faites sur les revenus respectifs des époux. Cela confirme bien que le législateur qualifie le partage par moitié des revenus des époux, légalement organisé en régime de communauté, comme un avantage.

— clauses extensives de l'actif commun (articles 1452 à 1454 du Code civil) qui permettent, à titre d'exemple, d'apporter à l'actif de la communauté des biens propres qui deviennent ainsi communs.

— clauses de préciput (article 1457 du Code civil) qui permettent à un époux de prélever sur l'actif commun, un bien ou une somme déterminée avant tout partage.

— clauses dérogeant à la règle du partage du patrimoine commun (article 1461 du Code civil) qui permettent, à titre exemplatif, à un époux de se voir attribuer toute la communauté, au lieu de sa part de moitié, lors de la dissolution du régime.

Relevons que l'article 299 du Code civil rend ces avantages caducs en cas de divorce (excepté pour ce qui est de l'apport à la communauté qui n'est pas consenti sous condition de survie), sauf convention contraire.

32. Sur le plan fiscal, l'article 5 du Code des droits de succession (article 2.7.1.0.4. du VCF), assimile à une libéralité la disposition du contrat de mariage qui attribue à l'époux survivant, au-delà de sa propre part de moitié dans la « communauté », une partie ou la totalité de la part du conjoint prémourant dans ladite communauté (61). Ainsi, ce que le conjoint survivant recueille au-delà de sa part de moitié dans la communauté est soumis à l'impôt successoral, exactement comme l'est toute dévolution successorale au profit du conjoint survivant de ce qui appartenait au conjoint prémourant (62).

L'avantage matrimonial engendre ainsi une taxation relativement lourde dès lors qu'au premier décès le survivant est taxé sur la pleine propriété de la part du prémourant dans le patrimoine commun et que ce qui en subsistera à son propre décès sera taxé une seconde fois dans le chef des enfants (63).

33. Ce n'est probablement pas la conséquence la plus préjudiciable pour ces derniers dès lors que sur le plan civil, un avantage matrimonial est susceptible d'avoir des répercussions extrêmement fâcheuses. En effet, conclu aux termes d'un contrat de mariage ou d'un acte modificatif, il relève du régime matrimonial et revêt ainsi un caractère onéreux (64). Le bénéficiaire d'un avantage matrimonial reçoit ce dernier

(61) J.-L. RENCHON, « L'avantage matrimonial : une technique de détournement de la dévolution successorale ? », *A.D.L.*, 2014/1, p. 128.

(62) *Idem.*

(63) F. TAINMONT, « La théorie des avantages matrimoniaux à la veille de la réforme du droit successoral : extension ou abrogation ? », *Rev. not. belge*, 2016, p. 450.

(64) La Cour de cassation l'a confirmé dans un arrêt du 10 décembre 2010 rendu dans un cadre fiscal à l'occasion duquel la Cour a précisé que l'avantage matrimonial par lequel l'ensemble du patrimoine commun est attribué à un époux en cas de dissolution du régime matrimonial pour quelque raison que ce soit n'était pas une convention qui porte sur les biens de la succession mais un contrat qui concerne le patrimoine commun (Cass. 10 décembre 2010, *Rev. not. belge*, 2011, p. 430, note S. LOUIS).

de la communauté même, en sa qualité de copartageant, et non point comme donataire de son conjoint dont les intentions (libérales notamment) demeurent indifférentes (65).

Il ne relève donc pas de la succession du prémourant et échappe aux dispositions qui régissent les libéralités. Autrement dit, il n'entre pas dans la masse de calcul du disponible visée à l'article 922 du Code civil sur la base de laquelle sont comptabilisés la réserve et la quotité disponible et ne peut faire l'objet d'une action en réduction de la part des héritiers réservataires.

Par ce mécanisme, un enfant est ainsi susceptible de se voir totalement « déshérité ».

Il en sera ainsi si le couple ne dispose que de biens communs, sans patrimoine propre, et que le survivant recueille la totalité de la communauté par le biais d'une clause d'attribution au dernier vivant. Dans cette hypothèse, les enfants ne recueillent rien au décès de leur premier parent. Ils conservent leur réserve mais celle-ci sera calculée sur la base d'un patrimoine successoral de zéro dès lors qu'au stade préalable de la liquidation du régime matrimonial, dans lequel la réserve n'est pas envisagée, tout le patrimoine commun est attribué à l'époux survivant, en telle sorte que rien n'entre dans la succession du prémourant.

Il existe cependant des mécanismes de protection qui ôtent à l'avantage matrimonial son caractère onéreux, l'assimilant ainsi à une libéralité. Ces mécanismes diffèrent selon qu'il s'agit d'enfants communs ou d'enfants d'une précédente union.

La protection des enfants communs est mise en œuvre en présence d'un double avantage matrimonial, autrement dit lorsqu'une clause extensive du patrimoine commun est combinée avec un préciput ou avec une clause de partage inégal. Cette combinaison permet, en effet, à un époux d'apporter un bien propre à la communauté et de l'attribuer entièrement à son conjoint. Si l'on peut concevoir que les époux prétendent à certains droits sur les économies qu'ils ont constituées ensemble durant leur mariage, il en va différemment des propres sur lesquels, à notre estime, le conjoint n'a pas de raison d'avoir plus de droits que les enfants.

Cette protection est organisée à l'article 1458, alinéa 2 du Code qui considère le préciput « *comme une donation, à concurrence de moitié, s'il a pour objet des biens présents ou futurs que l'époux prédécédé a fait entrer dans le patrimoine commun par une stipulation expresse du contrat de mariage* » et pour les clauses de partage inégal à l'article 1464, alinéa 2 du Code civil qui énonce qu'elles seront considérées comme des donations « *pour la part dépassant la moitié qu'elles*

(65) G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, Thémis, 1992, p. 652.

attribuent au conjoint survivant dans la valeur, au jour du partage, des biens présents ou futurs que l'époux prédécédé a fait entrer dans le patrimoine commun par une stipulation expresse du contrat de mariage ».

Lorsqu'un apport est combiné avec un préciput ou une clause de partage inégal, ces dispositions ont pour effet, pour les héritiers de l'époux apporteur, d'assimiler, à concurrence de moitié, l'apport à une libéralité préciputaire imputable sur la quotité disponible à la date où l'avantage a été consenti, soit celle du contrat de mariage ou de l'acte modificatif (66) (autrement dit, la part du bien apporté qui aurait normalement dû figurer dans la succession de l'époux apporteur si son apport n'avait pas été assorti d'une clause de préciput ou de partage inégal). Il reste que la moitié du bien propre apporté (qui sans cette clause extensive du patrimoine commun se serait, en principe, retrouvé intégralement dans la succession du prémourant) échappera aux règles qui régissent le droit des successions et, notamment, la réserve des enfants.

La protection des enfants non communs est quant à elle organisée à l'article 1465 du Code civil qui dispose : « *Dans le cas où il y aurait des enfants qui ne leur sont pas communs, toute convention matrimoniale qui aurait pour effet de donner à l'un des époux au-delà de la quotité disponible, sera sans effet pour tout l'excédent; mais le partage égal des économies faites sur les revenus respectifs des époux, quoique inégaux, n'est pas considéré comme un avantage fait au préjudice des enfants qui ne leur sont pas communs* ».

La protection des enfants non communs est accrue ce qui participe d'une certaine logique. En effet, alors que les enfants communs devraient théoriquement recueillir les biens ayant fait l'objet de l'avantage matrimonial au décès du survivant des époux, puisqu'il s'agit de leur parent, tel n'est pas le cas des enfants non communs qui ne sont pas appelés à la succession de l'époux qui aura bénéficié de l'avantage matrimonial. Autrement dit, tandis que l'avantage matrimonial postpose, en principe (67), la transmission des biens au décès du second parent pour les enfants communs il est susceptible, pour les enfants non communs, de les priver définitivement de ces biens.

Ainsi, le mécanisme de protection des enfants non communs est mis en œuvre dès l'instant où un seul avantage matrimonial est consenti par leur parent à leur beau-parent. Tant l'apport d'un bien propre du prémourant au patrimoine commun que le préciput ou le partage inégal

(66) F. TAINMONT, « La théorie des avantages matrimoniaux à la veille de la réforme du droit successoral : extension ou abrogation ? », *Rev. not. belge*, 2016, p. 439.

