

Note dissidente

L'article 1390 du Code civil et la cohérence de la jurisprudence de la Cour de cassation

§ 1. Introduction

1. Ce n'est pas la première fois que nous ferions apparaître dans une des livraisons de notre *Revue* la diversité des points de vue qui peuvent s'exprimer au sein de notre comité de rédaction, et il y a là assurément le gage non seulement de l'ouverture d'esprit qui préside à notre politique rédactionnelle mais aussi et surtout de notre fonctionnement démocratique dans une période agitée où d'aucuns, dans les débats politiques ou sur les réseaux sociaux, ont perdu tout sens quelconque de la noble notion du « dialogue ».

Le lecteur trouvera dès lors dans cette note une opinion dissidente de celle exprimée par le professeur Yves-Henri Leleu.

2. Sans doute sommes-nous certainement d'accord pour considérer que la décision prise tant par le tribunal de la famille de Namur que par la cour d'appel de Liège d'attribuer à l'ex-épouse l'immeuble indivis des ex-époux où elle avait continué à résider après leur séparation et dont elle assumait « *toutes les charges* » est fondamentalement juste, d'autant que, comme le tribunal de la famille de Namur l'a précisé, l'ex-mari n'avait avancé « *aucun motif légitime pour s'opposer au principe même de l'attribution préférentielle* ».

La solution qui fut retenue a donc effectivement été « *inspirée par l'équité* », et elle fut au surplus « *soucieuse d'assurer la protection des intérêts familiaux prépondérants* » et « *notamment celui de l'enfant commun par le maintien dans le patrimoine de l'un de ses parents de son lieu de vie originnaire* ».

On peut dès lors certainement comprendre que les magistrats saisis du litige aient fait prévaloir leur sens de la « justice » sur un argument qui leur apparut humainement inconsistant : l'espoir très relatif de l'ex-mari d'obtenir un prix plus élevé lors d'une vente publique de l'immeuble.

3. La difficulté était toutefois pour ces magistrats de contourner l'obstacle juridique procédant de ce que le législateur n'avait pas à l'époque institué un mécanisme d'attribution préférentielle au profit d'un des ex-époux, lors de la liquidation de leur régime matrimonial, d'un bien immeuble indivis de deux époux mariés sous le régime de la séparation de biens pure et simple.

Avant la réforme opérée par la loi du 22 juillet 2018, le mécanisme de l'attribution préférentielle n'avait pas été étendu aux biens **indivis** dans le régime de la séparation de biens pure et simple⁽¹⁾.

⁽¹⁾ La question se posait différemment pour les époux mariés sous un régime de séparation de biens auquel ils avaient adjoint un patrimoine commun, telle une société dite d'acquêts.

Dans ce type de régimes « mixtes », où les époux, bien que mariés en séparation de biens, créent toutefois entre eux un patrimoine commun – qui sans être une communauté

On sait d'ailleurs que notre Cour constitutionnelle n'y avait pas vu une discrimination, au motif que les époux qui optent pour un régime de séparation de biens pure et simple choisissent délibérément de ne pas constituer entre eux un patrimoine commun et souhaitent précisément que les biens indivis qu'ils pourraient acquérir pendant leur mariage soient soumis à des règles très différentes de celles qui régissent une communauté⁽²⁾.

On y reviendra ci-après (*infra*, n^{os} 14 et s.), tout en soulignant déjà qu'une des différences essentielles entre un patrimoine commun constitué par les époux dans leur contrat de mariage et une indivision de droit commun constituée de manière volontaire par des époux séparés de biens pendant leur mariage est que le premier est intrinsèquement lié à leur régime matrimonial et, dès lors, ne se dissoudra et ne pourra être partagé que lors de la dissolution de ce régime matrimonial, alors que la seconde peut se dissoudre et être partagée de commun accord entre les époux aussi aisément qu'ils l'avaient constituée.

C'est pareille liberté que les époux mariés en régime de séparation de biens pure et simple entendent précisément se préserver tout au long de leur mariage, sans se trouver soumis au poids contraignant de l'existence d'un patrimoine commun.

