

L'EXIGENCE DE COHÉRENCE DU RÉGIME MATRIMONIAL

Fabienne TAINMONT

Maître de conférences à l'UCLouvain et à l'UCLouvain
Saint-Louis - Bruxelles

Enseignante invitée à l'Université de Paris II

Avocate au barreau de Bruxelles

Introduction

Contrairement aux règles du régime primaire, celles relatives aux régimes matrimoniaux secondaires sont, en principe, supplétives.

La liberté contractuelle des époux qui choisissent ou modifient leur régime matrimonial est donc de mise, comme le rappelle l'intitulé de l'article 2.3.1 du Code civil.

Cette liberté connaît toutefois certaines limites, exprimées, d'une manière générale (et sans préjudice des dispositions impératives propres à l'un ou l'autre régime secondaire en particulier) à l'article 2.3.1 du Code civil, qui reprend, plus clairement, les règles qui étaient auparavant contenues dans les articles 1387 et 1388, alinéa 1^{er}, de l'ancien Code civil. Ainsi les époux ne peuvent rien stipuler qui soit contraire à une règle impérative(1) ou d'ordre public(2).

(1) Notamment celles du régime primaire, contenues dans les articles 212 à 224 de l'ancien Code civil, et celles sur la réserve héréditaire.

(2) Par exemple, les règles portant sur l'autorité parentale ou la tutelle, et celles qui déterminent l'ordre légal des successions. On notera toutefois que dans le respect des conditions prévues à l'article 2.3.2, chaque époux peut renoncer, à l'avance, à tout ou partie des droits qu'il peut revendiquer dans la succession de son conjoint. Relevons également que seule la notion d'ordre public est contenue à l'article 2.3.1 du Code civil car d'après l'exposé des motifs de la proposition de loi portant le Livre 2, Titre 3, « Les relations patrimoniales des couples » et le Livre 4 « Les successions, donations et testaments » du Code civil (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2019-2020, n° 55-1272/001, p. 26), les bonnes mœurs sont englobées dans le concept plus général d'ordre public. Voy. égal. l'art. 1.3, al. 3, C. civ.

Il est désormais également précisé que les époux doivent veiller à la cohérence de leur régime matrimonial.

Ce principe était déjà admis en doctrine et en jurisprudence, et il avait d'ailleurs fait son apparition dans le Code civil à l'article 1469, § 1, alinéa 1^{er} (actuellement l'article 2.3.64, § 1), à l'occasion de l'adoption de la loi du 22 juillet 2018. En vertu de cette disposition, les époux qui optent pour le régime de la séparation de biens peuvent ajouter à ce régime toutes les clauses *compatibles* avec ce régime (3).

L'exigence de cohérence du régime matrimonial ne se retrouvait pas dans le texte initial de la proposition de loi de recodification. C'est à la suite d'une observation du Conseil d'État (4) qui estimait important de rappeler cette règle (qui figurait dans le projet initial d'arrêté royal portant recodification mais qui n'avait pas été reprise dans le texte de la proposition de loi) que celle-ci a été ajoutée via un amendement (5) adopté à l'unanimité.

L'incohérence du régime doit toutefois être soulevée, que ce soit par un tiers (par exemple par un créancier) ou par un des époux. À défaut, le régime matrimonial subsistera et s'appliquera (6).

D'une manière générale, et comme le soulignent parfaitement Philippe De Page et Isabelle De Stefani (7), « *la matière est étroitement liée aux règles d'interprétation du contrat de mariage à propos de la recherche de la volonté réelle des époux, au-delà de celle exprimée littéralement dans le contrat de mariage* » (8).

La qualification donnée par les époux n'est en effet pas décisive si le contenu du contrat contredit le type de régime auquel les époux ont apparemment donné la priorité (9).

(3) P. DE PAGE et F. LALIÈRE, *La recodification des livres 2.3 et 4 du Code civil*, Limal, Anthemis, 2022, p. 16, n° 8.3.

(4) Avis du Conseil d'État n° 67.990/2 du 22 mars 2021, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1272/003, pp. 11 et 12. Voy. aussi H. CASMAN, « Les régimes matrimoniaux intégrés dans le livre 2 du nouveau Code civil : quoi de neuf », in Y.-H. LELEU (coord.), *Chroniques notariales*, vol. 74, Bruxelles, Larcier, avril 2022, pp. 19 et 20.

(5) Amendement n° 34, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1272/004, p. 59.

(6) R. BARBAIX, *Familiaal vermogensrecht*, 2^e éd., Anvers, Intersentia, 2018, p. 281, n° 488.

(7) P. DE PAGE et I. DE STEFANI, *Traité de droit civil belge*, t. IX, *Les régimes matrimoniaux*, vol. 1, *Théorie générale du contrat de mariage et régime légal*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 58, n° 20. Voy. aussi Cass., 5 septembre 2019, *Rev. trim. dr. fam.*, 2021, p. 918 (somm.). La Cour de cassation précise que l'interprétation conforme à la volonté des parties suppose que l'on vérifie quelle était l'intention réelle des parties au moment de la conclusion du contrat.

(8) Voy., en jurisprudence, not. Gand, 2 avril 2015, *T. Not.*, 2015, p. 520, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 780 (somm.) et Gand, 3 septembre 2015, *T. Not.*, 2015, p. 671, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 780 (somm.). Dans ces deux décisions, la cour commence par rappeler qu'un contrat de mariage doit être interprété en recherchant la commune intention des parties en vertu de l'article 1156 du Code civil, et en vue de donner aux clauses sujettes à interprétation un effet utile, conformément à l'article 1157 du Code civil. Voy. actuellement les art. 5.64 et 5.65 C. civ.

(9) B. CARTUYVELS, « Les régimes de communauté conventionnelle », *Rép. not.*, t. V, liv. II, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 999, n° 1210.

Il arrive également que le régime de base ne soit pas remis en cause mais qu'une clause contenue dans le contrat soit incompatible avec l'une ou l'autre disposition impérative de ce régime.

La sanction de l'incohérence du régime matrimonial peut se limiter à l'annulation de la clause querellée (10) mais elle peut aller jusqu'à la requalification partielle du régime apparemment choisi par les époux, voire jusqu'à l'annulation de l'ensemble de la convention matrimoniale en présence de diverses clauses contradictoires (11), si la clause litigieuse est intimement liée aux autres clauses de la convention (12), si la clause querellée est, dans l'esprit des époux, essentielle (13), ou encore si l'incohérence est substantielle (14).

Sans aucunement prétendre à l'exhaustivité, la présente contribution a pour seul et modeste objectif de tenter de définir les contours de l'exigence de cohérence du régime matrimonial, au travers de certaines clauses de conventions matrimoniales susceptibles de poser des difficultés à l'occasion de la liquidation du régime matrimonial des époux.

Section 1. L'exigence de cohérence du régime matrimonial en théorie

Les travaux préparatoires de la loi du 19 janvier 2022 rappellent que l'exigence de cohérence du régime matrimonial emporte celle de ne pas porter atteinte aux caractéristiques essentielles du régime adopté (15).

Encore y a-t-il lieu de déterminer les principes essentiels du régime de base retenu, qu'il soit communautaire ou séparatiste.

Le Code civil n'en souffle mot.

(10) Une annulation partielle est admise par la Cour de cassation (Cass., 25 juin 2015, *J.T.*, 2015, p. 727). Voy. égal. l'art. 5.63 C. civ.

(11) P. DE PAGE, « Réflexions sur le principe et les contours de l'autonomie de la volonté dans les régimes matrimoniaux », *Rev. trim. dr. fam.*, 2019, pp. 551 et 552, n° 11.

(12) P. DE PAGE « Le compte des récompenses et son aléatoire règlement conventionnel », in W. PINTENS, J. DU MONGH et C. DECLERCK (éd.), *Patrimonium 2009*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 210, n° 2, qui reprend la décision de la cour d'appel du 24 avril 2003.

(13) P. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 60, n° 56.

(14) P. DE PAGE et I. DE STEFANI, *Traité de droit civil belge*, t. IX, *Les régimes matrimoniaux*, vol. 1, *Théorie générale du contrat de mariage et régime légal*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 59, n° 21.

(15) Amendement n° 34, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1272/004, p. 59.

§ 1. L'exigence de cohérence dans un régime « en communauté »

La doctrine a, de longue date, tenté d'identifier les principes essentiels d'un régime de communauté (16).

Leur nombre varie d'un auteur à l'autre, et parfois, pour un même auteur, d'une publication à l'autre.

Par ailleurs, certains principes présentés comme essentiels nous semblent plutôt correspondre à de « *simples* » caractéristiques.

C'est dire qu'en l'absence de texte légal, et même si la jurisprudence a, ici et là, balisé les lignes de force du régime de communauté, il est malaisé d'identifier avec certitude les éléments fondamentaux de ce régime.

À l'instar d'Yves-Henri Leleu (17), il nous paraît qu'il y a lieu de retenir les principes essentiels suivants :

A. L'inclusion de plein droit des revenus professionnels dans le patrimoine commun

Le régime matrimonial légal actuel est un régime de communauté qui est généralement qualifié de « *revenus et d'acquêts* ».

Il est en effet de l'essence même d'un régime de communauté de comprendre, automatiquement et de plein droit, l'ensemble des revenus professionnels, lesquels sont principalement à la source de la constitution de tous les (autres) acquêts (18).

(16) Voy. not., par ordre chronologique :

- L. RAUCENT, *Les régimes matrimoniaux*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 1988, pp. 280 et 281 ;
- B. CARTUYVELS, « Propositions 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, Academia-Bruylant, 1996, pp. 183 et s. ;
- C. PARIS, « L'autonomie de la volonté », in L. RAUCENT et Y.-H. LELEU (dir.), *Les régimes matrimoniaux. 2. Contrats de mariage et modification du régime matrimonial*, Rép. not., t. V, liv. II, Bruxelles, Larcier, 1999, pp. 481 et s. ;
- P. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 59, n° 56 ;
- R. BARBAIX, *Familiaal vermogensrecht*, 2^e éd., Anvers, Intersentia, 2018, p. 281, n° 487 ;
- P. DE PAGE et I. DE STEFANI, *Traité de droit civil belge*, t. IX, *Les régimes matrimoniaux*, vol. 1, *Théorie générale du contrat de mariage et régime légal*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 54 à 58, n° 20 B ;
- R. DEKKERS, H. CASMAN, A. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht*, Mortsels, Intersentia, 2019, pp. 57 et s.
- Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 372 à 374.
- (17) Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 372 à 374.
- (18) Voy. not. le rapport HAMBYE (*Doc. parl.*, Sén., n° 683 (S.E. 1974), n° 2, 25 novembre 1975. Rapport fait au nom de la Commission de la Justice (p. 78)) ; P. DE PAGE et I. DE STEFANI, *Traité de*

Il s'ensuit que l'exclusion totale des revenus professionnels a pour conséquence de faire basculer le régime apparemment communautaire en un régime de séparation de biens. Rien n'empêche, en revanche, d'exclure du patrimoine commun les revenus de biens propres (19), pour autant que ces revenus ne soient pas ceux qui alimentent principalement le patrimoine commun.