(67) L'époux survivant reste, cependant, libre de consommer ou de vendre les biens qui faisaient l'objet de l'avantage matrimonial.

du patrimoine commun sont visés (68). Tout ce que l'époux survivant recueille en sus de l'application des règles normales de liquidation du régime légal de communauté est assimilé à une donation, à imputer sur la quotité disponible (69).

À titre d'exemple, l'apport d'un bien propre à la communauté sera considéré comme une libéralité pour moitié (puisque à la liquidation du régime, la moitié tombera dans la part du survivant alors que ce bien propre était voué à entrer intégralement dans la succession du prémourant).

Un apport de bien propre à la communauté couplé à un préciput ou une clause d'attribution de toute la communauté au dernier vivant sera regardé comme une libéralité pour le tout en ce que l'application normale des règles de composition du patrimoine commun et de liquidation partage aurait conduit à ce que le bien se trouve entièrement dans la part du prémourant et qu'il se retrouve effectivement pour le tout dans celle du survivant.

34. Un avantage matrimonial est-il envisageable en régime de séparation de biens ?

Voilà une question qui a divisé doctrine ainsi que jurisprudence et animé les discussions d'experts lors de l'élaboration de la loi du 22 juillet 2018.

Comme l'a très bien résumé Stéphane van den Hove d'ertsenryck (70) trois thèses se sont jusqu'ici opposées.

La première, restrictive, estimait que les avantages matrimoniaux ne se concevaient qu'en régime de communauté (71). Les tenants de cette thèse se fondaient sur la place occupée par les dispositions relatives

(68) F. TAINMONT, « La théorie des avantages matrimoniaux à la veille de la réforme du droit successoral : extension ou abrogation ? », *Rev. not. belge*, 2016, p. 443.

(69) PH. DE PAGE et I. DE STEFANI, « Les avantages matrimoniaux. Aspects civils et fiscaux », *Rev. not. belge*, 2002, p. 272, n° 3.

(70) S. VAN DEN HOVE D'ERTSENRYCK, « Les clauses relatives aux effets du régime matrimonial au jour du décès. Le régime de séparation de biens », in *L'autonomie de la volonté et les conventions entre époux et cohabitants*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 38 et s.

(71) S. VAN DEN HOVE D'ERTSENRYCK, « Les clauses relatives aux effets du régime matrimonial au jour du décès. Le régime de séparation de biens », in *L'autonomie de la volonté et les conventions entre époux et cohabitants*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 39 et références citées en note 47; F. TAINMONT, « La véritable nature d'un avantage matrimonial révélée par la formulation malheureuse d'un acte notarié », *Rev. not. belge*, 2014, p. 258; C. DE WULF, « Een kritische doorlichting van de recente rechtspraak en rechtsleer in verband met de sterfhuisclausule », *T. Not.*, 2008, p. 467; W. PINTENS, J. DU MONGH et CH. DECLERCK, « Huwelijksvoordelen in scheidings- en participatiestelsels, tussen droom en daad », in *Patrimonium* 2009, Anvers, Intersentia, 2009, p. 395, n° 2 et p. 396, n° 3; J.-L. RENCHON, « L'avantage matrimonial : une technique de détournement de la dévolution successorale ? », *A.D.L.*, 2014, pp. 123 et suiv.; F. TAINMONT, « La théorie des avantages matrimoniaux à la veille de la réforme du droit successoral : extension ou abrogation ? », *Rev. not. belge*, 2016, p. 460.

aux clauses constituant des avantages matrimoniaux dans le Code civil. Celles-ci étaient logées dans le chapitre III consacré aux conventions de nature à modifier le régime *légal*.

La deuxième, intermédiaire, admettait l'existence d'avantages matrimoniaux également dans les régimes de séparation de biens avec société d'acquêts ou participation aux acquêts (72). Observons, en effet, que la loi du 10 décembre 2012 a inséré un article 1429*bis* dans le chapitre II « Du régime légal » qui semble apporter, pour la première fois, une définition d'un avantage matrimonial qui consisterait en tous les « avantages qui résulteraient du mode de composition, de fonctionnement, de liquidation ou de partage du patrimoine commun ». Pris dans son sens littéral, la disposition vise exclusivement le patrimoine *commun*. Les défenseurs de cette thèse font cependant observer que l'article 1390 du Code civil dispose que le chapitre II formera le droit commun de tout régime matrimonial à défaut de dispositions contraires. Ainsi, pour certains, dans la mesure où un régime de séparation de biens est « communautarisé » par le biais d'une société d'acquêts, d'une clause de participation, il ne paraît pas anormal de considérer que, pour ce qui concerne les biens participant de cette « communautarisation », il se crée des avantages matrimoniaux auxquels trouve à s'appliquer le régime propre à cette qualification (73).

Enfin, une troisième thèse, extensive, admet les avantages matrimoniaux en régime de séparation de biens (74). Cette thèse repose notamment sur l'idée qu'un avantage matrimonial porte sur les *acquêts* constitués par le couple et se conçoit dès lors dans tous les régimes, indépendamment de l'existence d'un patrimoine commun. Il est donc

(72) Y.-H. LELEU, « L'article 1390 du Code civil : immanence et transcendance », in *Liber amicorum Jean-François TAYMANS*, Larcier, 2013, p. 244, n° 10; P. PIRON, « La séparation de biens avec société d'acquêts », *Rép. Not.*, t. V, liv. 2, Larcier, 1997, p. 972, n° 1170; J. RENAULD, *Droit patrimonial de la famille. T.1 Les régimes matrimoniaux*, Larcier, 1971, p. 943, n° 1689; L. Voisin, « Les avantages matrimoniaux dans les régimes de séparation de biens » in *Le statut patrimonial du conjoint survivant*, Actes de la 5^e journée d'études juridiques Jean RENAULD, Bruylant, 2004, p. 365; Bruxelles, 30 mars 2006, *J.T.*, 2007, p. 501, note P. PRION.

(73) S. LOUIS, « La théorie des avantages matrimoniaux : le point après l'arrêt de la Cour de cassation du 10 décembre 2010 », *Rev. not. belge*, 2011, p. 452.

(74) H. CASMAN, *Het begrip huwelijksvoordelen*, Anvers, Maklu, 1976, pp. 266-268; A.-L. VERBEKE, « Les avantages matrimoniaux : aspects civils », in *Le couple. Décès*, coll. Manuel de planification patrimoniale, Livre 4, Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-Fr. TAYMANS et M. BOURGEOIS eds., Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 145 et suiv.; H. CASMAN, « Les droits de survie ou avantages matrimoniaux en régime de séparation de biens », in *Les contrats de mariage. Bilan, perspectives et formules pratiques*, coll. Patrimoine, t. XIX, Louvain-la-Neuve, Academia/Bruylant, Bruxelles/Bruylant, 1996, pp. 21 et 22; Y.-H. Leleu, « Avantages matrimoniaux. Notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », in *Conjugalité et décès*, (A.-C. VAN GYSEL éd), Anthemis, 2011, pp. 60 et s. De manière beaucoup plus nuancée, il nous semble que Philippe DE PAGE et Isabelle DE STEFANI ne semblent pas totalement exclure l'application des avantages matrimoniaux en régime de séparation de biens (« Les avantages matrimoniaux. Aspects civils et fiscaux », *Rev. not. belge*, 2002, p. 277).

question d'un avantage matrimonial chaque fois qu'un des époux obtient un avantage par l'application, la composition ou le partage du régime matrimonial, lorsque cet époux obtient des acquêts matrimoniaux (75). Cette thèse a reçu un écho favorable auprès de la doctrine flamande (76) et a été suivie par certaines décisions de jurisprudence.

Ainsi, la cour d'appel d'Anvers, dans un arrêt du 5 octobre 2004 (77), a admis qu'il était question d'avantage matrimonial, indépendamment du régime matrimonial, chaque fois qu'un époux obtient un avantage par l'application, la composition ou le partage du régime matrimonial, lorsque cet époux obtient des acquêts, même s'il s'agit de tous les acquêts (pour autant qu'il n'y ait pas d'enfants d'un précédent mariage, auquel cas la qualification d'avantage matrimonial est limitée à la moitié des acquêts par application de l'article 1465 du Code civil) ou que ces acquêts ne relèvent pas d'un patrimoine commun. La cour d'appel d'Anvers réitère sa jurisprudence dans un arrêt du 24 juin 2008 (78).