4. Il reste que c'est parce que le législateur a été bien conscient des conséquences « injustes » auxquelles peut mener, comme dans le cas d'espèce tranché par le tribunal de la famille de Namur et la cour d'appel de Liège, l'inapplicabilité des dispositions régissant une communauté aux biens indivis acquis par deux époux mariés sous le régime de la séparation de biens pure et simple qu'il a décidé, lors de la réforme du droit des régimes matrimoniaux opérée par la loi du 22 juillet 2018, d'étendre aux biens **indivis** de ces époux **deux types de dispositions**⁽³⁾ qui régissaient

est cependant radicalement différent d'une indivision – il y a alors lieu de déterminer quelles dispositions régiront ce patrimoine commun.

Sans doute, les époux peuvent-ils eux-mêmes élaborer des dispositions appropriées dans leur contrat de mariage, mais, lorsqu'ils ne l'ont pas fait, peut-on alors considérer que ce patrimoine commun, en raison de ce que sa « logique » spécifique se rapproche d'une communauté et se distingue précisément d'une indivision, sera soumis à certaines des dispositions applicables à toute « communauté », telles que le régime des récompenses, le mécanisme de l'attribution préférentielle des biens de ce patrimoine commun ou encore l'attribution de ce patrimoine commun au conjoint survivant des époux ?

Voy. not. à propos de cette problématique étrangère à celle envisagée dans cette note, P. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, p. 337, n^o 260 ; J. LARUELLE, « Le régime légal est-il le régime de droit commun de la séparation de biens avec société d'acquêts », note sous Gand, 2 avril 2015, *R.G.D.C.*, 2016, p. 88 ; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH et R. VAN WINCKELEN, *Familialevermogensrecht*, Anvers, Intersentia 2010, p. 386, n^o 712 ; P. PIRON, « La séparation de biens avec société d'acquêts », *Rep. not.*, T. V, Livre II, 4^e partie, pp. 970 et s., n^{os} 1164 et s. ; A. VERBEKE, *Le contrat de mariage de séparation de biens. Plaidoyer pour une solution équitable*, Waterloo, Kluwer, 1997, p. 51, n^o 69.

⁽²⁾ Cour const., 7 mars 2013, arrêt n^o 28/2013, *J.T.*, 2014, p. 170, note F. DEGUEL.

La Cour avait veillé à identifier, dans son arrêt, aux paragraphes B.4.1, 4.2 et 4.3, les trois principales catégories de différences existant entre un patrimoine commun et une indivision.

⁽³⁾ On n'évoquera pas ici – compte tenu de la controverse doctrinale qu'elle a suscitée – la nouvelle disposition insérée dans l'article 1469, § 1^{er}, du Code civil selon laquelle « *les articles 1429 bis, 1458, 1464 et 1465 s'appliquent par analogie* ».

jusque-là les biens communs dans un régime de communauté: celles relatives à l'attribution préférentielle et au recel.

Les nouveaux articles 1389/1, 1389/2 et 1389/3 du Code civil, déplacés dans les dispositions générales relatives aux régimes matrimoniaux, visent depuis lors tant les «*biens communs*» que les «*biens indivis*» des époux.

Ces nouvelles dispositions n'ont toutefois été rendues applicables que pour autant que le régime matrimonial de deux époux qui s'étaient mariés sous le régime de la séparation de biens n'avait pas encore été dissous lors de l'entrée en vigueur de la loi du 22 juillet 2018, c'est-à-dire au 1^{er} septembre 2018.

Elles n'étaient donc pas applicables en l'espèce, puisque la citation en divorce avait été introduite le 14 avril 2015.

5. Dans chacune des deux décisions annotées, les magistrats, soucieux de faire prévaloir l'équité, ont dès lors cherché une issue de secours dans l'article 1390 du Code civil, en y trouvant un argument textuel pour rendre malgré tout applicable la disposition ancienne de l'article 1447 du Code civil à l'immeuble indivis de deux ex-époux séparés de biens⁽⁴⁾.

Ils auraient pu, à vrai dire, comme l'ex-épouse l'avait d'ailleurs sollicité à titre subsidiaire, appliquer au comportement de l'ex-mari la théorie de l'abus de droit, car ce que celui-ci revendiquait générerait pour son ex-épouse et leur enfant commun un inconvénient manifestement disproportionné au regard de l'éventuel avantage qu'il recherchait.