Mais qu'en est-il en cas d'exclusion partielle des revenus professionnels ? Le régime est-il susceptible de garder sa nature communautaire ou doit-on considérer qu'il s'agit en réalité d'un régime de séparation de biens avec société accessoire ?

La réponse à cette question est délicate et les avis sont partagés.

Yves-Henri Leleu (20) estime qu'une exclusion, même partielle, des revenus professionnels, dénature le régime communautaire. Nous aurions tendance à le rejoindre.

P. De Page et I. De Stefani (21) sont plus nuancés et considèrent qu'il s'agit avant tout d'une question de fait. Selon eux, une exclusion totale des revenus professionnels n'est pas envisageable mais une exclusion partielle des revenus professionnels ne fait pas perdre au régime sa qualification communautaire si la part des revenus professionnels revenant au patrimoine propre d'un époux est réduite (22).

Par ailleurs, l'absence – somme toute assez théorique – de revenus professionnels, y compris de remplacement, n'empêche pas, selon nous, l'existence d'un régime communautaire. Il en va de même si les revenus professionnels sont moindres que les revenus de biens propres (23).

droit civil belge, t. IX, *Les régimes matrimoniaux*, vol. 1, *Théorie générale du contrat de mariage et régime légal*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 55, n° 20 ; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 372, n° 296. Voy., en jurisprudence, not. Gand, 2 avril 2015, T. Not., 2015, p. 620, R.G.D.C., 2016, p. 82, note J. LARUELLE, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 780 (somm.).

(19) En ce sens, Bruxelles, 10 novembre 1994, *Rev. not. b.*, 1995, p. 204.

(20) Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 372, n° 296, et les réf. citées.

(21) P. DE PAGE et I. DE STEFANI, *Traité de droit civil belge*, t. IX, *Les régimes matrimoniaux*, vol. 1, *Théorie générale du contrat de mariage et régime légal*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 55 et 56, n° 20 B et pp. 272 et 273, n° 187.

(22) Voy. égal. P. De Page (« Réflexions sur le principe et les contours de l'autonomie de la volonté dans les régimes matrimoniaux », *Rev. trim. dr. fam.*, 2019, p. 565, n° 23) qui poursuit la réflexion.

(23) Dans le même sens, P. DE PAGE et I. DE STEFANI, *Traité de droit civil belge*, t. IX, *Les régimes matrimoniaux*, vol. 1, *Théorie générale du contrat de mariage et régime légal*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 272 et 273, n° 187.

B. La présomption de communauté

La présomption de communauté est entendue ici comme une règle de qualification(24) : sont communs tous les biens que la loi n'a pas expressément qualifiés de propres (art. 2.3.22, § 3, C. civ.).

Sans que la volonté des époux n'ait quoi que ce soit à dire, la communauté joue en quelque sorte le rôle de « *pompe aspirante* ».

Il s'agit, pour Benoît Cartuyvels(25), du critère décisif car c'est, selon lui, autour de la présomption de communauté, et non seulement avec elle, que notre régime de communauté a été construit.

C. L'existence de comptes de récompenses, liée elle-même à l'existence de trois « masses »

L'organisation obligatoire de comptes de récompenses est fondamentale car elle évite l'enrichissement du patrimoine commun au profit d'un des patrimoines propres et inversement.

L'équilibre entre les trois patrimoines est rétabli et l'existence (et le maintien) de trois masses – qui est aussi une caractéristique essentielle de tout régime de communauté selon certains auteurs(26) – est ainsi préservé.

Il en sera plus précisément question dans la suite de notre contribution.

D. Le principe de la corrélation entre l'actif et le passif ?

Un autre principe essentiel, parfois mis en avant(27), est celui de la corrélation entre les masses actives et passives, autrement dit le principe « *ubi emolumentum, ibi onus* ».

(24) Et non comme une règle de preuve. Dans cette seconde signification, la présomption de communauté implique que les biens des époux sont présumés appartenir au patrimoine commun, sauf si un des époux apporte la preuve que tel ou tel bien lui est propre. Il en résulte, sur le plan de la charge de la preuve, qu'un des époux ou que les créanciers ne doivent jamais apporter la preuve qu'un bien appartient au patrimoine commun mais qu'il revient toujours à celui des époux qui affirme qu'un bien lui est propre d'en apporter lui-même la preuve.

(25) B. CARTUYVELS, « Les régimes de communauté conventionnelle », *Rép. not.*, t. V, liv. II, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 1008, n° 1222.

(26) Voy. en particulier, L. RAUCENT, *Les régimes matrimoniaux*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 1988, pp. 280, n° 339 ; C. PARIS, « L'autonomie de la volonté », in L. RAUCENT et Y.-H. LELEU (dir.), *Les régimes matrimoniaux. 2. Contrats de mariage et modification du régime matrimonial*, *Rép. not.*, t. V, liv. II, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 482, n° 472. Voy. aussi l'article 2.3.16 du Code civil selon lequel « le régime légal est fondé sur l'existence de trois patrimoines : le patrimoine propre de chacun des deux époux et le patrimoine commun aux deux époux (...) ».

(27) C. PARIS, « L'autonomie de la volonté », in L. RAUCENT et Y.-H. LELEU (dir.), *Les régimes matrimoniaux. 2. Contrats de mariage et modification du régime matrimonial*, *Rép. not.*, t. V, liv. II, Bruxelles, Larcier, 1999, pp. 482 et 483, n° 473 ; P. DE PAGE, « Dérogations conventionnelles au

Aux charges supportées par un patrimoine doivent correspondre les avantages dont il profite.

C'est précisément ce qui est prévu à l'article 2.3.56, alinéa 2, du Code civil : si dans le cadre du partage du patrimoine commun, les époux reçoivent des parts inégales, chacun d'eux est tenu de contribuer au paiement des dettes communes proportionnellement à la part recueillie dans l'actif.

Il n'est ainsi pas possible de prévoir que certains biens seront communs alors que les dettes y afférant seront propres, et ainsi de déroger aux règles relatives au passif commun et aux droits de recours des créanciers(28) (et inversement), ou encore de stipuler que les revenus professionnels seront communs alors que les dettes professionnelles demeureront propres(29).

Cette règle est essentielle mais il nous semble qu'elle n'est pas spécifique aux régimes de ou en communauté. Elle concerne en réalité tous les régimes, y compris séparatistes(30).

En cas de recours d'un créancier, elle sera écartée, et entre époux, elle sera réputée non écrite.

§ 2. L'exigence de cohérence dans un régime séparatiste

Quelle est l'exigence de cohérence requise en présence d'un régime de séparation de biens ?

Outre, nous semble-t-il, le principe de la corrélation entre les masses actives et passives, la doctrine(31) et la jurisprudence(32) s'accordent pour considérer qu'il s'agit :

– du principe de la séparation des patrimoines

Dans un régime de séparation de biens, les patrimoines sont censés demeurer séparés, tant sur le plan de l'actif que du passif.

régime des récompenses », in *Dix années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 1987, p. 35, n° 6 ; P. DE PAGE et I. DE STEFANI, *Traité de droit civil belge*, t. IX, *Les régimes matrimoniaux*, vol. 1, *Théorie générale du contrat de mariage et régime légal*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 56 et 57, n° 20 B.

(28) Sent. arb., 17 mai 2005, *Rev. not. b.*, 2016, p. 639.

(29) Mons, 30 juin 2016, *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, p. 937. Voy. aussi Bruxelles, 30 mars 2006, *J.T.*, 2007, p. 507, obs. P. PIRON.

(30) En ce sens, Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 373, n° 296. Voy. aussi, Mons, 30 juin, *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, pp. 951 à 953.

(31) P. DE PAGE, « Réflexions sur le principe et les contours de l'autonomie de la volonté dans les régimes matrimoniaux », *Rev. trim. dr. fam.*, 2019, p. 559, n° 19 ; P. DE PAGE et I. DE STEFANI, *Traité de droit civil belge*, t. IX, *Les régimes matrimoniaux*, vol. 1^{er}, *Théorie générale du contrat de mariage et régime légal*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 58, n° 20 ; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 374, n° 297 ; R. BARBAIX, *Familiaal vermogensrecht*, 2^e éd., Anvers, Intersentia, 2018, p. 281, n° 487 ; C. PARIS, « L'autonomie de la volonté », in L. RAUCENT et Y.-H. LELEU (dir.), *Les régimes matrimoniaux. 2. Contrats de mariage et modification du régime matrimonial*, *Rép. not.*, t. V, liv. II, Bruxelles, Larcier, 1999, pp. 485 et 486, n° 478.

(32) Voy. not. Bruxelles, 30 juin 2016, *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, p. 937.

- de la préservation de l'indépendance des pouvoirs de gestion des patrimoines personnels

Le pouvoir de disposition des époux sur leurs avoirs personnels doit être total.

Section 2. L'exigence de cohérence du régime matrimonial en pratique

Introduction

Il arrive que les difficultés potentielles relatives à la cohérence du régime matrimonial soient aperçues en cours de mariage, par exemple lors de l'acquisition d'un bien immobilier ou dans le cadre de la mise en place d'une programmation successorale.

Tant que le couple s'entend, la sécurité juridique impose de procéder sans tarder à l'adoption d'un acte modificatif du régime matrimonial, d'autant plus aisée depuis que la loi du 18 juillet 2008 a supprimé, de manière générale, toute homologation judiciaire.

Généralement, le problème ne surgira toutefois qu'au moment de liquider le régime matrimonial avec d'autant plus d'intensité en cas de divorce.

Bien souvent les époux auront cherché à obtenir « *le beurre et l'argent du beurre* », en sélectionnant le meilleur du régime de la séparation de biens et de la communauté.

Selon l'intérêt poursuivi, un des (ex-)époux tentera de remettre en cause la compatibilité de l'une ou l'autre clause de la convention matrimoniale avec le régime choisi, et il en sollicitera l'écartement.

L'autre invoquera que la clause querellée est parfaitement cohérente au regard du régime matrimonial ou, au contraire, remettra en cause la validité de l'ensemble de la convention matrimoniale.

Examinons à présent quelques cas d'application pratiques au travers d'une jurisprudence pour le moins parcimonieuse.