La Cour constitutionnelle a, par ailleurs, dans un arrêt du 23 novembre 2005 (79) défini les avantages matrimoniaux comme « des avantages qui résultent pour les époux du mode de composition, de fonctionnement et de partage du régime matrimonial choisi ». Certains auteurs en déduisent que la cour a admis, à tout le moins implicitement, la possibilité de stipuler des avantages matrimoniaux dans les régimes à base séparatiste (80).

§ 2. Nouveau régime

1. Exposé

35. Les travaux préparatoires exposent : « *L'application de la théorie des avantages matrimoniaux dans les régimes de séparation faisait depuis longtemps l'objet de vastes discussions dans la doctrine. Une majorité de la doctrine soutenait que la théorie des avantages matrimoniaux s'applique non seulement dans les régimes de communauté mais également dans les régimes de séparation (à l'instar d'Hélène Casman, Het begrip huwelijksvoordelen, Anvers, Maartens Kluwer's Internatio-*

(75) Position défendue par Hélène CASMAN dans sa thèse (H. CASMAN, *Het begrip huwelijksvoordelen*, Anvers, Maklu, 1976, pp. 266-268).

(76) A. VERBEKE, « Les avantages matrimoniaux : aspects civils », in *Manuel de Planification patrimoniale. Liv 4. Le couple. Le décès.*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 147; A. VERBEKE, « Séparation de biens avec clause de participation relative aux acquêts : avantage matrimonial ou avantage réductible ? », *Manuel de Planification patrimoniale. Liv 4. Le couple. Le décès.* Bruxelles, Larcier, 2009, p. 204.

(77) Anvers, 5 octobre 2004, *Not. Fisc. M.*, 2004, pp. 272-274 note A. VERBEK; *Rev. not. belge*, 2005, p. 706, note L. VOISIN.

(78) Anvers, 24 juin 2008, A.F.T., 2009, p. 30 (somm.), note B. INDEKEU.

(79) C. Const., 23 novembre 2005, *Arr. C.A.*, 2005, liv. 5, p. 2179.

(80) S. LOUIS, « La théorie des avantages matrimoniaux : le point après l'arrêt de la Cour de cassation du 10 décembre 2010 », *Rev. not. belge*, 2011, p. 445.

nal Uitgeversonderneming, 1976, p. 267) suivie en cela par une certaine jurisprudence (par exemple, Anvers, 5 octobre 2004, NFM, 2004, p. 268). D'autres auteurs s'y opposaient en se basant principalement sur l'argument qu'il manquait une base légale pour une application étendue. En inscrivant une base légale pour l'application de la théorie des avantages matrimoniaux dans les régimes de séparation de biens, la présente initiative législative tranche le débat » (81).

L'article 33 de la proposition de loi du 13 décembre 2017 propose ainsi que les articles 1429bis, 1464 et 1465 (82) soient déclarés applicables par analogie au régime de séparation de biens (83). La conséquence en serait que les avantages consentis par les clauses visées à ces articles seraient considérés comme des avantages matrimoniaux, et non comme des donations, dans les limites circonscrites par ces dispositions. La proposition précise toutefois que cela implique, pour définir ces limites, « une utilisation fictive des concepts propres au régime de communauté » (en particulier les éléments du patrimoine commun) pour le régime de séparation de biens également, « même s'ils ne sont pas techniquement disponibles dans le régime de séparation de biens » (84).

Cette proposition a suscité les amendements 34 à 36 de Madame Onkelinx et Monsieur Brodcorne (85). Ceux-ci ont relevé que sous cette modification d'apparence anodine (il est vrai que l'on peut s'étonner d'une motivation si brève pour un sujet d'une telle importance), se cachait un tout autre enjeu pour les enfants, qu'ils n'ont pas manqué de détailler (86). Ils ont ensuite suggéré que la proposition soit amendée sur deux points.

Le premier était de maintenir les avantages matrimoniaux uniquement en régime de communauté de biens (87) en soumettant cependant l'application concrète de ceux-ci à l'accord des enfants, sans distinguer qu'ils soient communs ou non (88), selon les mêmes modalités que celles prévues au nouvel article 918 du Code civil (89). Les avantages matrimoniaux auraient ainsi systématiquement été assimilés à des libéralités assorties de la faculté, pour les enfants communs ou non, de

(81) *Doc. Parl.*, Chambre, sess. 2017-2018, n° 54, 2848/001, p. 23.

(82) Notons que l'article 1458 du Code civil avait été initialement oublié et ajouté suite à un amendement.

(83) *Doc. Parl.*, Chambre, sess. 2017-2018, n° 54, 2848/001, p. 76.

(84) *Doc. Parl.*, Chambre, sess. 2017-2018, n° 54, 2848/001, p. 76.

(85) *Doc. Parl.*, Chambre, sess. 2017-2018, n° 54, 2848/006, p. 76.

(86) Voir *supra* n° 33.

(87) À laquelle ils assimilent la séparation de biens avec société d'acquêts.

(88) Nous admettons que le changement de nature d'un avantage matrimonial selon que les enfants soient communs ou non, soit en raison d'un élément extrinsèque au régime matrimonial, nous rend quelque peu sceptique.

(89) Cette disposition offre la possibilité aux héritiers réservataires de renoncer à agir en réduction l'égard d'une ou plusieurs donations déterminées.

renoncer anticipativement à agir en réduction à leur égard si elles portaient atteinte à leur réserve.

Le second était de supprimer purement et simplement la proposition de transposer la théorie des avantages matrimoniaux au régime de séparation de biens, d'une part parce que la notion d'acquêts n'était pas suffisamment définie et délimitée et, d'autre part, parce qu'en adoptant le régime de la séparation de biens, les époux avaient délibérément renoncé à trouver dans leur régime matrimonial une source de solidarité au profit d'une plus grande protection de leur patrimoine personnel, notamment à l'égard des créanciers.

Ces amendements furent rejetés et la proposition adoptée telle quelle.

Ainsi, hormis la précision apportée à l'article 1465 du Code civil par l'ajout d'un alinéa 2 qui énonce qu'un enfant d'un époux adopté simplement ou plénièrement par l'autre époux est bien un enfant commun, la loi du 22 juillet 2018 n'a pas modifié intrinsèquement le principe des avantages matrimoniaux. Elle s'est bornée à « mettre fin » la controverse qui existait quant à savoir si des avantages matrimoniaux pouvaient être envisagés en régime de séparation de biens.

L'article 1469, § 1^{er}, alinéa 4, nouveau prévoit désormais que les articles 1429bis, 1458, 1464 et 1465 s'appliquent *par analogie* au régime de séparation de biens.

36. Les débats sont-ils pour autant clos ?

Nous ne le pensons pas. En effet, se borner à dire que les avantages matrimoniaux détaillés dans le régime de communauté s'appliqueront *par analogie* au régime de séparation de biens n'est, à vrai dire, guère explicite ...

Les régimes de communauté et de séparation de biens sont fondamentalement différents ce qui pourrait rendre l'application *par analogie* de la théorie des avantages matrimoniaux en régime de séparation de biens très hasardeuse et nous doutons que *l'usage fictif* de concepts propres au régime de communauté qui, de l'aveu du législateur, *ne sont pas techniquement disponibles dans le régime de séparation*, soit aisé.

Revenons-en aux fondamentaux pour tenter de comprendre comment concevoir un avantage matrimonial en régime de séparation de biens.

2. Nature du patrimoine commun et de l'avantage matrimonial en régime de communauté

37. Il nous a semblé intéressant d'analyser le fondement de l'avantage matrimonial avant d'examiner la manière dont il pourrait être appliqué par analogie en régime de séparation de biens.

Nous avouons, cependant, n'avoir pas trouvé dans la doctrine ou la jurisprudence de véritable explication juridique à ce principe en telle sorte que la théorie des avantages matrimoniaux semble participer d'un choix législatif guidé par l'idée d'accorder un « droit de survie » au conjoint survivant.

Nous avons néanmoins tenté de trouver une justification au fait qu'une dérogation à la règle du partage par moitié du patrimoine commun ne soit pas analysée comme une libéralité.

38. L'avantage matrimonial participe de règles de composition de la masse commune et de liquidation-partage qui caractérisent le régime légal. Il ne peut donc porter que sur les biens de cette communauté (90).