Les magistrats ont toutefois préféré fonder leur décision en se référant aux termes utilisés dans l'article 1390 du Code civil et en considérant dès lors qu'«*à défaut de convention particulière*» dans le contrat de mariage des ex-époux par laquelle ils auraient exclu le mécanisme de l'attribution préférentielle d'un immeuble indivis ayant constitué le logement principal de la famille, ils pouvaient leur rendre applicable une disposition puisée dans le régime de «*droit commun*» de la communauté légale.

Même si c'était juridiquement discutable, qui pourrait leur faire grief d'avoir ainsi justifié une décision fondamentalement «*inspirée par l'équité*», d'autant qu'entretemps c'était ce que le législateur avait délibérément voulu?

6. D'où procède alors mon désaccord avec la thèse exposée dans la note qui précède par le professeur Leleu?

C'est que, dans la lignée de ce qu'il avait déjà soutenu antérieurement depuis une contribution publiée en 2012⁽⁵⁾, il considère que, d'une manière générale, l'article 1390 du Code civil, impliquerait «*que le régime légal peut s'appliquer mutatis mutandis aux situations et besoins juridiques qui ne sont pas réglés par une convention particulière du contrat de mariage même si celui-ci porte une séparation de biens*».

⁽⁴⁾ Le tribunal de la famille de Namur avait déjà opté pour cette solution dans un jugement prononcé le 14 novembre 2016 (*Rev. not. b.*, 2018, p. 790, note D. STERCKX).

⁽⁵⁾ Y.-H. LELEU, «L'article 1390 du Code civil: immanence et transcendance», in E. BEGUIN et J.-L. RENCHON (éds), *Liber Amicorum Jean-François Taymans*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 239 et s.

Or, comme il veille d'ailleurs à l'indiquer dans sa note, pareille interprétation de l'article 1390 du Code civil a été en 2018 censurée par la Cour de cassation, et – c'est là que nous divergeons – la solution exprimée par la Cour de cassation me paraît parfaitement cohérente avec l'économie générale d'un régime de séparation de biens pure et simple.

§ 2. L'arrêt de la Cour de cassation du 30 mars 2018

7. Dans son arrêt du 30 mars 2018⁽⁶⁾, la Cour de cassation s'est prononcée sur les griefs qui avaient été formulés à l'encontre de deux des points tranchés par un arrêt de la cour d'appel de Liège du 8 juin 2015 en réponse aux contredits formulés à l'état liquidatif d'un régime matrimonial de séparation de biens pure et simple.

On reviendra ci-après (*infra*, n° 18) sur le premier de ces points qui est aussi en lien avec la problématique examinée.

Mais c'est à propos du second de ces points que le demandeur en cassation avait estimé pouvoir fonder son pourvoi sur la signification qu'il entendait conférer à l'article 1390 du Code civil et que la Cour de cassation a précisément rejetée.

8. La cour d'appel de Liège avait en effet décidé qu'elle ne pouvait allouer à l'ex-mari des intérêts sur la créance qui lui avait été reconnue qu'à partir du jour de la communication de sa note de liquidation au notaire liquidateur – considérée comme un acte équivalent à une mise en demeure – mais non pas, comme l'ex-mari le lui avait demandé, à partir du jour de la dissolution du régime matrimonial, c'est-à-dire la date de la citation en divorce.

Le moyen que l'ex-mari entendait opposer à cette décision avait précisément été fondé, en sa seconde branche, sur l'article 1390 du Code civil.

Ce moyen avait en effet été formulé dans les termes suivants qu'il est pertinent de reproduire intégralement :

« Les articles 10 et 11 de la Constitution garantissent les principes d'égalité et de non-discrimination, lesquels sont méconnus lorsqu'une différence de traitement n'est pas raisonnablement justifiée au regard de l'objectif poursuivi par le texte dont elle résulte.

En vertu de l'article 1278, alinéa 2, du Code judiciaire, applicable à tous les époux quel que soit leur régime matrimonial, le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce remonte, à l'égard des époux, en ce qui concerne leurs biens, au jour de la demande, et en cas de pluralité de demandes, au jour de la première d'entre elles, qu'elle ait abouti ou non.