§ 1. L'exigence de cohérence dans un régime « en communauté »

Seule la problématique des récompenses sera abordée ici.

A. L'arrêt de la Cour de cassation du 17 septembre 2007

Dans son célèbre arrêt du 17 septembre 2007 (33), la Cour de cassation relève que l'existence de trois patrimoines (le patrimoine propre de chaque époux et le patrimoine commun) de même que les récompenses entre ces patrimoines, sont inhérentes au régime de communauté.

Elle conclut que les époux peuvent régler, par contrat de mariage, les modalités de preuve portant sur les récompenses et stipuler notamment que les comptes de récompense sont présumés établis au jour le jour.

Elle estime toutefois que la clause du contrat de mariage qui rend cette présomption irréfragable ou qui exclut l'établissement de comptes de récompense à la dissolution du régime porte atteinte aux caractéristiques essentielles du régime de communauté qui protège les intérêts des

(33) Cass., 17 septembre 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 1523 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1300 ; *NjW*, 2007, p. 797, note G. MAESENEIRE ; *R. W.*, 2007-2008, p. 534, note J. DU MONGH et C. DECLERCK ; *T. Fam.*, 2008, p. 72, note K. BOONE. Voy., dans la même cause, l'arrêt précédent, rendu le 19 mars 2007, par la Cour de cassation (*Pas.*, 2007, I, p. 555 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1256, somm. et le dispositif de la décision traduite officiellement en français, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1307 ; *T. Not.*, 2009, p. 47). Selon la Cour de cassation, la clause d'un régime de communauté qui présume un règlement au jour le jour entre le patrimoine commun et les patrimoines propres et exclut pour ce motif l'établissement d'un compte de récompenses entre époux à la dissolution du régime n'est pas contraire à l'ordre public, comme l'avait décidé la cour d'appel de Gand, dans son arrêt du 24 avril 2003 (*NjW*, 2004, p. 273, note K. BOONE). La Cour de cassation relève que la question qui se pose est de savoir si une telle clause n'est pas, en soi, entachée de nullité, auquel cas la décision de l'arrêt serait légalement justifiée. Elle remet dès lors la cause à une date ultérieure afin de permettre aux parties de faire valoir leurs moyens et rendra, quelques mois plus tard le fameux arrêt du 17 septembre 2007. Voy. aussi le commentaire d'Y.-H. Leleu et J. Laruelle (« Examen de jurisprudence (2006-2017). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2018, pp. 440 et 441, n° 117) relatif à ces deux décisions de même que d'une manière plus générale et plus prospective, P. DE PAGE, « Le compte des récompenses et son aléatoire règlement conventionnel », in W. PINTENS, J. DU MONGH et C. DECLERCK (éd.), *Patrimonium 2009*, Anvers, Intersentia, 2009, pp. 209 et s. On observera que la doctrine antérieure à l'arrêt de la Cour de cassation de 2007 n'était pas unanime par rapport à la validité de pareille clause. Voy. not. la position nuancée de L. ROUSSEAU, « Les récompenses : difficultés et solutions de la jurisprudence », in J.-L. RENCHON et N. BAUGNIET (dir.), *Trente ans après la réforme des régimes matrimoniaux*, Actes de la 6^e journée d'études juridiques Jean Renauld, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 172 et 173. Pour l'auteur, il ne fait pas de doute qu'une clause supprimant purement et simplement toute récompense n'est pas valable car elle « doit être considérée comme contraire à l'économie d'un régime de communauté » mais selon elle, « à l'inverse, il n'existe aucune raison pour conclure qu'une clause supprimant toute récompense due par le patrimoine commun au profit du patrimoine propre des époux est contraire à l'économie du régime ». Il ne s'agirait en quelque sorte que d'une clause d'apport de biens propres au patrimoine commun. Or, rien n'empêche qu'un époux apporte au patrimoine commun l'ensemble de ses biens propres (alors que l'autre les conserve).

deux époux. En l'espèce, seule la clause a été jugée nulle. La validité du contrat de mariage n'a pas, en tant que telle, été affectée (34).

Les juges du fond allaient déjà dans le même sens que la Cour de cassation lorsqu'ils étaient chargés d'homologuer une modification du régime matrimonial des époux (35). Dans son arrêt du 8 octobre 2013 (36), la cour d'appel de Bruxelles avait ainsi annulé la clause du contrat de mariage qui établissait tout à la fois qu'aucun compte de récompense ne sera réalisé entre les époux à la dissolution du régime matrimonial et que les récompenses étaient présumées être réglées au jour le jour.

B. La clause présumant de manière réfragable que les comptes de récompenses ont été établis au jour le jour

Dans son arrêt du 17 septembre 2007 (37), la Cour de cassation admet la validité de la clause qui présume que les comptes de récompenses ont été réalisés au jour le jour.

Elle précise en effet que « [l]es époux peuvent régler par contrat de mariage les modalités de preuve portant sur les récompenses entre les patrimoines et stipuler notamment que les comptes sont présumés établis au jour le jour ».

La seule interdiction porte sur le caractère irréfragable de la clause.

Certains auteurs (38) en ont déduit que si une récompense peut être présumée acquittée (de manière réfragable) avant la dissolution du régime, c'est que

(34) La cour d'appel de Gand (24 avril 2003, *NjW*, 2004, p. 273, note K. BOONE), rappelle les principes suivants :

« Een huwelijkscontract is enkel volledig nietig wanneer een vormvoorschrift niet is nageleefd of wanneer de toestemming van een echtgenoot ontbreekt. Bevat het huwelijkscontract een beding dat nietig is wegens strijdigheid met de openbare orde, dan is enkel dat beding nietig; tenzij dit beding zo innig met de rest van het contract zou zijn verbonden dat het er als het ware één geheel mee uitmaakt. Dit is ten deze geenszins het geval ».

La Cour de cassation valide indirectement l'arrêt sur ce point lorsqu'elle estime que l'arrêt attaqué est légalement justifié lorsqu'il décide que la clause qui stipule qu'en cas de dissolution de la communauté, aucun compte de récompenses entre époux ne sera établi, est nulle.

(35) Voy. not. Civ. Anvers, 11 avril 1989, *R. W.*, 1989-1990, p. 267. En l'espèce, le tribunal a refusé d'homologuer l'acte modificatif qui contenait une clause par laquelle les époux renonçaient, en termes généraux, à l'établissement de comptes de récompense.

(36) Bruxelles, 8 octobre 2013, *T. Fam.*, 2014, p. 159, note J. DU MONGH. La clause était libellée comme suit : « Bij ontbinding van de gemeenschap zal er geen rekening van terugnemingen en vergoedingen tussen de echtgenoten worden opgemaakt. De rekeningen die zouden verschuldigd zijn tussen het gemeenschappelijk vermogen en de eigen vermogens zullen vermoed worden van dag tot dag te zijn opgesteld ».

(37) Cass., 17 septembre 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 1523 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1300 ; *NjW*, 2007, p. 797, note G. MAESENEIRE ; *R. W.*, 2007-2008, p. 534, note J. DU MONGH et C. DECLERCK ; *T. Fam.*, 2008, p. 72, note K. BOONE.

(38) J. DU MONGH et C. DECLERCK, « De recht(on)geldigheid van het beding waarbij de vergoedingsrekeningen worden geacht van dag tot dag te zijn opgesteld », note sous Cass., 17 septembre 2007, *R. W.*, 2007-2008, p. 538.

les époux ont la possibilité d'établir les comptes de récompenses dès avant la dissolution du régime, ce qui, selon eux, ne pose aucune difficulté dès lors que la récompense naît au moment du transfert entre les patrimoines.

Ceci ne nous semble pas exact (39).

Certes, pareille clause, dès lors qu'elle est réfragable, ne porte peut-être pas atteinte aux règles fondamentales du régime de communauté mais elle contrevient assurément aux règles relatives à la liquidation du régime de communauté.

Ce n'est en effet qu'à la dissolution du régime matrimonial qu'il est établi pour chaque époux un compte des récompenses entre le patrimoine commun et son patrimoine propre (*cf.* art. 2.3.43, § 1, al. 2, C. civ.).

Plus précisément, ce compte reprend, pour chaque époux, ce que son patrimoine propre doit au patrimoine commun et ce que le patrimoine commun doit au patrimoine propre, le tout après éventuelle réévaluation du montant dû (*cf.* art. 2.3.46, al. 1^{er}, C. civ.) qui porte, au surplus, intérêt de plein droit depuis le jour de la dissolution du régime (*cf.* art. 2.3.46, al. 3, C. civ.).

L'article 2.3.47, alinéa 1^{er}, du Code civil précise ensuite qu'il convient de solder le compte de chaque époux en compensant les récompenses dont il est redevable au patrimoine commun avec les récompenses qu'il peut faire valoir à l'égard du patrimoine commun.

Conformément à l'article 2.3.47, alinéa 2, du Code civil, les soldes des comptes de chacun des époux sont compensés lorsqu'ils sont de même signe (les deux patrimoines propres doivent une récompense au patrimoine commun ou le patrimoine commun doit une somme aux deux patrimoines propres). C'est en effet le montant qui correspond « à la différence entre les créances ou dettes respectives » (*cf.* art. 2.3.47, al. 3, C. civ.) qui sera porté tantôt au passif, tantôt à l'actif de la masse commune.

Ce n'est donc que lors des opérations de liquidation et de partage que le montant exact de la récompense (en cas de comptes de récompenses du même signe) ou des récompenses (en cas de comptes de récompenses de signe contraire), réévaluation et intérêts compris, sera connu et dû.

(39) En ce sens égal., K. BOONE, « Het beding waarbij de vergoedingsrekeningen vermoed worden van dag tot dag te zijn opgesteld beoordeeld in het licht van de essentie van het huwelijksvermogenstelsel » note sous Cass., 17 septembre 2007, *T. Fam.*, 2008, pp. 78 et 79, n^{os} 8 et 9 ; A. NOTTET, « Les conventions matrimoniales », in « Droit patrimonial des couples », in Y.-H. LELEU (coord.), *Chroniques notariales*, vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008 p. 232, n^o 74 ; B. CARTUYVELS, « Les régimes de communauté conventionnelle », *Rép. not.*, t. V, liv. II, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 1029, n^o 1245 ; C. DELPIERRE-ROMAIN, « La suppression du compte de récompenses : validité et opportunité d'une telle clause ? », in *Les contrats de mariage. Bilan, perspectives et formules pratiques*, coll. Patrimoine, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 1996, p. 281.

Les époux pourraient-ils passer outre ces règles ?

Un époux pourrait-il, par exemple, revendiquer anticipativement une récompense au patrimoine commun pour réaliser un (r)emploi ou effectuer une donation ?