Le régime de communauté établit durant le mariage une fusion de tout ou partie des biens des conjoints en une masse commune, affectée aux besoins de la vie commune, soumise à des règles de gestion et de partage (91). Il s'en dégage l'idée fondamentale que ce qui a été mis en commun appartient et doit profiter aux deux époux (92).

La communauté est donc une association de biens (93), distincte de l'association conjugale, sur laquelle les époux ont, durant la vie commune, des droits équivalents. Ces droits égaux ne peuvent pas être réduits à des droits divis portant, pour chacun d'eux, sur la moitié de cet ensemble (94). Il n'y a pas pluralité de propriétés individuelles sur la même chose (95). La communauté n'est donc pas une indivision ordinaire (96) et il n'y a pas lieu de se référer aux articles 577-2 du Code civil. Les droits des époux, durant le régime, ne s'expriment pas sous la forme de parts qu'ils pourraient céder ou dont ils pourraient disposer, fût-ce même avec l'accord de l'autre (97).

(90) J. RENAULD, *Droit patrimonial de la famille. T.I Les régimes matrimoniaux*, Larcier, 1971, p. 821, n° 1429.

(91) J. RENAULD, *Droit patrimonial de la famille. T.I Les régimes matrimoniaux*, Larcier, 1971, p. 184, n° 263.

(92) J. RENAULD, *Droit patrimonial de la famille. T.I Les régimes matrimoniaux*, Larcier, 1971, p. 188, n° 268.

(93) J. RENAULD, *Droit patrimonial de la famille. T.I Les régimes matrimoniaux*, Larcier, 1971, p. 340, n° 488.

(94) H. CASMAN, « Clause de partage inégale », in *Manuel de planification patrimoniale. Livre 4. Le couple. Décès*, Larcier, 2009, p. 131, n° 106.

(95) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. X, Bruxelles, Bruylant, 1949, p. 275, n° 207.

(96) L. RAUCENT, « Concepts fondamentaux du régime légal », *Rép. Not.*, t. V, Les régimes matrimoniaux, Liv. II, Larcier, 1997, p. 628, n° 608.

(97) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. X, Bruxelles, Bruylant, 1949, p. 276, n° 207.

Henri De Page voit dans la communauté une « propriété collective » (98); chaque époux a, autant que l'autre, des droits portant sur l'intégralité du patrimoine (99) (100).

Cela pourrait-il donner une certaine cohérence juridique aux avantages matrimoniaux ?

Nous pensons qu'il s'agit à tout le moins d'une piste de réflexion.

Il nous semble, en effet, que la nature particulière du patrimoine commun pourrait contribuer à expliquer que les époux peuvent déroger à la règle du partage par moitié sans pour autant que cela ne soit perçu comme une libéralité. Une attribution de la totalité de ce patrimoine ou le prélèvement avant partage d'un bien revient, en quelque sorte, à attribuer à un époux, au moment de la dissolution du régime, des biens dont il était déjà *propriétaire*, ou, en tout cas, sur lequel il avait déjà des droits.

Indépendamment de ces réflexions, nous retiendrons simplement, pour la suite de nos développements, qu'un avantage matrimonial en régime légal ne se conçoit que pour des biens relevant de la masse commune que constitue la communauté, dont nous avons dégagé les principaux critères.

3. Comment transposer la théorie des avantages matrimoniaux en régime de séparation de biens ?

39. L'article 1469, § 1^{er}, ne répond pas clairement à la question.

(98) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. X, Bruxelles, Bruylant, 1949, p. 272, n° 204.

(99) H. CASMAN, « Clause de partage inégal », in *Manuel de planification patrimoniale. Livre 4. Le couple. Décès*, Larcier, 2009, p. 131, n° 106.

(100) La Cour de cassation semble confirmer cette notion dans un arrêt du 19 mai 2014. En l'espèce, des époux mariés en régime de communauté étaient titulaires d'un bail à ferme. Ils ont ensuite acquis le bien loué, qui est entré dans leur communauté de biens, à hauteur de 99 %. Une société avait acquis le pourcent subsistant. La loi sur les baux à ferme permet à un locataire, devenu copropriétaire, de mettre fin au bail s'il possède au moins la moitié indivise du bien loué. En l'occurrence, seule l'épouse avait donné un congé. Le bailleur estimait que ce congé n'était pas valide au motif que l'épouse n'était titulaire que de 49,5 % des droits (soit la moitié des 99 % détenus par la communauté). Le tribunal de première instance estima, au contraire, que le congé était valable dès lors que la part de 99 % dans le bien loué relevait de la communauté conjugale et que chaque époux était dès lors titulaire de droits à concurrence de 99 % de la pleine propriété. L'affaire fût portée jusqu'en Cour de cassation, qui rejeta le pourvoi et souleva à cette occasion que « Le patrimoine commun est un patrimoine affecté, dont l'affectation spéciale est le mariage. Durant le mariage, la propriété des biens constituant ce patrimoine revient, dans son entièreté et à parts égales aux deux conjoints ».

La Cour paraît ainsi considérer que les époux ont ensemble des droits sur la totalité de la communauté et non des droits coexistant sur la moitié de celle-ci. (Cass. 19 mai 2014, *inédit*, RG : C.13.0289.N/1).

En effet, la disposition commence par énoncer que le contrat de séparation de biens peut comporter toutes les clauses compatibles avec ce régime. Elle poursuit, dans son alinéa 2, en donnant des exemples de clauses qui peuvent notamment porter sur les règles de preuve entre époux, les créances ou encore prévoir des indivisions ou des patrimoines d'affectation. L'alinéa 3 précise que les époux peuvent également adopter des clauses visant à réaliser des décomptes entre leurs patrimoines. La disposition termine, enfin, en énonçant le principe de l'application par analogie des articles 1429*bis*, 1458, 1464 et 1465.

Libellé ainsi, il nous semble que cet article énonce le principe de l'application par analogie des dispositions relatives aux avantages matrimoniaux aux régimes de séparation de biens assortis de clauses.

Toute clause n'est cependant pas susceptible d'être visée (101). En effet, conformément à la définition de l'avantage matrimonial donnée par l'article 1429*bis*, il doit s'agir d'une *clause établissant un avantage qui résulte du mode de composition, de fonctionnement, de liquidation ou de partage du patrimoine commun*.

Il n'existe toutefois pas de patrimoine commun en régime de séparation de biens. Nous imaginons qu'une analogie peut ici être faite avec les patrimoines d'affectation (masse commune adjointe, société d'acquêts) ou encore les indivisions. Autrement dit, une application par analogie de la théorie des avantages matrimoniaux pourrait être envisagée dans un régime de séparation de biens, comportant un patrimoine d'affectation ou des indivisions, et assorti de clauses, telles que définies à l'article 1429*bis*, les modalisant.

Reste à savoir si cette application par analogie est juridiquement concevable.

Les premiers commentateurs de la loi s'accordent à penser qu'il n'existe pas de difficultés pour une application par analogie aux sociétés d'acquêts ou autre patrimoine adjoint, mais semblent, en revanche, divisés sur la question des indivisions. Certains l'admettent dès l'instant où une clause de partage porte sur le bien indivis (102); d'autres,

(101) À première vue par exemple, nous n'apercevons pas de lien entre une clause relative aux règles de preuves et des avantages matrimoniaux.

(102) C'est ce qui semble ressortir de l'analyse de François DEGUEL dans sa récente contribution sur le sujet. L'auteur estime que les avantages matrimoniaux peuvent se concevoir pour des indivisions dont les époux ont réglé le fonctionnement dans leur contrat de mariage mais pas pour les indivisions en cas de séparation pure et simple sans clauses particulières (F. DEGUEL, « L'extension des outils communautaires », in *La réforme du droit des régimes matrimoniaux. Loi du 22 juillet 2018* (Y.-H. LELEU Coord.), Larcier, 2018, p. 175, n° 26). Cette position semble également partagée par Hélène CASMAN (H. CASMAN, « Les nouveautés apportées au régime de séparation de biens », in *Le notaire face aux réformes des régimes matrimoniaux et des successions*, (Ch. AUGHUET coord.), Bruxelles, Larcier, 2019, p. 80). Voir également Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, *La réforme des régimes matrimoniaux et de*

en revanche, pensent qu'elle se conçoit uniquement dans les régimes séparatistes communautarisés (société d'acquêts ou patrimoine interne adjoint) (103).