En régime de communauté légale, les récompenses portent intérêt de plein droit du jour de la dissolution du régime (article 1436, alinéa 2, du Code civil) et, de même, les créances que l'un des époux possède contre l'autre portent intérêt de plein droit du jour de la dissolution du régime (article 1450, alinéa 2, du même code).

En vertu de l'article 1390 du même code, à défaut de conventions particulières, les règles établies au chapitre II du présent titre – soit les règles relatives au régime légal – forment le droit commun.

L'arrêt attaqué ne constate pas qu'en l'espèce, le contrat de mariage des parties contiendrait une clause relative à la prise de cours des intérêts sur les créances existant entre

⁽⁶⁾ Cass., 30 mars 2018, *R.A.B.G.*, 2018, p. 140, note A. RENIERS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2019 (somm.), p. 262; *T. not.*, 2019, p. 119, note L. JANSSENS.

elles à la dissolution et, par ailleurs, aucune disposition figurant dans le chapitre IV du titre V du Code civil, contenant les règles relatives au régime de séparation de biens, ne vise la prise de cours des intérêts sur les créances existant entre les époux à la dissolution du régime.

Il s'en déduit que :

Premier rameau

L'arrêt attaqué, qui refuse d'appliquer, quant au point de départ des intérêts sur la créance dont il reconnaît le demandeur titulaire, **le droit commun** que constituent les articles 1436, alinéa 2, et 1450, alinéa 2, du Code civil, et 1278, alinéa 2, du Code judiciaire, et qui décide que lesdits intérêts courent non pas à dater de la citation en divorce et en référé mais "à partir de la sommation de payer", **n'est pas légalement justifié (violation des articles 1390, 1436, alinéa 2, et 1450, alinéa 2, du Code civil, et de l'article 1278, alinéa 2, du Code judiciaire)** (souligné par moi).

Second rameau

À supposer que, comme le retient l'arrêt attaqué, "en régime de séparation de biens, les créances que les ex-époux ont l'un vis-à-vis de l'autre obéissent aux règles de droit commun relatives aux intérêts, ils ne sont pas dus de plein droit et ne commencent à courir qu'à partir de la sommation de payer", il en résulte une différence de traitement injustifiée entre les ex-époux mariés sous le régime de la communauté légale et ceux mariés sous le régime de la séparation de biens (violation des articles 10 et 11 de la Constitution). »

9. La réponse de la Cour de cassation sur cette branche du moyen a été particulièrement claire :

« En vertu de l'article 1390 du Code civil, à défaut de conventions particulières, les règles établies au chapitre II du titre V de ce code forment le droit commun.

Aux termes de l'article 1436 de ce code, le droit aux récompenses s'établit par toutes voies de droit ; elles portent intérêt de plein droit du jour de la dissolution du régime.

L'article 1450 du même code dispose que les créances que l'un des époux possède contre l'autre ne s'exercent, pendant la durée du régime légal, que sur les biens propres du débiteur ; ces créances portent intérêt de plein droit du jour de la dissolution du régime.

Ces articles font partie de la section 5 du chapitre II précité et sont relatifs à la dissolution du régime légal.

Il s'ensuit que, lorsque les époux ont stipulé par contrat de mariage qu'ils seront séparés de biens, les dispositions des articles 1436, alinéa 2, et 1450, alinéa 2, du Code civil ne s'appliquent pas.

Le moyen, qui, en cette branche, repose sur le soutènement contraire, manque en droit.

Et il n'y a pas lieu de poser à la Cour constitutionnelle la question proposée par le demandeur, qui ne dénonce pas une distinction entre des époux qui, se trouvant dans la même situation, sont soumis à des règles différentes mais prétend opposer des époux qui, se trouvant dans des situations différentes, sont soumis à des règles différentes qui s'appliquent sans distinction à tous ceux qui se trouvent dans la même situation. »

On retiendra particulièrement que :

- d'une part, le moyen qui, en cette branche, avait reposé sur le soutènement contraire, « **manque en droit** » ;
- d'autre part, les époux mariés en régime de séparation de biens, se trouvant dans une situation différente des époux mariés en communauté, sont « **soumis à des règles différentes qui s'appliquent sans distinction à tous ceux qui se trouvent dans cette situation** ».