Une réponse négative nous paraît de mise.

La loi impose de respecter un ordre déterminé pour procéder aux opérations de liquidation et de partage du patrimoine commun. L'article 2.3.43, § 1, du Code civil indique en effet expressément (ce qui ne semblait pas douteux même avant la recodification) que le règlement des récompenses intervient après le règlement du passif (et avant le partage de l'actif net).

Autoriser un règlement anticipé des récompenses au profit du ou des patrimoines propres des époux est susceptible de porter atteinte aux droits des tiers, en particulier des créanciers du patrimoine commun.

Les droits sur la communauté des créanciers d'une dette commune prient en effet ceux de l'époux dont le patrimoine propre est créancier d'une récompense (40). Ce n'est donc que s'il reste un solde communautaire positif, que le patrimoine propre d'un époux pourra être récompensé.

Cette règle nous paraît impérative. Philippe De Page et Isabelle De Stefani (41) sont très clairs à ce sujet. Les époux ne peuvent insérer dans leur convention matrimoniale une clause qui les autoriserait « à mobiliser ou à se faire payer une ou des récompenses durant le régime de ou en communauté ».

Une clause présumant (même de manière réfragable) que les comptes de récompenses ont été réglés au jour le jour induit pareille possibilité et pour cette raison, ne nous paraît pas valable (42).

Il résulte de ce qui précède qu'une clause par laquelle le compte des récompenses est présumé avoir été réglé au jour le jour est à proscrire.

(40) E. BEGUIN, « Faillite et communauté universelle », note sous Comm. Bruxelles, 9 février 1988, *Rev. not. b.*, 1988, p. 601.

(41) P. DE PAGE et I. DE STEFANI, *Traité de droit civil belge*, t. IX, *Les régimes matrimoniaux*, vol. 1, *Théorie générale du contrat de mariage et régime légal*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 544, n° 361. Comp. toutefois P. De Page (« Dérégations conventionnelles au régime des récompenses », in *Dix années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 1987, p. 37, n° 9) qui valide la clause.

(42) Comp. Civ. Liège, 16 mai 1994, *J.T.*, 1995, p. 71. En l'espèce, le tribunal de première instance a homologué l'acte modificatif contenant cette clause. Même s'il indique clairement que la clause est dangereuse, il ne la considère pas comme illégale parce qu'on ne se trouve pas en présence d'une clause d'exclusion formelle des récompenses mais uniquement en présence d'une présomption de règlement. Cette clause n'est (simplement) pas opposable aux tiers qui peuvent toutefois s'en prévaloir selon leurs intérêts.

Soit la présomption est irréfragable et elle méconnaît l'exigence de cohérence du régime matrimonial.

Soit elle est réfragable, et autorise dès lors indirectement le règlement anticipé des récompenses, et elle contrevient aux règles relatives à la liquidation du régime matrimonial, protectrices des droits des créanciers.

Même si elle était considérée comme valable (43), il nous semble qu'elle ne présenterait aucune utilité (44). Il suffirait en effet à l'époux qui revendique une récompense d'invoquer que le compte de récompenses n'a pas été réalisé puisque les récompenses ne sont pas exigibles avant la dissolution du régime (45).

C. Autres modalités du régime des récompenses

D'autres clauses modalisant le régime légal des récompenses sont susceptibles d'être intégrées dans une convention matrimoniale mais sans pour autant porter atteinte à la cohérence du régime de communauté.

Elles ne remettent en effet pas en question l'équilibre entre les patrimoines propres et le patrimoine commun, et respectent le principe des récompenses.

1. La suppression de l'une ou l'autre cause de récompense

Sans entrer dans le détail – car tel n'est pas l'objet de notre contribution –, rappelons qu'il est envisageable de supprimer, de manière ciblée, l'une ou l'autre cause de récompense (46).

La cour d'appel de Gand le confirme dans son arrêt du 12 mars 2020 (47).

En l'espèce, les époux avaient, par acte modificatif de leur régime matrimonial, exclu de la communauté les parts sociales de la S.P.R.L. de l'époux, sans droit de récompense au profit de la communauté, dans

(43) Voy. en ce sens, Civ. Liège, 16 mai 1994, *J.T.*, 1995, p. 71.

(44) Dans le même sens, P. DE PAGE « Le compte des récompenses et son aléatoire règlement conventionnel », in W. PINTENS, J. DU MONGH et C. DECLERCK (éd.), *Patrimonium 2009*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 215, n° 10.

(45) En ce sens égal, A. NOTTET, « Les conventions matrimoniales », in « Droit patrimonial des couples », in Y.-H. LELEU (coord.), *Chroniques notariales*, vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008 p. 232, n° 74.

(46) Comme P. De Page le souligne avec pertinence (« Dérégations conventionnelles au régime des récompenses », in *Dix années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 1987, p. 37, n° 10), il y a toutefois lieu de veiller à ne pas multiplier les cas d'exclusion des récompenses sous peine de porter atteinte à la cohérence du régime.

(47) Gand, 12 mars 2020, *T. Not.*, 2020, p. 975.

l'optique, avaient-ils précisé dans l'acte, de mieux protéger son activité d'indépendant.

L'épouse estimait que la clause qui excluait toute récompense à ce sujet n'était pas valable au regard du principe de cohérence du régime matrimonial et se prévalait de l'enseignement de la Cour de cassation dans son arrêt du 17 septembre 2007.

La cour ne l'a, à raison, pas suivie.

Seule cette récompense était exclue et les époux avaient d'ailleurs pris soin de mentionner dans l'acte modificatif qu'ils se réservaient par ailleurs le droit d'invoquer tout autre compte récompense (48).

Le même raisonnement doit être appliqué en cas de renonciation à une récompense lors de l'apport d'un bien propre au patrimoine commun.

Comme le relève la cour d'appel de Liège dans son arrêt du 7 septembre 2010 (49), l'apport est en principe gratuit en ce sens que l'époux apporteur n'a aucun droit à récompense sauf si le contraire a été prévu dans le contrat de mariage (ou sauf si l'apport se fait à concurrence d'une certaine somme).

Il s'agit, ici aussi, d'une renonciation à récompense (uniquement) du fait de l'apport, et non d'une renonciation totale et générale à toute récompense, qui, seule, est illicite (50).

2. La modalisation du *quantum* d'une récompense

La modalisation du *quantum* d'une récompense est également envisageable.

Philippe De Page (51) la conseillait en ce qui concerne les outils et les instruments servant à l'exercice de la profession qui étaient propres en

(48) La clause était libellée comme suit : « *Verschijners verklaren, na hieromtrent uitvoering te zijn ingelicht geweest door ondergetekende notaris, dat tussen hen geen terugnemingen en/of vergoedingen zullen worden uitgeoefend noch vergoedingsrekeningen worden opgesteld met betrekking tot hogervermelde inbreng in het persoonlijk vermogen van de Heer R.V. Verschijners bevestigen evenwel voor zoveel als nodig, zich uitdrukkelijk de vergoedingsregeling voor alle eventuele overige en/of toekomstige vergoedingsvorderingen voor te behouden* ».

(49) Liège, 7 septembre 2010, J.L.M.B., 2011, p. 371, note L. ROUSSEAU.

(50) En ce sens, trib. fam. Namur, 5 janvier 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 1008, à propos de l'apport par l'épouse, à un « *patrimoine limité et accessoire* » à un régime de séparation de biens, d'un terrain propre (sur lequel la résidence conjugale sera construite) et d'une somme d'argent propre. Les biens avaient été apportés sans récompense. Le juge a estimé que la clause était parfaitement valable parce qu'elle n'emporte pas renonciation à toute récompense pour les causes de récompense futures, par exemple, celles qui naîtraient de travaux accomplis dans l'immeuble et financés par le patrimoine propre de l'un ou de l'autre des époux.

(51) P. DE PAGE, « Montant de la récompense en raison de l'acquisition d'outils et d'instruments de travail propres », in *Dix années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 1987, pp. 43 et s.

vertu de l'article 1400, 6°, de l'ancien Code civil. Dès lors que ces biens sont *a priori* financés au moyen de revenus – c'est-à-dire au moyen de deniers communs – une récompense était due, laquelle ne peut être inférieure au prix d'acquisition, en vertu de l'article 1435 de l'ancien Code civil (actuellement, l'art. 2.3.46, al. 1^{er}, C. civ.).

Ce « *montant plancher* » de la récompense est particulièrement inadapté en l'espèce dès lors que la valeur résiduaire du bien, au jour de la dissolution du régime, est bien souvent dérisoire par rapport au prix d'acquisition.

Philippe De Page (52) avait alors proposé de calculer la récompense sur la base du profit subsistant, plus précisément, « *d'après la valeur d'usage ou économique pouvant encore, nonobstant leur amortissement comptable éventuel, représenter ces biens au jour de la dissolution du régime matrimonial* ».

On rappellera qu'en ce qui concerne les biens professionnels acquis à partir du 1^{er} septembre 2018, c'est-à-dire à partir de l'entrée en vigueur de la loi du 22 juillet 2018 (53), c'est la distinction « *titre-finance* » qui est d'application, en vertu des articles 2.3.19, § 1, 6°, du Code civil (en ce qui concerne le « *titre* ») et 2.3.22, § 1, 6°, du même Code civil (en ce qui concerne la « *finance* ») moyennant la réunion des conditions prévues dans lesdites dispositions (et sous réserve bien entendu de dispositions dérogatoires qui auraient été prévues dans la convention matrimoniale).

L'époux concerné a le droit d'agir en tant que propriétaire de ses biens professionnels et il peut donc exercer les droits et actions attachés à son titre. À la dissolution du régime, il a la garantie que ces biens lui seront attribués de plein droit mais vu que leur valeur patrimoniale est commune (54), celle-ci sera déduite de sa part du patrimoine commun.

Si les biens professionnels ont été acquis au moyen de fonds communs, plus aucune récompense n'est due puisque la valeur de ceux-ci appartient au patrimoine commun.

(52) *Ibid.*, p. 48.

(53) Cf. les dispositions de droit transitoire de la loi du 22 juillet 2018, et en particulier l'article 78, § 2, 1°, de la loi du 22 juillet 2018. Pour un commentaire, voy. P. DE PAGE, « L'application de la loi du 22 juillet 2018 dans le temps », in M. VAN MOLLE (coord.), *La réforme des régimes matrimoniaux en pratique*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 22 et 23, n° 11.

(54) Par dérogation à l'article 4.105, § 2, du Code civil, il s'agit de la valeur des biens au jour de la dissolution du régime (art. 2.3.43, § 3, 2°, C. civ., et non de la valeur au jour le plus proche du partage).