3.1. La séparation de biens avec masse commune adjointe

40. Les masses communes adjointes reçoivent diverses appellations : sociétés d'acquêts, patrimoines communs internes, sociétés limitées, patrimoines d'affectation.

Le contenu de ces masses diffère, certaines étant limitées à un seul bien, d'autres étant appelées à recueillir une catégorie de biens. De plus amples caractéristiques, que nous analyserons, sont en revanche communes à ces patrimoines et nous permettent de les réunir dans la présente section.

Ces patrimoines disposent, depuis la réforme introduite par la loi du 22 juillet 2018, d'une assise légale en l'article 1469, § 1^{er}, alinéa 1^{er} du Code civil. L'on peut cependant regretter qu'ils n'aient pas fait l'objet d'une définition plus précise en dépit du vide juridique qui existait et des controverses qui en résultaient (104), comme en témoignent d'ailleurs leurs multiples appellations.

Leur nature demeure donc incertaine. Nous tenterons d'en tracer les contours afin d'examiner si l'application par analogie des avantages matrimoniaux est envisageable.

41. La question centrale qui se pose en l'occurrence nous paraît être la suivante : ces masses communes adjointes ont-elles une nature similaire à celle d'une communauté ou s'apparentent-elles davantage à une indivision de droit commun ?

La doctrine a fréquemment exprimé l'idée que la société d'acquêts répond, supplétivement, aux règles de la communauté légale, si les époux n'ont pas prévu d'autres dispositions (105). Il était d'ailleurs presque unanimement admis, avant la réforme, qu'un avantage matrimonial se concevait en régime de séparation de biens avec société d'acquêts (106).

diverses dispositions successorales, Limal, Anthemis, 2018, p. 116, n° 101 A., ainsi que la contribution de Philippe De Page dans la livraison de cette revue « La réforme du régime de la communauté — cas pratiques — suggestion de clauses correctrices. ».

(103) Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 : présentation, évaluation », in *La réforme du droit des régimes matrimoniaux. Loi du 22 juillet 2018* (Y.-H. LELEU Coord.), Larcier, 2018, pp. 63 et 64, n°s 115 et 116.

(104) Notamment sur la question de leur opposabilité.

(105) PH. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 256 et s. n°s 259, 260 et 261; P. PIRON, « La séparation de biens avec société d'acquêts », *Rép. Not.*, t. V, liv. 2, Larcier, 1997, p. 973, n° 1170, citant LÉON RAUCENT note 1.

(106) Voir note de bas de page n° 72.

Pour la cour d'appel de Gand (107), en revanche, un patrimoine adjoint (il s'agissait en l'espèce d'une société d'acquêts) ne peut être assimilé à un patrimoine commun dès lors que les revenus des époux ne sont pas appelés à y entrer automatiquement et de plein droit, ce qui constitue la principale caractéristique de la communauté. Le patrimoine adjoint ne serait donc pas susceptible de se voir appliquer de manière supplétive les règles du régime légal puisqu'il s'agirait d'une indivision.

Nous partageons l'analyse de Julie Laruelle qui estime que cette vision est trop restrictive (108).

Une masse commune adjointe ne constitue pas nécessairement une indivision de droit commun parce qu'elle ne comprend pas les revenus des époux (109). Par ailleurs, si elle les comprenait automatiquement, le régime serait très probablement requalifié en régime de communauté en ce que la communautarisation des revenus participe de l'essence même de ce régime.

Les divers critères qui caractérisent la masse commune adjointe la distinguent, au contraire, d'une indivision.

Le principal réside sans doute dans l'affectation particulière aux besoins de la vie commune qui lui est généralement donnée par les conjoints (110) et qui permet de qualifier ces masses adjointes de « patrimoines d'affectation ».

Ensuite, à la différence de l'indivision de droit commun, la composition de cette masse est définie par les époux dans leur contrat de mariage, lequel précise les critères d'entrée des biens dans celle-ci (111). Ceux-ci sont limitatifs puisque ne dépendent du patrimoine commun adjoint que les biens répondant à ces critères, les autres restant des propres en vertu de la prédominance du principe de la séparation de biens (112). Les biens composant ce patrimoine y entrent également automatiquement, à l'inverse des biens acquis en indivision, qui ré-

(107) Gand, 2 avril 2015, *R.G.D.C.*, 2016, p. 82, note J. LARUELLE.

(108) J. LARUELLE, « Le régime légal est-il le droit commun du patrimoine interne adjoint à un régime de séparation de biens ? », note sous Gand, 2 avril 2015, *R.G.D.C.*, 2016, p. 90, n° 5.

(109) Dans le même sens S. NUDELHOLC, « Séparation de biens avec société ou communauté adjointe versus patrimoine commun interne », *J.T.*, 2013, p. 406.

(110) J. LARUELLE, « Le régime légal est-il le droit commun du patrimoine interne adjoint à un régime de séparation de biens ? », note sous Gand, 2 avril 2015, *R.G.D.C.*, 2016, p. 90, n° 6; C. GIMENNE, « Le partage, durant le mariage, d'une société d'acquêts limitée à un immeuble », *J.L.M.B.*, 1999, p. 1042, n° 3.

(111) C. GIMENNE, « Le partage, durant le mariage, d'une société d'acquêts limitée à un immeuble », note sous Civ. Verviers, 23 novembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1041, n° 2; J. LARUELLE, « Le régime légal est-il le droit commun du patrimoine interne adjoint à un régime de séparation de biens ? », note sous Gand, 2 avril 2015, *R.G.D.C.*, 2016, p. 90, n° 6. P. PIRON, « La séparation de biens avec société d'acquêts », *Rép. not.*, t. V, Les régimes matrimoniaux, liv. 2, Bruxelles, Larcier, 2002, n° 1138.

(112) P. PIRON, « Une société d'acquêts à présomption de séparation », *J.T.*, 2007, p. 508.

sultent d'une volonté de « mise en commun » exprimée par les parties au moment de l'acquisition.

Cette masse adjointe répond aux règles de la subrogation (113) puisqu'elle est une universalité. Elle ne se conçoit pas sans l'existence d'un passif dont l'actif répond (114).

Elle fait intégralement partie du régime matrimonial (115). C'est sans doute pour cela que doctrine et jurisprudence ont toujours largement considéré qu'à l'inverse d'une indivision, un tel patrimoine n'est pas susceptible de faire l'objet d'une demande en partage par un époux aussi longtemps que dure le mariage, et ce, en raison de l'affectation particulière qu'il présente (116). Les époux peuvent, en revanche, sortir d'indivision à tout moment durant le régime, principe consacré à l'article 1468 du Code civil.

La question de l'opposabilité aux tiers de ces masses adjointes est plus controversée et n'a malheureusement pas été réglée par la réforme. La cour d'appel de Bruxelles l'a admis dans un arrêt du 30 mars

(113) C. ROUSSEAU, « Les restrictions au droit au partage entre époux mariés sous le régime de la séparation de biens » in *Tapas de droit notarial, Les régimes matrimoniaux* (F. TAINMONT et J.-L. VAN BOXSTAELE dir.), coll. Patrimoine et notariat, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 165, n° 13. C. GIMENNE, « Le partage, durant le mariage, d'une société d'acquêts limitée à un immeuble », *J.L.M.B.*, 1999, p. 1042, n° 2.

(114) C. ROUSSEAU, « Les restrictions au droit au partage entre époux mariés sous le régime de la séparation de biens » in *Tapas de droit notarial, Les régimes matrimoniaux* (F. TAINMONT et J.-L. VAN BOXSTAELE dir.), coll. Patrimoine et notariat, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 165, n° 13.