10. Contrairement à la Cour de cassation de France, notre Cour de cassation ne « vise » pas elle-même la disposition légale sur laquelle elle fonde son soutien, et elle ne s'est donc pas expressément prononcée au « visa » de l'article 1390 du Code civil.

Mais elle avait bien été saisie par le pourvoi d'une prétendue violation de **l'article 1390 du Code civil**, au motif que le juge du fond n'avait pas constaté que le contrat de mariage des ex-époux contenait une clause particulière relative à la prise de cours des intérêts sur les créances existant entre les époux et que, par ailleurs, aucune disposition légale applicable au régime de séparation de biens ne règle davantage la question, en manière telle que, selon le pourvoi, « *à défaut de conventions particulières* », les règles du régime légal et, dès lors, l'article 1436, alinéa 2 (relatif aux intérêts sur les récompenses) et 1450, alinéa 2 (relatif aux intérêts sur les créances) auraient dû, par interprétation de l'article 1390 du Code civil, être appliquées aux époux séparés de biens.

Or, la Cour de cassation a clairement répondu que pareil soutien manquait en droit – ce qui signifiait donc bien qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer les règles du régime de communauté aux époux qui avaient adopté le régime de la séparation de biens pure et simple, même lorsqu'il n'existait pas dans leur contrat de mariage ou dans les dispositions légales régissant ce régime une disposition expressément contraire aux règles applicables à un régime de communauté.

En d'autres termes, l'article 1390 du Code civil ne signifie pas que les règles du régime de communauté s'appliquent aux époux séparés de biens « *à défaut de conventions particulières* ».

§ 3. La cohérence de la solution exprimée par la Cour de cassation

A. L'article 1390 du Code civil lu en combinaison avec les articles 1451, alinéa 3, 1466 et 1467 du Code civil

11. Même si la formulation de l'article 1390 du Code civil peut assurément prêter à une certaine ambiguïté, en ce que les règles relatives au régime légal sont présentées comme formant le « droit commun » – c'est cette ambiguïté qui explique d'ailleurs la controverse – il résulte par contre déjà de l'articulation de cette disposition avec d'autres dispositions contenues dans le titre V relatif aux régimes matrimoniaux que la phrase, telle qu'elle a été formulée dans l'article 1390 du Code civil, ne signifie pas que les dispositions régissant le régime légal de communauté constitueraient aussi le « droit commun » d'un régime de séparation de biens pure et simple « *à défaut de conventions particulières* ».

Ce n'est pas ce que le législateur a voulu dire, compte tenu de ce qu'il a expressément écrit dans d'autres dispositions légales insérées dans le même titre du Code civil.

Le législateur a simplement entendu, dans l'article 1390 du Code civil, poser le principe – qu'il devait assurément veiller à formuler – que, lorsque les époux

n'ont pas conclu de contrat de mariage, le régime matrimonial sera de plein droit le régime «légal» explicité dans le chapitre II du titre V⁽⁷⁾.

Ce sont ces époux là – ceux qui n'auront pas conclu de «*conventions particulières*» – qui seront soumis à **l'ensemble** des dispositions de ce régime légal.

12. C'est ce que permet de confirmer en effet la disposition qui a été expressément insérée dans le chapitre III pour les époux qui concluent une «*convention modifiant le régime légal*», alors précisément qu'aucune disposition comparable n'a été formulée dans le chapitre IV pour les époux qui adoptent la séparation de biens.

Lorsque les époux concluent un contrat de mariage par lequel ils modifient le régime légal, l'article 1451, alinéa 3, du Code civil énonce de manière explicite qu'«*ils restent soumis aux règles du régime légal auquel le contrat de mariage ne déroge pas*».

Il n'aurait pas été nécessaire de l'écrire si l'article 1390 du Code civil avait eu la signification que le pourvoi rejeté par l'arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2018 avait entendu lui conférer, puisqu'il aurait alors déjà été énoncé que les dispositions régissant le régime légal s'appliqueraient à tous les époux qui n'y auraient pas dérogé par une convention particulière.

Par contre, alors que le législateur a ainsi veillé à préciser que les époux qui adoptent un régime de communauté conventionnelle «*restent soumis aux règles du régime légal auquel le contrat de mariage ne déroge pas*», il s'est bien gardé de le dire dans l'article 1466 du Code civil.