D. Les récompenses face aux faiblesses de la loi, priorité au juge ou à la convention ?

Dans une étude récente, Yves-Henri Leleu (55) a démontré que les règles de valorisation contenues à l'article 2.3.46, alinéa 1^{er}, du Code civil, comparées à celles applicables en cas d'enrichissement injustifié, pouvaient heurter l'équité, notamment en ce qui concerne l'application de la règle-plancher (minimum de la dépense) pour l'acquisition de biens frappés d'obsolescence.

Selon lui, l'octroi même d'une récompense est sujet à caution en l'absence de lien de corrélation entre l'appauvrissement d'un patrimoine et l'enrichissement de l'autre.

Louant la « réactivité et l'efficacité » du droit prétorien face aux « faiblesses » de la loi, imputables à leur portée générale, il propose de « contourner » les règles relatives à la détermination du montant des récompenses, en contestant, en amont, ce lien de corrélation et il expose une série d'arguments susceptibles d'emporter la conviction du juge.

Sans remettre en cause la pertinence de ses arguments, il nous paraît plus judicieux de plutôt mettre en avant le principe de la « convention-loi », que l'auteur occulte, non pas pour « contourner » les difficultés relatives à l'évaluation des récompenses mais pour les pallier avec toute la sécurité juridique requise.

Dans un monde idéal, le juge est susceptible d'offrir aux parties une décision ciselée qui correspond précisément à leur situation spécifique mais l'établissement, en amont, de règles contenues dans une convention matrimoniale (qu'il s'agisse des causes et/ou du montant des récompenses), me paraît prioritaire même si inévitablement, l'exercice s'apparentera davantage à du « prêt à porter » qu'à du « sur-mesure ».

S'il est intellectuellement séduisant, le « sur-mesure » a un prix, humain et financier, que nombre d'époux ne peuvent ou ne veulent pas supporter. Face à l'aléa de la décision judiciaire, les époux préfèrent également des solutions juridiques prévisibles.

À l'heure où la volonté est de « déjudiciariser » le conflit familial, c'est la voie conventionnelle qu'il y a lieu, selon nous, de privilégier. Il va de la mission du notariat de faire preuve de créativité et de proposer aux citoyens de nouvelles clauses relatives aux récompenses qui répondent aux critiques du système légal, clairement identifiées par Yves-Henri Leleu.

(55) Y.-H. LELEU, « Les récompenses par le prisme de l'enrichissement sans cause : conditions d'octroi et évaluation », in *États généraux du droit de la famille IV*, Bruxelles/Larcier, Limal/Anthemis, 2022, pp. 51 et s.

§ 2. L'exigence de cohérence dans un régime séparatiste

Introduction

La réflexion relative aux contrats de mariage de séparation de biens a été particulièrement foisonnante dans les années 1990.

L'objectif poursuivi par les rédacteurs des contrats était de créer une solidarité active via une participation de l'époux économiquement (plus) faible à l'enrichissement de son conjoint, tout en le préservant de ses éventuelles dettes professionnelles.

Il s'agissait de trouver une alternative au régime de séparation de biens avec société d'acquêts et au régime de séparation de biens avec participation aux acquêts (56), en permettant un partage à la fois simple et immédiat de cet enrichissement.

Les formules varient mais elles titillent toutes le principe de cohérence du régime matrimonial. La séparation de biens flirte avec les caractéristiques essentielles d'un régime de communauté et il est bien délicat d'apprécier ces liaisons dangereuses une fois le régime matrimonial dissous.

Outre les interrogations que suscitent ces contrats sur le plan de la cohérence, force est de constater que ces régimes, confrontés à la « vraie vie » des couples, sont, au demeurant, difficilement praticables, ce qui explique probablement qu'à notre connaissance, ils ne sont actuellement plus proposés, à tout le moins dans le notariat francophone.

A. Les régimes de séparation de biens avec société d'acquêts

1. Les sociétés d'acquêts « ancienne mouture »

L'apparition, ou à tout le développement, des régimes de séparation de biens avec société d'acquêts s'explique initialement par des raisons historico-juridiques.

La loi du 30 avril 1958 relative aux droits et devoirs respectifs des époux avait supprimé la puissance maritale et l'incapacité de la femme mariée mais elle avait laissé intactes les règles relatives aux régimes matrimoniaux secondaires, en particulier celles qui concentraient les pouvoirs de gestion entre les mains du mari.

(56) La solidarité n'intervient, en effet, dans ces deux régimes, qu'« en bout de course », lors de la liquidation du régime. Notons toutefois qu'en ce qui concerne le régime de la séparation de biens avec participation aux acquêts, les époux pourraient prévoir que la créance de participation ne sera pas établie lors de la dissolution du mariage mais, par exemple, à la date anniversaire de leur mariage tous les trois ans. Le conjoint qui a le moins de revenus profiterait ainsi déjà de la créance de participation sans attendre la dissolution du mariage.

La réforme des régimes matrimoniaux ne sera réalisée que par la loi du 14 juillet 1976 relative aux droits et devoirs respectifs des époux et aux régimes matrimoniaux. Cette loi prévoit des règles de gestion de la communauté, impératives, qui mettent les deux époux sur un pied d'égalité.

Afin de parer au plus pressé, la loi du 22 juin 1959 relative aux droits de la femme mariée séparée de biens avait toutefois déjà supprimé, dans ce régime, le pouvoir de gestion, par le mari, des biens propres de son épouse.

Si une femme voulait être en mesure de gérer elle-même ses biens, il n'y avait pas d'autre solution que de choisir un régime de séparation de biens.

Pareil régime ne s'avérait cependant pas adéquat lorsque la femme n'exerçait pas d'activité professionnelle au moment du mariage ou lorsqu'il était probable qu'elle y mettrait fin, la maternité venue. La situation était fréquente et à l'époque, le régime matrimonial était en principe immuable.

Il paraissait donc essentiel de prévoir, dès le départ, un socle de solidarité, qui s'est matérialisé par la création, à côté du régime de séparation de biens, d'une société d'acquêts (57).

La composition de la société d'acquêts, précisée dans le contrat de mariage, était volontairement large. Elle inspirera d'ailleurs la composition de la communauté légale régie par la loi du 14 juillet 1976. L'entrée en vigueur de cette loi provoquera le déclin de ce type de régime, à tout le moins dans sa conception originelle.

Ces contrats de séparation de biens avec société d'acquêts, que j'appellerai « *ancienne mouture* », posent des problèmes de cohérence dès lors que la société d'acquêts, qui est censée demeurer accessoire, présente les caractéristiques essentielles d'un régime de communauté. Elle est régulièrement composée des revenus professionnels des époux et est presque entièrement soumise à la présomption de communauté. Or, cette société ne peut précisément pas être une communauté. Seule la communauté est appelée à être le réceptacle naturel des biens des époux (58).

En pratique, pareils régimes sont, à ma connaissance, liquidés comme des régimes de communauté, soit d'office, soit à la suite d'une requalification judiciaire (59).

(57) P. PIRON, « Pour une nouvelle séparation de biens avec société d'acquêts. Proposition de formules », in *Les contrats de mariage. Bilan, perspectives et formules pratiques*, coll. Patrimoine, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 1996, p. 333.

(58) *Ibid.*, p. 339.

(59) En ce sens, Bruxelles, 30 juin 2016, *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, p. 937. En l'espèce, la société accessoire au régime de séparation de biens a été requalifiée en régime communautaire conventionnel compte tenu notamment du fait que la société accessoire était le réceptacle naturel des revenus professionnels.

2. Les sociétés d'acquêts « *nouvelle mouture* »

Actuellement, le régime de la séparation de biens avec société d'acquêts, plus volontiers – et plus exactement – dénommé « *séparation de biens avec société accessoire* » ou « *séparation de biens avec société limitée* », suscite un certain regain d'intérêt auprès des (futurs) époux qui souhaitent maintenir leurs patrimoines séparés, tout en créant un îlot communautaire, limité à l'un ou l'autre bien (et corrélativement, aux dettes y attachées, afin de respecter la corrélation entre l'actif et le passif) (60), qui sera susceptible de faire l'objet d'une attribution au conjoint survivant, soumise à la théorie des avantages matrimoniaux.

On rencontre toutefois encore des régimes de séparation de biens avec société d'acquêts que je qualifierais d'intermédiaires, dans lesquels les économies font partie du patrimoine sociétaire. Il en est question dans le point suivant de mon exposé.

B. Les régimes de séparation de biens avec « *partage* » du solde des revenus professionnels, ou des économies

1. Exemple de clause

Certains contrats de mariage ne créent pas de société accessoire mais prévoient une sorte de solidarité directe et automatique entre les époux en lien avec les revenus professionnels.

Voici un exemple de clause issu d'un contrat de mariage rédigé en 1994.

« RÉPARTITION DES REVENUS PROFESSIONNELS »

Les futurs époux conviennent qu'en dehors du régime de base qui reste la séparation de biens et à l'exclusion de toute société d'acquêts, les revenus professionnels nets de chacun des époux ou d'un époux s'il n'y a qu'un seul revenu, seront partagés par moitié entre eux, déduction faite des impôts à payer et des charges courantes du ménage.

Ce partage des revenus nets se fera mensuellement et fera l'objet d'un accord écrit à la fin de chaque année.

S'il y avait des suppléments d'impôts à payer ou des excédents à recevoir, ils seront partagés par moitié entre les époux.

Cette clause est une convention exclusive entre époux qui ne peut avoir aucun effet vis-à-vis des tiers ».

(60) B. CARTUYVELS et L. ROUSSEAU, « Les contrats de séparation de biens avec société limitée. Fonctionnement pratique de la société limitée », in *Les contrats de mariage. Bilan, perspectives et formules pratiques*, coll. Patrimoine, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 1996, p. 365.

Cette clause rend les revenus professionnels indivis, après déduction des impôts (lesquels ?) et des charges courantes du ménage. Il s'agit donc bel et bien d'une mise en indivision qui n'est pas expressément indiquée mais qui résulte incontestablement du terme « *partage* ». Il ne peut en effet y avoir de partage sans indivision préalable.

La clause se distingue de celle par laquelle l'époux plus fortuné est redevable d'une créance relative aux économies (plus importantes) qu'il a réalisées (économies qui demeurent propres, contrairement à la clause analysée dans laquelle le solde des revenus professionnels devient indivis)(61).

La clause litigieuse va donc plus loin en ce qu'elle crée en réalité un régime « *mixte* » à mi-chemin entre la séparation de biens pure et simple et la séparation de biens avec société d'acquêts (62).

Comme nous le verrons, et même si le principe demeure l'autonomie de la volonté des époux, ce genre de clause suscite des difficultés de divers ordres (63).