(115) C. ROUSSEAU, « Les restrictions au droit au partage entre époux mariés sous le régime de la séparation de biens » in *Tapas de droit notarial, Les régimes matrimoniaux* (F. TAINMONT et J.-L. VAN BOXSTAELE dir.), coll. Patrimoine et notariat, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 167, n° 14; J. LARUELLE, « Le régime légal est-il le droit commun du patrimoine interne adjoint à un régime de séparation de biens ? », note sous Gand, 2 avril 2015, *R.G.D.C.*, 2016, p. 90, n° 6 ;

(116) C. ROUSSEAU, « Les restrictions au droit au partage entre époux mariés sous le régime de la séparation de biens » in *Tapas de droit notarial, Les régimes matrimoniaux* (F. TAINMONT et J.-L. VAN BOXSTAELE dir.), coll. Patrimoine et notariat, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 165, n° 13. C. GIMENNE, « Le partage, durant le mariage, d'une société d'acquêts limitée à un immeuble », *J.L.M.B.*, 1999, p. 1042, n° 3; J. LARUELLE, « Le régime légal est-il le droit commun du patrimoine interne adjoint à un régime de séparation de biens ? », note sous Gand, 2 avril 2015, *R.G.D.C.*, 2016, p. 90, n° 6; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 448-449, n° 402; Ph. PIRON, « La séparation de biens avec société d'acquêts », *Rép. not.*, t. V, liv. 2, Larcier, 1997, n° 1152; S. VAN DEN HOVE D'ERTSENRYCK, « Les clauses relatives aux effets du régime matrimonial au jour du décès — Les régimes de séparation de biens », in *L'autonomie de la volonté et les conventions entre époux ou cohabitants*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 55, n° 33 et les réf. citées en note 124; Civ. Verviers, 23 novembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1038; A.-L. VERBEKE, « Scheiding van goederen en overdeeldheid. Over de rechtsgeldigheid van een TIGV », *T. not.*, 2011, p. 191, n° 15. *Contra* : J. VAN BAELE, « Het huwelijkscontract van scheiding van goederen met een toegevoegd 'intern gemeenschappelijk vermogen' ». Ceci n'est pas un régime matrimonial », *T. not.*, 2010, p. 227; Civ. Liège, 24 mai 1993, *Rev. trim. dr. fam.*, 1993, p. 515, note M.-Fr. CARLIER.

2006 (117), salué par certains auteurs (118). D'autres estiment, au contraire, qu'elles sont inopposables aux tiers, à l'égard de qui elles s'apparentent à une simple indivision dont ils peuvent solliciter le partage à tout moment (119), cette « communautarisation » du régime de la séparation de biens ne valant que dans le cadre des relations entre époux.

42. Bien que nous reconnaissons le caractère hybride de la masse commune adjointe, sa nature se rapproche davantage d'un patrimoine commun que d'une indivision (120) (tout en ne devant pas répondre à toutes les règles de composition et de fonctionnement de la communauté (121) puisque les époux sont libres de les déterminer et que la base séparatiste du régime doit être respectée), en ce qu'elle une universalité, affectée à un but déterminé, qui fait intégralement partie du régime matrimonial des époux et qui a priorité sur le patrimoine propre des époux pour les biens appelés à y entrer (122). Cela permet, à notre sens, l'application par analogie de la théorie des avantages matrimoniaux.

Cela implique, également, pour que l'application par analogie soit complète, que l'avantage matrimonial porte sur des biens de la masse commune adjointe qui auraient été qualifiés de communs dans le régime légal (123) puisqu'un avantage matrimonial en régime de communauté ne se conçoit que pour des biens issus du patrimoine commun.

(117) Bruxelles, 30 mars 2006, *J.T.*, 2007, p. 504 (note P. PIRON).

(118) P. PIRON, « Une société d'acquêts à présomption de séparation », *J.T.*, 2007, p. 508; S. NUDELHOLC, « Séparation de biens avec société ou communauté adjointe versus patrimoine commun interne », *J.T.*, 2013, p. 406.

(119) Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 452; J. LARUELLE, « Le régime légal est-il le droit commun du patrimoine interne adjoint à un régime de séparation de biens ? », note sous Gand, 2 avril 2015, *R.G.D.C.*, 2016, p. 91, n° 6; C. CASTEILEIN, « Scheiding van goederen met externe correcties », *T.E.P.*, 2017, p. 107, n° 15; W. PINTENS et al., *Familiaal vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 386, n° 711; A.-L. VERBEKE, « Scheiding van goederen en overdeeldheid. Over de rechtsgeldigheid van een TIGV », *T. not.*, 2011, p. 191.

(120) Voir aussi sur le sujet : A. VERBEKE, *Le contrat de mariage de séparation de biens — Plaidoyer pour une solution équitable*, Diegem, Kluwer, 1997, p. 43, B. CARTUYVELS, Société (communauté) limitée à un seul bien : proposition de formule, in *Liber amicorum Léon Raucent*, Bruylant, 1992, pp. 105 et 106, PH. DE PAGE, La société d'acquêts limitée : renouveau ? in *Liber amicorum Léon Raucent*, Bruylant, 1992, p. 219.

(121) Dans le même sens, B. CARTUYVELS, Société (communauté) limitée à un seul bien : proposition de formule, in *Liber amicorum Léon Raucent*, Bruylant, 1992, p. 108.

(122) B. CARTUYVELS, Proposition pour une définition fonctionnelle du régime matrimonial légal ou régime en communauté, in *Les contrats de mariage. Bilan, perspectives et formules pratiques*, Louvain-La-Neuve, Bruylant, 1996.

(123) Il s'agit des biens visés à l'article 1405 du Code civil ou des biens propres apportés à la communauté. Il ne nous semble pas qu'un avantage matrimonial puisse porter sur des biens composant la masse commune adjointe par le biais de critères d'entrée automatiques, qui auraient été considérés comme propres en régime de communauté. À titre d'exemple, les biens hérités par chaque époux. Ceux-ci peuvent, en revanche, faire l'objet d'un apport à la masse commune adjointe (ce qui sera déjà constitutif d'avantage matrimonial).

Cela requiert, enfin, nous semble-t-il, que l'on reconnaisse des effets externes à cette masse adjointe sans quoi les avantages matrimoniaux conclus pourraient être dénués d'utilité (124).

Ainsi, des clauses d'attribution du patrimoine commun adjoint au dernier vivant, de préciput relatives aux biens composant cette masse commune adjointe et des apports à ce patrimoine seraient susceptibles d'être vus comme des avantages matrimoniaux, répondant aux règles des articles 1458, 1464 et 1465, puisqu'il existerait une base légale ainsi qu'une possibilité de transposer par analogie les règles issues du régime légal (125).

3.2. Les indivisions

43. La question se complique, en revanche, pour les indivisions.

Peut-on considérer qu'une clause du contrat de séparation de biens qui déroge au partage par moitié(126) d'un bien indivis est une application par analogie de la théorie des avantages matrimoniaux et ne doit pas être vue comme une libéralité (127) ?

44. Une partie de la doctrine (128) répondait déjà par l'affirmative avant la réforme, se fondant sur le droit des époux à pouvoir bénéficier des acquêts constitués durant le mariage. Autrement dit, un avantage matrimonial se concevrait pour un bien indivis qui répond à la définition d'acquêt.

Poussé à son paroxysme, cette thèse permettrait même de concevoir des avantages matrimoniaux à l'égard de biens propres qui constituent des acquêts. En effet, en l'absence d'une masse commune (129), les acquêts conservent juridiquement un caractère propre ou indivis dans le

(124) En effet, un avantage matrimonial qui ne serait pas opposable aux héritiers ou aux tiers légataires serait vidé de toute substance nous semble-t-il.

(125) Qui s'appliqueraient de la même manière que pour le patrimoine commun en régime de communauté. Ainsi, par exemple, un apport d'un bien propre à ce patrimoine commun adjoint, couplé à une attribution de ce patrimoine au dernier vivant sera considérée comme une donation pour ce qui excède la moitié en présence d'enfants communs et sera considéré comme un avantage matrimonial pour la totalité en présence d'enfants non communs.

(126) Ou selon les quotités acquises par chacun des époux.

(127) François DEGUEL répond par l'affirmative à cette question (F. DEGUEL, « L'extension des outils communautaires », in *La réforme du droit des régimes matrimoniaux. Loi du 22 juillet 2018* (Y.-H. LELEU Coord.), Larcier, 2018, p. 175, n° 26).

(128) Anvers, 5 octobre 2004, cité par A. VERBEKE, « Les avantages matrimoniaux : aspects civils », in *Manuel de Planification patrimoniale. Liv 4. Le couple. Le décès.*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 149. Voir également notes 74 à 76.

(129) Que ce soit en régime de communauté ou en régime de séparation de biens avec société d'acquêts.

régime de séparation de biens selon qu'ils ont été acquis conjointement ou non (130).