2. Appréciation de la clause au regard du principe de la cohérence du régime matrimonial

a) Appréciation de la validité de la clause proprement dite

Dans un régime de séparation de biens, les patrimoines sont censés demeurer séparés.

Philippe De Page et Isabelle De Stefani indiquent que l'indivision doit être limitée à certains biens seulement.

Ils écrivent : « *On conçoit difficilement que dans un régime à base séparatiste, les époux puissent convenir, même dans leurs rapports patrimoniaux internes, que tous les biens acquis pendant le mariage, ou la plupart d'entre eux, entreront dans une masse indivise conventionnelle* » (64).

(61) Sur ce type de régime, voy. E. BEGUIN, « La séparation de biens avec partage annuel des économies », in *Les contrats de mariage. Bilan, perspectives et formules pratiques*, coll. Patrimoine, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 1996, pp. 71 et s. Le modèle prévoit ainsi ceci : « *Les futurs époux conviennent expressément que (en l'absence de séparation de fait) l'excédent de leurs revenus professionnels (et de la fortune) nets sur les charges du mariage reviendra au fur et à mesure par moitié à chacun d'eux ; l'époux dont les économies ont été les moins élevées disposant d'une créance contre son conjoint* ».

(62) M. GRÉGOIRE, « Le partage des économies en régime de séparation de biens », in *Les contrats de mariage. Bilan, perspectives et formules pratiques*, coll. Patrimoine, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 1996, p. 68.

(63) Voy. M. Grégoire (« Le partage des économies en régime de séparation de biens », in *Les contrats de mariage. Bilan, perspectives et formules pratiques*, coll. Patrimoine, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 1996, p. 68) qui indique que ce régime « *pose de nombreuses interrogations* ».

(64) P. DE PAGE et I. DE STEFANI, *Traité de droit civil belge*, t. IX, *Les régimes matrimoniaux*, vol. 1, *Théorie générale du contrat de mariage et régime légal*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 58, n° 20.

Il n'est évidemment pas interdit de créer des indivisions volontaires en régime de séparation de biens. Très souvent d'ailleurs, les époux achètent leur résidence conjugale ensemble et il existe également une présomption légale d'indivision qui joue lorsqu'un époux ne parvient à démontrer le caractère propre de tel ou tel bien (meuble). (cf. art. 2.3.62, al. 2, C. civ.).

Ici, la difficulté provient du fait qu'on est en présence d'une règle non pas de preuve mais de qualification, qui implique qu'*automatiquement*, le solde des revenus professionnels, après paiement des impôts et des charges, fait l'objet d'une indivision.

Or, cette mise en commun des revenus professionnels est précisément ce qui caractérise un régime de communauté.

Comme le soulignent René Dekkers, Hélène Casman, Alain Laurent Verbeke et Elisabeth Alofs (65), la mise en commun automatique et de plein droit des revenus professionnels est la ligne à ne pas franchir (« *het demarcatie criterium* ») si les époux souhaitent se marier sous un régime de séparation de biens.

Le fait que seul le solde des revenus professionnels soit partagé, et non l'ensemble des revenus professionnels proprement dits, n'énervé pas l'analyse.

En réalité, ces époux se trouvent exactement dans la même position que les époux mariés en communauté car en régime de communauté, c'est également ce qui fait finalement l'objet du partage. Ce n'est qu'après paiement des charges du mariage (cf. art. 217 anc. C. civ.) et du passif que le solde des revenus professionnels est partagé entre eux.

Au reste, cette clause intègre en réalité une présomption de « *communauté* ». L'indivision est appelée à absorber le solde des revenus professionnels au moyen desquels les biens seront acquis, et c'est donc l'indivision qui a finalement vocation à être le réceptacle naturel des biens des époux.

Ce régime comprend donc des caractéristiques essentielles du régime de communauté.

Au surplus, il ne respecte pas celles d'un régime de séparation de biens.

Ce qui constituera en principe l'essentiel de l'actif net des patrimoines personnels des époux (en l'occurrence le solde des revenus professionnels) est automatiquement indivis, et dès lors soumis au principe de la gestion conjointe.

La possibilité pour un époux d'acquérir librement des biens personnels est clairement entravée. Cet époux doit attendre le partage du solde

(65) R. DEKKERS, H. CASMAN, A. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2019, p. 260, n° 322.

des revenus professionnels (pour autant qu'il soit effectivement réalisé) pour récupérer de l'argent personnel lui permettant d'acquérir des biens propres. Il en va de même s'il souhaite se ménager une épargne personnelle.

Si, de surcroît, l'autre époux n'a engrangé aucun revenu professionnel, cela signifie qu'il n'aura plus à disposition que la moitié du solde de ses revenus professionnels (et non, comme en règle, l'entière).⁽⁶⁶⁾

Il résulte de ce qui précède que, de notre point de vue, la clause analysée rend le régime matrimonial incohérent.

Quelle serait alors la sanction ?

Si la clause litigieuse était réputée non écrite, le contrat de séparation de biens pure et simple subsisterait pour le surplus. Aucun partage du solde des revenus professionnels n'aurait lieu et si un partage a déjà eu lieu, il devrait être rétroactivement anéanti (ce qui ne sera pas simple...). Cela contreviendrait très probablement à la volonté des époux de créer entre eux une certaine solidarité.

Il nous semble que le contrat pourrait être plus adéquatement requalifié en contrat de communauté conventionnelle. Les éléments essentiels du régime de communauté sont en effet présents. À la différence du régime légal de communauté, les revenus de biens propres demeureraient propres (et non communs). En l'absence de revenus de biens propres, force est de constater que *de facto*, le résultat serait le même que si le contrat était annulé et laissait rétroactivement⁽⁶⁶⁾ la place au régime « *statutaire* » de la communauté légale.

La requalification en un régime de communauté implique le respect de toutes les dispositions impératives de ce régime, tant celles concernant la gestion que le droit de recours des créanciers.

b) Appréciation de la validité de clauses voisines

1° La clause de mise en indivision des économies

Toujours dans les années 1990, Jean-Luc Snyers a proposé une clause de mise en indivision des économies⁽⁶⁷⁾.

(66) À tout le moins entre parties (Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 371, n° 295).

(67) J.-L. SNYERS, « Contrat de mariage de séparation de biens avec mise en indivision des économies », in *Les contrats de mariage. Bilan, perspectives et formules pratiques*, coll. Patrimoine, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 1996, pp. 395 et s. L'auteur défend la validité de sa clause et propose un modèle de liquidation.

Elle est libellée comme suit :

Article 3 – Mise en indivision des économies

Les futurs époux conviennent expressément qu'ils transfèrent chacun la moitié indivise de leurs économies réalisées jour après jour à leur conjoint. Par économies, il faut entendre : tous les revenus des époux, qu'ils proviennent du travail ou de leur patrimoine, après paiement de leurs dettes personnelles, de leur contribution aux charges du ménage et autres dépenses qui ont profité aux deux conjoints.

La différence entre la clause analysée et la clause de mise en indivision des économies réside dans le fait que la première porte sur le partage du solde des revenus tandis que la seconde porte sur le partage des économies⁽⁶⁸⁾.

Certains auteurs, suivis par une jurisprudence parcimonieuse, valident, parfois du bout des lèvres, ce genre de clause.

Formellement, les revenus des époux demeurent propres au moment de leur perception et c'est cette caractéristique qui est jugée déterminante pour valider la clause. Jean-Luc Snyers⁽⁶⁹⁾ explique ainsi qu'« *un régime où seules les économies sont mises en indivision et où les revenus restent propres aussi longtemps qu'ils n'ont pas le caractère d'économies, ne constitue donc pas une communauté* »⁽⁷⁰⁾.

La distinction entre revenus professionnels et économies nous paraît toutefois artificielle. Les économies représentent en effet ce qui subsiste des revenus professionnels après paiement des dettes et des charges. Elles correspondent, en d'autres termes, aux revenus nets.

Qu'en est-il de la faculté pour un époux d'acquérir des biens personnels ? Une présomption de « *communauté* » est-elle présente ?

(68) On relèvera également que dans la clause de mise en indivision des économies, tous les revenus sont visés (et pas uniquement les revenus professionnels) et que les autres dépenses qui ont profité aux deux conjoints sont également déduites.

(69) J.-L. SNYERS, « Contrat de mariage de séparation de biens avec mise en indivision des économies », in *Les contrats de mariage. Bilan, perspectives et formules pratiques*, coll. Patrimoine, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 1996, p. 404.

(70) Dans le même sens, C. PARIS, « L'autonomie de la volonté », in L. RAUCENT et Y.-H. LELEU (dir.), *Les régimes matrimoniaux. 2. Contrats de mariage et modification du régime matrimonial*, Rép. not., t. V, liv. II, Bruxelles, Larcier, 1999, pp. 485 et 486, n° 478. Voy., en jurisprudence, Anvers, 5 novembre 2019, T.E.P., 2020, p. 130 qui admet la validité de la clause sans grande conviction. La cour reconnaît que l'indivision, en terme d'ampleur, est comparable à une communauté mais se retranche derrière le fait que les revenus professionnels demeurent personnels. Voy. aussi Gand, 3 septembre 2015, T. Not., 2015, p. 671, Rev. trim. dr. fam., 2016, p. 780 (somm.).

Contrairement à la clause analysée, la clause Snyers précise ceci :

Les biens qu'un époux acquiert seul lui appartiennent en propre :

- *lorsque l'acquisition se fait à la suite d'une opération de partage tel qu'il indiqué à l'article 8 (71) ;*
- *lorsque l'acquisition se fait en remploi de biens propres ;*
- *lorsque le prix d'achat a été financé pour plus de la moitié par un crédit ou emprunt engagé par l'époux-acquéreur, éventuellement sous réserve de récompense pour l'autre époux comme indiqué à l'article 8.*

Selon Benoît Cartuyvels (72), chaque époux peut dépenser ses revenus pour ses biens personnels sans récompense ou se constituer un patrimoine personnel par le biais d'achats à crédit pour autant que le crédit soit remboursé par ses revenus (qui restent personnels). Pareil régime n'induirait donc pas de présomption de communauté, et il éviterait de la sorte l'incohérence (73).

L'hésitation est toutefois de mise car en régime de communauté, un époux est aussi en mesure de se constituer un patrimoine propre. Il en va ainsi en cas d'emploi ou de remploi de biens propres, et la clause Snyers fait d'ailleurs référence à ce mode de constitution de bien propre (74), typiquement communautaire, ce qui ne fait pas gagner en cohérence le régime qu'il propose.

Il est indéniable qu'ici, la possibilité de se constituer un patrimoine personnel est plus large qu'en régime de communauté. Les époux peuvent partager anticipativement les économies indivises (alors que dans un régime de communauté, le régime doit préalablement être dissous et liquidé) et ils peuvent souscrire seuls des emprunts en vue de l'acquisition de biens propres (alors que la conclusion d'un emprunt est acte de gestion conjointe en régime de communauté, à moins que l'époux n'agisse dans le cadre de l'exercice de sa profession).

(71) Cet article est libellé comme suit :

« Article 8 – Convention de partage

Chaque époux pourra en tout ou en partie mettre fin à l'indivision et sortir d'indivision par acte de partage avec ou sans soulte. Si une soulte est payée, il y a lieu d'obtenir au préalable l'autorisation du Tribunal de première instance conformément à l'article 1469 du Code civil.

Chaque époux peut – sauf opposition de l'autre époux – à tout moment prélever une somme sur les fonds indivis pour acheter des biens immobiliers, réaliser un placement mobilier ou acquérir des biens professionnels (exclusivement outils et instruments de travail). Un tel prélèvement se fait suite à un accord de partage de telle sorte que les biens acquis seront des biens propres de l'époux acquéreur, l'autre époux aura en contre-partie le droit de faire un même prélèvement sur l'indivision au moment qu'il jugera bon. Si ce prélèvement ne s'est pas fait durant la durée du mariage, il devra se faire au jour du partage après la dissolution du régime. En cas d'insuffisance des biens indivis, l'autre époux lui devra une indemnité égale à la moitié des sommes prélevées. (...) ».

(72) B. CARTUYVELS, « Les régimes de communauté conventionnelle », *Rép. not.*, t. V, liv. II, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 1010, n° 1223.

(73) Voy. aussi W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, 2^e éd., Anvers, Intersentia, 2010, pp. 394 à 396, n°s 725 à 727, qui commentent la clause mais sans se poser la question de sa validité.

(74) Et à la technique des récompenses...

Ce n'est toutefois pas vraiment là la question.

Ce qu'il y a lieu de déterminer, c'est si la présomption de « communauté » est appelée ou non à jouer.

Si un bien est acquis durant le mariage, sera-t-il propre ou indivis ?

À notre sens, il sera indivis. Les biens sont en principe acquis au moyen des économies, lesquelles sont précisément indivises.

Il appartiendra à l'époux, qui prétend que le bien lui est propre, de démontrer que l'acquisition a été réalisée grâce à des fonds acquis à la suite du partage des économies, en remploi de fonds propres, ou encore par un crédit souscrit à son nom.

En théorie (75), la présomption de « communauté » a un spectre moins large qu'en régime de communauté mais il n'en demeure pas moins qu'elle est appelée à jouer le même rôle de pompe aspirante.

Il résulte donc de ce qui précède que de notre point de vue, la clause de mise en indivision automatique des économies heurte, même si c'est de manière subtile, l'exigence de cohérence du régime matrimonial et devrait être sanctionnée de la même manière que la clause analysée (76).

2° L'adjonction, à un régime de séparation de biens d'une société accessoire qui comprend toutes les économies

Dans le cadre de l'établissement d'un régime de séparation de biens avec société accessoire, il arrive que les époux stipulent que les revenus professionnels et que les revenus de leurs biens propres demeureront propres mais que les économies réalisées sur leurs revenus, après paiement de leur contribution aux charges du mariage et des dépenses nécessaires à l'entretien de leurs biens propres et à l'exercice de leur profession, appartiendront à la société d'acquêts, censée être accessoire à leur régime de séparation de biens.

Pareil régime n'est pas cohérent, pour les mêmes raisons que celles énoncées précédemment.

Yves-Henri Leleu (77) abonde en ce sens et explique que l'adjonction d'une société accessoire au régime de séparation de biens n'est cohérente

(75) En pratique, il ne sera pas si simple de démontrer que les fonds utilisés pour l'acquisition du bien proviennent du partage des économies indivises, et l'utilisation d'un crédit pour l'acquisition de biens propres restera *a priori* marginale.

(76) En ce sens, C. DE WULF (avec la collaboration de J. Bael et S. Devos), *La rédaction d'actes notariés. Droit des personnes et droit patrimonial de la famille*, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 1021, n° 1598. Selon lui, cet automatisme de la mise en indivision des économies « rapproche fortement la séparation de biens avec mise en indivision des économies du régime légal » et il peut « difficilement admettre un tel système susceptible de porter en tout cas atteinte aux dispositions impératives du régime légal et aux droits des tiers ».

(77) Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 374, n° 297.

que « *si cette masse n'est pas alimentée de plein droit par les revenus professionnels ou par toutes les économies sur ceux-ci ou encore par tous biens acquis grâce à eux* ».

Ce type de régime contient en réalité aussi une présomption de « *communauté* ». Les époux ne sont en effet pas en mesure de se constituer un patrimoine personnel car comme l'explique Benoît Cartuyvels (78), ce qui sera acquis au moyen des revenus devra être considéré comme « *économie* » et sera dès lors « *commun* ». Les époux ne seront pas davantage en mesure de se ménager une épargne personnelle.

Philippe De Page et Isabelle De Stefani (79) estiment, quant à eux, que l'inclusion automatique des économies sur les revenus professionnels ne pose aucun problème car les revenus professionnels demeurent affectés en priorité aux charges du mariage, aux dettes professionnelles et aux dettes de conservation du patrimoine personnel. Ils ne répondent toutefois pas à l'argument, nous semble-t-il pertinent, de Benoît Cartuyvels quant à l'impossibilité d'acquérir des biens propres au moyen des revenus professionnels, ou de se constituer une épargne personnelle.

Est-il possible de pallier cette difficulté en prévoyant que le versement des économies dans la société accessoire aura lieu, non pas automatiquement, mais de manière volontaire ?

Il nous paraît qu'une réponse affirmative s'impose. Philippe De Page et Isabelle De Stefani (80) proposent d'ailleurs une clause en ce sens, rédigée de manière très rigoureuse.

Après avoir énoncé les biens qui composeront activement la société d'acquêts, ils suggèrent d'ajouter ce qui suit :

« *Tous autres biens qui sont exclus de la société limitée, et notamment les revenus des biens personnels et les revenus du travail, gains, salaires et assimilés.*

Toutefois, les époux peuvent volontairement affecter, en tout ou en partie, le solde net de ces revenus à la société limitée. Il y a lieu d'entendre par « solde net des revenus » le reliquat de ceux-ci, après paiement des charges et dettes de la profession et/ou des patrimoines personnels des époux. Cette affectation se réalise lorsque ce solde net

(78) B. CARTUYVELS, « Les régimes de communauté conventionnelle », *Rép. not.*, t. V, liv. II, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 1009, n° 1223. Pour une raison qui nous échappe, l'auteur arrive à la conclusion inverse de celle qu'il a développée à propos de la clause Snyers. Il nous paraît toutefois que la problématique se pose dans les mêmes termes (si ce n'est que les économies, logées dans la société d'acquêts, ne peuvent pas être partagées avant la dissolution du régime).

(79) P. DE PAGE et I. DE STEFANI, *Traité de droit civil belge*, t. IX, *Les régimes matrimoniaux*, vol. 1, *Théorie générale du contrat de mariage et régime légal*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 809 et 810, n° 543.

(80) *Ibid.*, pp. 803 à 807, n° 541.

est versé, en tout ou en partie, dans un compte courant ou à terme ouvert au nom des deux époux à la condition essentielle que les documents d'ouverture du compte précisent que ce compte est destiné à la société limitée ».

En l'espèce, une partie seulement du solde net des revenus peut être affectée à la société accessoire et elle doit l'être de manière volontaire, sans aucune automaticité.

Les époux sont de la sorte en mesure d'acquérir, sans aucune entrave, des biens propres au moyen de leurs revenus.

Aucune présomption de « *communauté* » n'est instaurée.

3. Appréciation de la clause au regard de sa praticabilité

La clause analysée, pour peu qu'elle soit valable, *quod non* selon nous, nous paraît impraticable.

À moins de faire montre d'une sensibilité comptable exacerbée (ce qui peut arriver), il paraît très probable que la grande majorité des époux ne procéderont pas, chaque mois, au partage du solde de leurs revenus professionnels.

Chacun des époux conservera ce solde sur son compte.

Si les revenus professionnels sont versés sur un compte ouvert au nom des deux époux, c'est en réalité l'entière des revenus professionnels qui fera l'objet d'un partage. Le contrat de mariage aura en effet prévu que les fonds se trouvant sur un compte immatriculé aux deux noms sont présumés indivis (confirmant de la sorte de la présomption d'indivision contenue à l'article 2.3.62, alinéa 2, du Code civil). En théorie, cette présomption est réfragable mais en pratique, la tâche semble périlleuse si c'est au départ de ce compte que la majorité des dépenses ont été réalisées.

Si les époux entendent respecter leur convention matrimoniale et souhaitent effectuer le partage du solde de leurs revenus, ils seront amenés à résoudre les difficultés suivantes :

- Qu'entend-on par « *revenus professionnels* » ? S'agit-il également des revenus de remplacement (allocations de chômage, indemnités de licenciement, pensions, ...) ?
- Comment partager mensuellement les revenus nets alors qu'il y a lieu de déduire l'impôt qui n'est, lui, calculé qu'annuellement ?
- Si un époux acquiert des biens pendant le mariage, comment pourra-t-il concrètement démontrer que ces biens lui sont personnels car financés grâce à la part recueillie lors du partage du solde des revenus

professionnels respectifs ? Comment démontrer que son épargne, personnelle, est bien issue de ce partage ? Il aura intérêt à tenir une comptabilité précise...

- D'après ce qu'il est possible de comprendre, si l'époux, appelé à partager ses revenus, est tenu au paiement d'autres dettes que des « *charges courantes du ménage* » et des impôts, son créancier pourra se faire payer, en amont, sur ses revenus avant leur mise en indivision (la clause lui est inopposable) ou saisir la moitié indivise du solde des revenus professionnels (le créancier peut se prévaloir de la clause si elle est dans son intérêt). Parallèlement, son conjoint pourra lui réclamer la moitié de ce qui aura été payé au créancier (en espérant qu'il soit solvable).

Le solde des revenus présente ainsi une nature variable. Entre époux, ce solde est indivis tandis qu'il demeure propre à l'égard des tiers.

- Qu'en est-il si le partage n'est effectué que lors de la dissolution du régime, par exemple après divorce ?

En théorie, l'action en partage est imprescriptible. Elle peut être intentée tant que dure l'indivision (81).