Nous ne partageons pas cette opinion et, à notre avis, la notion d'acquêts ne permet pas à elle seule de résoudre la question de savoir si un avantage matrimonial peut s'envisager par analogie pour des biens indivis.

Observons, en effet, que les avantages matrimoniaux en régime de communauté ne portent pas nécessairement sur des acquêts (131). En effet, à titre d'exemple, un bien apporté à la communauté peut être un propre de l'époux apporteur, acquis avant le mariage. Or, l'apport modifie la composition du patrimoine commun et constitue, de ce fait, un avantage. Il le sera d'autant plus s'il est couplé à une clause de préciput ou de partage inégal. Ainsi, l'avantage matrimonial ne nous semble pas intrinsèquement lié à la notion d'acquêts.

Nous craignons, ensuite, que permettre l'application par analogie des dispositions relatives aux avantages matrimoniaux aux indivisions constituées d'acquêts et pas aux autres suscite d'interminables débats pour déterminer dans quelle catégorie l'indivision peut être classée (132).

La notion d'acquêts ne permet donc pas, à notre sens, de résoudre la problématique qui nous occupe (133).

45. Une indivision se distingue, par sa nature, d'un patrimoine commun (134).

(130) À titre d'exemple, lorsqu'un époux marié en communauté acquiert le logement familial à son seul nom, à l'aide de ses revenus professionnels, le bien est commun par l'effet de la loi, parce qu'il est voué à entrer dans la communauté. À l'inverse, si l'époux est marié en séparation de biens, l'immeuble sera propre en dépit de ce qu'il entre, nous semble-t-il, dans la définition d'acquêt.

(131) Dans le même sens pour une société d'acquêts : S. NUDELHOLC, « Séparation de biens avec société ou communauté adjointe versus patrimoine commun interne », *J.T.*, 2013, p. 406.

(132) L'on pourrait tenter de remédier à cette difficulté en se référant à l'article 1405 du Code civil, qui énumère les actifs du patrimoine commun, et ainsi considérer que les dispositions relatives aux avantages matrimoniaux s'appliquent par analogie aux indivisions composées de biens visés par cette disposition. Nous verrons toutefois que cela ne suffit pas, à notre sens, pour concevoir une application par analogie aux indivisions.

(133) Dans le même sens : Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 : présentation, évaluation », in *La réforme du droit des régimes matrimoniaux. Loi du 22 juillet 2018* (Y.-H. LELEU Coord.), Larcier, 2018, p. 64, n° 116; S. VAN DEN HOVE D'ERTSENRYCK, « Les clauses relatives aux effets du régime matrimonial au jour du décès. Le régime de séparation de biens », in *L'autonomie de la volonté et les conventions entre époux et cohabitants*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 43.

(134) L. RAUCENT, « Concepts fondamentaux du régime légal », *Rép. not.*, t. V, Les régimes matrimoniaux, Liv. II, Larcier, 1997, p. 628, n° 608.

Nous l'avons vu, le patrimoine commun est une masse commune aux deux époux, avec une affectation particulière, une propriété collective comme le définit Henri De Page (135).

L'indivision ne répond pas à ces critères (136). Il s'agit d'une copropriété ; les époux ont des droits divis portant, pour chacun d'eux, sur la moitié de cet ensemble (137). L'indivision de droit commun ne constitue pas une universalité et ne répond pas aux règles de la subrogation. Les époux peuvent sortir d'indivision durant le régime ce qui ne se peut pour une communauté qui est intrinsèquement liée au régime matrimonial.

Attribuer à un époux la totalité d'un bien indivis revient à lui transférer la moitié indivise de l'autre et, partant, à lui faire bénéficier, en quelque sorte, de patrimoine propre. Or, aucune règle régissant l'indivision ne le prévoit et l'on ne pourrait imaginer qu'il en soit différemment parce que les indivisaires sont des époux. Il nous semble ainsi que seule une libéralité pourrait justifier un tel transfert de patrimoine propre à patrimoine (138).

Ainsi, la communauté est une masse qui constitue un véritable support permettant aux époux d'établir des avantages matrimoniaux et déroger aux règles de composition et de partage de ce patrimoine. Comme l'enseignait le professeur Cornu, le bénéficiaire d'un avantage matrimonial en régime de communauté, reçoit celui-ci de la communauté même (139).

Ces règles ne peuvent être transposées à une indivision de droit commun dont la nature se distingue clairement d'un patrimoine commun, ce qui empêche une application par analogie (140).

(135) Voir *supra* n° 38.

(136) Dans sa thèse consacrée aux masses en droit privé, Alain-Charles VAN GYSEL arrive à la conclusion que l'indivision n'est pas nécessairement une masse (A.-C. VAN GYSEL, *Les masses de liquidation en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 225).

(137) H. CASMAN, « Clause de partage inégale », in *Manuel de planification patrimoniale. Livre 4. Le couple. Décès*, Larcier, 2009, p. 131, n° 106.

(138) Notre réflexion vaut également, et par définition, pour les biens propres (Dans le même sens PH. DE PAGE et I. DE STEFANI, *La réforme des régimes matrimoniaux et de diverses dispositions successorales*, Limal, Anthemis, 2018, p. 116, n° 101) même s'ils auraient été qualifiés de communs en régime de communauté. Hormis la thèse de la libéralité, nous ne voyons pas ce qui permettrait ce transfert de patrimoine propre à patrimoine propre (Henri DE PAGE enseigne que l'enrichissement procuré à l'un des époux à l'aide de biens propres n'est pas un avantage matrimonial mais une véritable libéralité (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. X, Bruxelles, Bruylant, 1949, p. 1017, n° 1285).

(139) G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, Thémis, 1992, p. 652.

(140) Cette position ne semble pas être partagée par Hélène CASMAN (H. CASMAN, « Les nouveautés apportées au régime de séparation de biens », in *Le notaire face aux réformes des régimes matrimoniaux et des successions*, (CH. AUGHUET coord.), Bruxelles, Larcier, 2019 pp. 81-82). Voir également les développements de Philippe DE PAGE dans la présente livraison de cette revue (« La réforme du régime de la communauté — cas pratiques — suggestion de

Qualifier les transferts de parts indivises autrement que comme libéralité permettrait, par ailleurs, aux époux de se transférer très aisément du patrimoine propre sous le couvert d'un acte à titre onéreux, avec toutes les conséquences que cela engendrerait pour les enfants. Un époux pourrait ainsi donner à son conjoint 1% d'un bien propre acquis durant le mariage, créant ainsi une indivision entre eux et, par une clause du contrat de mariage, attribuer la totalité de cette indivision au conjoint survivant en appliquant par analogie la théorie des avantages matrimoniaux (141). On ne pourrait pas, à notre sens, dans cet exemple, faire jouer la protection accordée aux enfants communs de l'article 1464, alinéa 2 du Code civil à défaut d'un double avantage matrimonial puisque la donation d'une part d'un bien propre à son conjoint n'est pas assimilable à l'apport de ce bien à un patrimoine commun.

Qu'en serait-il, enfin, des indivisions entre époux communs en biens ?

Pourront-ils également envisager des avantages matrimoniaux sur ces biens ?

Nous ne le pensons pas, à défaut de base légale. En effet, les avantages matrimoniaux ne sont envisagés que pour des biens communs en régime de communauté. Or, nous ne voyons pas ce qui distingue, sur le plan strictement juridique, la nature des indivisions qui existent entre époux séparés de biens ou communs en biens. Admettre que les indivisions puissent faire l'objet d'avantages matrimoniaux chez une catégorie d'époux et pas chez l'autre pourrait être jugé discriminatoire.

3.3. La participation aux acquêts

46. Opter pour un régime de séparation de biens avec participation aux acquêts est en soi un avantage matrimonial de premier degré en ce que le choix de ce régime est susceptible d'engendrer un avantage pour l'un des époux. Alain Verbeke considère ainsi que la créance de participation découlant d'une clause de participation finale, limitée aux acquêts et avec une clé de participation 50-50, doit être qualifiée d'avantage matrimonial (142).

clauses correctrices. ») qui admet également l'application par analogie de la théorie des avantages matrimoniaux aux indivisions.

(141) Certains argueront peut-être que les époux arriveraient au même résultat en créant un patrimoine commun interne, en y apportant le bien et en prévoyant une clause d'attribution au dernier vivant. Les effets ne seraient cependant pas les mêmes, puisqu'il y aurait alors double avantage matrimonial ce qui enclencherait la protection à l'égard des enfants communs (ce qui n'était pas le cas dans notre exemple).