En pratique, il est clair que l'essentiel des revenus professionnels n'existera plus en tant que tel. Le droit du conjoint à la moitié du solde des revenus professionnels pourrait se reporter, par le support de la subrogation réelle, désormais prévu à l'article 3.10 du Code civil, sur les biens acquis « *en remplacement* », c'est-à-dire sur tous les investissements, actions, fonds, de l'époux.

La difficulté sera bien sûr d'identifier le solde de ces revenus professionnels et les biens y subrogés (82), et de ne pas les confondre avec les biens provenant d'une donation ou d'un héritage (lesquels ne sont pas concernés par la clause). Il s'agit d'une question de fait, de traçabilité, qui impliquera, le cas échéant, de réclamer, en justice, la production de documents, et notamment la production des extraits de comptes.

Dans tous les cas, le conjoint aura intérêt à requérir l'établissement d'un inventaire qui implique de reprendre, à l'actif, tous les biens, propres et indivis (mais uniquement ceux existant au jour de la dissolution du régime matrimonial). Si l'époux, tenu au partage, omet de déclarer certains avoirs, il se rendra coupable de recel matrimonial (applicable quel que soit le régime matrimonial depuis la réforme du

(81) S'il s'était agi d'une créance, il n'y aurait pas (encore) eu prescription dès lors que le cours de la prescription est suspendu pendant le mariage (cf. art. 2253 anc. C. civ.).

(82) Voy. Gand, 13 décembre 2018, *T.E.P.*, 2019, p. 65. En l'espèce, l'ex-épouse n'a pas été en mesure de démontrer l'excédent de revenus de son ex-mari et aucun partage des économies n'a dès lors été effectué.

22 juillet 2018) avec pour sanction qu'il perdra tous droits dans les biens recelés (cf. art. 2.3.15 C. civ.).

§ 3. L'exigence de cohérence du régime matrimonial et les avantages matrimoniaux

L'incohérence d'un régime matrimonial est également susceptible de trouver son origine dans des dispositions radicalement différentes qui sont prises dans la convention matrimoniale selon que le mariage se dissout par divorce ou par décès.

Cette incohérence est principalement liée à l'application « *par analogie* » des articles 2.3.57 à 2.3.60 du Code civil aux conventions matrimoniales de séparation de biens, telle qu'elle est prévue à l'article 2.3.64, § 1, alinéa 4, du Code civil.

Quoi qu'il ait pu être dit ou écrit, tout demeure nébuleux et la recodification n'a assurément rien changé à la situation. Nous aurons l'occasion de nous en expliquer plus longuement dans une autre étude dans laquelle nous mettrons notamment évidence les autres incohérences, cette fois-ci de la réglementation (civile et fiscale) des avantages matrimoniaux dont la théorie continue de nous paraître fondamentalement illégitime (83).

Une question disputée, relative directement à notre contribution, concerne les biens susceptibles de faire l'objet d'un avantage matrimonial en régime de séparation de biens.

Jean-François Taymans et moi (84) nous sommes efforcés de nous en tenir à ce qu'il est possible de comprendre du texte légal (obscur) et nous demeurons convaincus que seuls les biens communautarisés peuvent faire l'objet d'un avantage matrimonial.

D'autres auteurs (85) considèrent qu'absolument tous les biens sont susceptibles d'être transmis via un avantage matrimonial : les acquêts, qu'ils soient indivis ou propres, mais également les biens propres qui ne sont pas des acquêts (les biens anténuptiaux de même que les biens reçus par donation ou succession). Selon eux (86), « *l'objet de l'avantage n'est*

(83) Voy., F. TAINMONT, « Les avantages matrimoniaux. Éléments d'attention à l'égard des praticiens », *R.P.P.*, 2023, à paraître ; antérieurement, F. TAINMONT, « La théorie des avantages matrimoniaux à la veille de la réforme du droit successoral : extension ou abrogation ? », *Rev. not. b.*, 2016, pp. 434 et s.

(84) J.-F. TAYMANS et F. TAINMONT, « Avantages matrimoniaux et séparation des biens : une autre interprétation de l'article 1469, § 1^{er}, 4^e alinéa du Code civil », *Rev. not. b.*, 2020, pp. 849 et s.

(85) H. CASMAN et A. VERBEKE, « Les avantages matrimoniaux dans un régime de séparation de biens », *Rev. not. b.*, 2020, pp. 662 et 663, n° 146.

(86) H. CASMAN et A. VERBEKE, « Les avantages matrimoniaux dans un régime de séparation de biens », *Rev. not. b.*, 2020, p. 663, n° 146.

pas déterminant pour constater qu'il y a avantage matrimonial, il est seulement déterminant pour constater si cet avantage est un avantage matrimonial parfait ou imparfait, au sens des articles 1464 et 1465 du Code civil(87) », autrement dit pour apprécier si ces avantages ont ou non un effet de libéralité.

Ainsi, à les suivre, il serait parfaitement envisageable qu'un époux, en cas de divorce, conserve ses biens propres (acquêts ou non acquêts) et qu'en cas de décès, les biens en question soient attribués à son conjoint, comme s'ils étaient communs, grâce à l'avantage matrimonial inséré dans le contrat de mariage.

Ces auteurs n'y voient aucune difficulté dès lors qu'« *une clause matrimoniale peut avoir un effet différent selon que le mariage est dissous par le divorce ou par le décès – tout comme une attribution de toute la communauté peut n'être stipulée qu'au profit du survivant et donc n'avoir d'effet qu'en cas de dissolution par décès* » (88).

La comparaison avec le régime de communauté ne nous semble pas pertinente.

Le régime de communauté est fondé sur la solidarité des époux, laquelle est appelée à se déployer quelle que soit la dissolution du régime. Les époux sont simplement autorisés à *renforcer* cette solidarité en cas de décès.

La situation est ici toute différente. Le conjoint passe du « *tout* » en cas de décès au « *rien* » en cas de divorce.

L'attribution – en principe onéreuse – des acquêts, en cas de décès, est justifiée en raison de leur nature spécifique : les acquêts sont des biens constitués en cours de mariage par les efforts communs, directs et indirects, des époux. Ils relèvent du « *patrimoine conjugal* » et non pas du « *patrimoine familial* » (89). Ils ont « *une vocation naturelle à être alloués aux membres du couple par préférence aux enfants et encore plus à la famille plus large. Le survivant peut donc en bénéficier en totalité sans devoir rendre compte à personne, pas même aux enfants* » (90).

Si le partage des acquêts semble aller tellement de soi, il devrait avoir lieu automatiquement, quelle que soit la cause de dissolution du

(87) Il s'agit actuellement des articles 2.3.57 et 2.3.58 du Code civil.

(88) H. CASMAN et A. VERBEKE, « Les avantages matrimoniaux dans un régime de séparation de biens », *Rev. not. b.*, 2020, p. 665, n° 151.

(89) A. VERBEKE, « Les avantages matrimoniaux : aspects civils », in Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-Fr. TAYMANS et M. BOURGEOIS (eds), *Le couple. Décès*, coll. Manuel de planification patrimoniale, Livre 4, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 147.

(90) Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux. Notions, clauses dissymétriques, impact fiscal », in A.-Ch. VAN GYSEL (éd.), *Conjugalité et décès*, Centre de droit privé, unité de droit familial, Limal, Anthemis, 2011, pp. 39 et 40, n° 10.

mariage, donc y compris en cas de divorce. Or, tel n'est pas le cas dans le régime envisagé. La notion d'acquêts, appelée à faire son entrée en scène pour les opérations de liquidation et de partage du régime matrimonial, ne sortirait pas des coulisses. Les biens qu'un époux séparé de biens aurait acquis pendant le mariage au moyen de ses revenus et de ses économies garderaient leur qualification de « *propres* » et ne seraient pas partagés en cas de divorce. Ces mêmes biens deviendraient, en revanche, des acquêts en cas de dissolution du mariage par décès et pourraient être attribués entièrement au conjoint survivant sans possibilité pour les enfants communs de faire valoir leurs droits réservataires.

L'attribution, au conjoint survivant, des biens propres qui ne sont pas des acquêts, via un avantage matrimonial, laisse, quant à elle, pantois.

Alors que l'application des avantages matrimoniaux dans un régime de séparation de biens est censée se réaliser par analogie avec le régime de communauté, il serait autorisé, en régime de séparation de biens, de transmettre ce type de biens via un avantage matrimonial, alors que cette technique de transmission n'est pas possible pour les époux communs en biens. Comprenne qui pourra. Pareille stipulation n'est, selon nous, rien d'autre qu'une institution contractuelle, de nature libérale.

Il résulte de ce qui précède qu'une convention matrimoniale qui attribuerait, via un avantage matrimonial, des biens propres au conjoint survivant en cas de dissolution du régime matrimonial par décès, tout en permettant au conjoint de garder ses biens propres en cas de divorce, ne répond pas à l'exigence de cohérence du régime matrimonial. De notre point de vue, l'essence même d'un régime matrimonial ne peut varier selon la manière dont il est dissous. Il ne peut pas être purement séparatiste en cas de dissolution du mariage par divorce et ultra communautarisé en cas de dissolution par décès (91).

L'incohérence fondamentale de ce régime amène à la nullité de la convention matrimoniale et, dès lors, à l'application du régime légal.

(91) Voy. aussi, dans le même sens, J.-F. TAYMANS, « Quel avenir pour notre droit patrimonial du couple ? », in N. DANDOY, J. SOSSON, F. TAINMONT et G. WILLEMS (coord.), *Individu, famille, État : réflexions sur le sens du droit de la personne, de la famille et de son patrimoine*, vol. 1, coll. Cahiers du CeFAP, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 397, n° 35.

Conclusion

La réception des conventions matrimoniales demeure actuellement l'apanage des notaires. L'article 2.3.6 du Code civil prévoit d'ailleurs expressément que l'exigence d'un acte notarié est prescrite à peine de nullité.

L'article 1^{er}, alinéa 3, de la loi du 25 Ventôse an XI contenant organisation du notariat, impose au notaire d'informer toujours entièrement chaque partie des droits, des obligations et des charges découlant des actes juridiques dans lesquels il intervient et de conseiller les parties en toute impartialité.

Le respect de ce devoir est essentiel en matière de rédaction et de modification du régime matrimonial des époux.

Lorsque le notaire traduit, en termes juridiques, la volonté des époux quant à leur organisation patrimoniale, il doit veiller à ce que la convention présente toutes les garanties de cohérence :

- quant aux clauses proposées au regard du type de convention matrimoniale (communautaire ou séparatiste) ;
- quant à la liquidation et au partage du régime matrimonial quel que soit le mode de dissolution du régime matrimonial.

L'importance de sa tâche – et corrélativement de sa responsabilité – est à la mesure de la confiance que continue de lui attribuer le législateur en matière de régimes matrimoniaux.