(142) A. VERBEKE, « Séparation de biens avec clause de participation relative aux acquêts : avantage matrimonial ou avantage réductible ? », *Le couple. Le décès.*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 204.

47. Des avantages matrimoniaux du second degré peuvent-ils être envisagés par analogie dans un régime de séparation de biens avec participation aux acquêts (143) ?

Au risque de verser dans l'incohérence, il nous semble que cette question appelle une réponse positive dès l'instant où l'on considère qu'il existe dans ce régime une « masse commune ».

Certains auteurs reconnaissent l'existence de cette masse, indispensable selon eux pour calculer les créances de participation, tout en la qualifiant cependant de masse fictive, vu l'absence de contenance réelle, ayant des effets uniquement comptables et qui ne peut en aucun cas être perçue comme une indivision, une universalité ou une communauté entre époux (144).

Philippe De Page et Isabelle De Stefani ont quant à eux développé, déjà bien avant la réforme, une thèse convaincante justifiant l'existence d'avantages matrimoniaux en régime de séparation de biens avec participation aux acquêts. Ces auteurs admettent que la participation ne porte pas à proprement parler sur un bien ou un patrimoine commun mais soulignent que la dissolution du régime impose la constitution d'une « communauté » comptable dont la vocation est d'être partagée entre les époux (145). Ils reconnaissent ici l'existence d'un avantage qui consiste en un droit à la contre-valeur des acquêts composant le patrimoine de chaque époux (146). Le profit retiré par un époux d'une clause de participation inégale répondrait dès lors à la notion d'avantage matrimonial et relèverait de son régime.

Si l'on se rallie à cette thèse, des avantages matrimoniaux pourraient se concevoir en régime de séparation de biens avec participation aux acquêts eu égard notamment à l'analogie qui peut être faite entre le patrimoine commun du régime de communauté et la communauté comptable dressée au terme du régime de séparation de biens avec participation aux acquêts. Par ailleurs, la créance de participation qui porte, par définition, sur des acquêts, permet également une analogie avec les avantages matrimoniaux en régime de communauté qui ne peuvent porter que sur des biens du patrimoine commun.

(143) Une clause du contrat de mariage pourrait-elle, à titre d'exemple, attribuer à un époux l'ensemble de la créance de participation de l'autre ?

(144) S. VAN DEN HOVE D'ERTSENRYCK, « Les clauses relatives aux effets du régime matrimonial au jour du décès. Le régime de séparation de biens », in *L'autonomie de la volonté et les conventions entre époux et cohabitants*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 78 et note 225.

(145) PH. DE PAGE et I. DE STEFANI, « La participation aux acquêts » in *Quinze années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux*, Collection patrimoine vol. XV, Bruylant, 1991, p. 236, n° 27.

(146) *Ibidem*.

Certains auteurs admettent l'application par analogie des avantages matrimoniaux au régime de la séparation de biens avec participation aux acquêts (147).

3.4. En synthèse

48. Il existe certes, à présent, une base légale qui nous permet d'envisager de transposer la théorie des avantages matrimoniaux en régime de séparation de biens. Il nous paraît toutefois, qu'en l'absence de patrimoine commun adjoint créé par des clauses du contrat de mariage, il manque le substrat pour pouvoir le concrétiser.

L'application par analogie de la théorie des avantages matrimoniaux au régime de séparation de biens suppose ainsi à notre estime une double condition :

— l'existence d'une masse commune adjointe à la séparation de biens pour respecter l'analogie avec le patrimoine commun;

— l'avantage matrimonial ne pourra porter que sur des biens susceptibles de faire l'objet d'un avantage matrimonial en régime légal, partant, des biens qui auraient été qualifiés de communs (puisque les avantages matrimoniaux ne se conçoivent que sur des biens de la communauté);

Cette application par analogie n'est selon nous pas concevable pour des indivisions, en dépit de ce qu'elles seraient organisées par des clauses du contrat de mariage et composées d'acquêts ou de biens qui auraient été qualifiés de communs en régime de communauté. Ces biens doivent, à notre sens, entrer dans un patrimoine « communautarisé » pour se voir appliquer, par analogie, les articles 1458, 1464 et 1465 (148). Il ne nous semble pas possible de pallier *factivement* l'absence de masse commune.

Ceci ne constitue naturellement que notre avis, qui, comme nous l'avons souligné, n'est pas partagé par tous les auteurs (149). La complexité de la matière invite en tout cas à la prudence, en espérant que nos juridictions apportent rapidement un éclaircissement à ces questions.

(147) Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 : présentation, évaluation », in *La réforme du droit des régimes matrimoniaux. Loi du 22 juillet 2018* (Y.-H. LELEU Coord.), Larcier, 2018, p. 64, n° 118; H. CASMAN, « Les nouveautés apportées au régime de séparation de biens », in *Le notaire face aux réformes des régimes matrimoniaux et des successions*, (CH. AUGHUET coord.), Bruxelles, Larcier, 2019, p. 82.

(148) Dans le même sens : van den HOVE D'ERTSENRYCK, « Les clauses relatives aux effets du régime matrimonial au jour du décès. Le régime de séparation de biens », in *L'autonomie de la volonté et les conventions entre époux et cohabitants*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 43.

(149) Voir notamment la contribution de Philippe DE PAGE dans la présente livraison de cette revue, (La réforme du régime de la communauté — cas pratiques — suggestion de clauses correctrices).

4. Dispositions transitoires

49. Pour ce qui est, enfin, des dispositions transitoires, il convient de se référer à l'article 78, §§ 1^{er} et 2, de la loi du 22 juillet 2018 qui dispose que le nouvel article 1469 s'applique aux époux qui contractent mariage à compter de l'entrée en vigueur de la loi, soit le 1^{er} septembre 2018, aux époux mariés avant cette date qui modifient leur régime matrimonial (avec dissolution du précédent) après celle-ci et, enfin, aux époux ayant contracté mariage avant l'entrée en vigueur de la loi le 1^{er} septembre 2018 mais sans préjudice des conventions matrimoniales qu'ils auraient déjà conclues.

Il nous semble ainsi que pour les époux mariés en régime de séparation de biens qui se voient désormais offrir l'opportunité de prévoir des avantages matrimoniaux, seuls les époux qui contractent mariage à partir du 1^{er} septembre 2018 ou qui modifieraient leur régime matrimonial à compter de cette date, pourront user de cette faculté.

Section 7. La vente entre époux (article 1595 du Code civil)

50. L'article 1595 ancien du Code civil interdisait la vente entre époux hormis pour certaines exceptions légales (150).

Cette interdiction était jugée dépassée eu égard notamment à la liberté contractuelle dont disposent aujourd'hui les époux en vertu d'autres dispositions du Code civil pour régler leurs relations patrimoniales à leur gré (151).

L'article 1595 a donc été aboli (152); la vente entre époux est désormais permise (153).

L'article 79 de la loi du 22 juillet 2018 détermine l'application dans le temps de l'abrogation de cette disposition, qui ne vaut que pour les contrats conclus à partir de l'entrée en vigueur de la loi. Autrement dit, la vente entre époux est autorisée depuis le 1^{er} septembre 2018.

Alexandra DEMORTIER,

Avocat

Assistante au centre de droit de la famille et
de son patrimoine de l'UCLouvain

(150) Dont certaines ont été jugées inconstitutionnelles (Cour Const. 13 mars 2014, *J.T.*, 2014, p. 349, note D. STERCKX).

(151) *Doc. Parl.*, Chambre, sess. 2017-2018, n° 54- 2848/001, p. 98.

(152) Ce qui a également entraîné l'abolition de l'article 1469, alinéa 2 qui imposait aux époux séparés de biens qui souhaitait sortir d'indivision en rachetant les parts de l'un ou l'autre dans un bien indivis de passer par la vente publique ou moyennant une autorisation judiciaire.

(153) Matthieu VAN MOLLE épingle toutefois trois limitations à la liberté de vente entre époux (M. VAN MOLLE, « Pot-pourri de disposition réformant les régimes matrimoniaux », in *Le notaire face aux réformes des régimes matrimoniaux et des successions*, (CH. AUGHUET coord.), Larcier, 2019, p. 12).