C'est, au demeurant, ce que la Cour de cassation avait expressément relevé dans un arrêt qu'elle avait prononcé un an auparavant, le 24 février 2017⁽⁸⁾: «*Contrairement à ce qui est le cas pour les régimes conventionnels de communauté, avait-elle précisé, la section I du chapitre IV relative à la séparation de biens conventionnelle ne contient pas de disposition suivant laquelle les époux restent soumis aux règles du régime légal auxquelles leur contrat de mariage ne déroge pas*».

B. L'économie radicalement différente des régimes en communauté et en séparation de biens pure et simple

13. Au-delà de cet argument de texte qui n'a pour intérêt que d'y repérer l'intention qui fut celle du législateur lorsqu'il écrivit l'article 1390 du Code civil, il est une objection beaucoup plus fondamentale à étendre à un régime de séparation de biens pure et simple les dispositions applicables à une communauté de biens.

⁽⁷⁾ Voy. W. DELVA, «De algemene principes met betrekking tot het secundair huwelijksvermogensrecht», in W. DELVA (éd.), *Hut nieuwe, huwelijksvermogensrecht 1978*, p. 172 et p. 492.

⁽⁸⁾ Cass., 24 février 2017, publié en sommaire in *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, p. 923. Dans cet arrêt, la Cour de cassation avait précisément considéré, pour le motif qui vient d'être indiqué, que les articles 1446 et 1447 anciens du Code civil organisant le mécanisme de l'attribution préférentielle n'étaient pas applicables dans un régime de séparation de biens pure et simple.

C'est que chacun de ces deux régimes répond à des logiques à ce point différentes qu'ils ne peuvent précisément qu'être, pour reprendre la formulation de la Cour de cassation, «*soumis à des règles différentes*».

Ce n'est pas parce qu'on peut regretter que tant d'époux optent aujourd'hui pour la logique séparatiste – et je partage à cet égard le même point de vue que le professeur Leleu – qu'il y aurait lieu de chercher à leur rendre applicable la logique communautaire.

Il aurait alors fallu que le législateur décide d'autorité d'interdire aux époux d'adopter le régime de séparation de biens pure et simple, ou, à tout le moins, que lorsqu'ils entendraient adopter ce régime, il s'y adjoindrait de plein droit la clause de participation aux acquêts désormais organisée dans les articles 1469 et suivants du Code civil ou, minimalement, la clause de correction judiciaire en équité organisée par l'article 1474 du Code civil.

Mais ce n'est pas le choix qui a été opéré lors de la réforme du 22 juillet 2018, tout comme d'ailleurs le législateur n'a pas non plus à cette occasion reformulé l'article 1390 du Code civil ou l'article 1466 du Code civil afin d'y prescrire que les époux séparés de biens seraient soumis aux dispositions du régime légal lorsqu'ils n'y auraient pas dérogé dans leur contrat de mariage.

Le régime de séparation de biens pure et simple a actuellement tellement les faveurs de nombreux époux – en tout cas ceux issus des couches plus aisées de la population – que le législateur n'a pas voulu porter atteinte à leur liberté d'opter pour la logique séparatiste «*pure et simple*», ainsi qu'on la qualifie adéquatement dans la pratique.

14. Or cette logique est précisément radicalement différente d'un régime de communauté, en ce qu'elle permet aux époux de n'être soumis à **aucune disposition contraignante** organisée par le législateur⁽⁹⁾ et, dès lors, préserve à tout instant au cours de leur mariage leur indépendance.

Ce qui caractérise un régime de séparation de biens pure et simple – et c'est son atout qu'immanquablement le notaire qui conseille les époux est amené à leur faire apparaître⁽¹⁰⁾ – c'est que, outre que leurs patrimoines respectifs resteront en principe séparés, ils pourront à tout moment décider et convenir «ce qu'ils veulent».

C'est évidemment dans l'air du temps⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ On réserve bien entendu les dispositions impératives du régime primaire qui déterminent les droits et obligations de tous les époux.

⁽¹⁰⁾ Ce n'est pas parce que, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 22 juillet 2018, le notaire instrumentant a été investi par le législateur de la responsabilité d'attirer l'attention des époux sur la possibilité d'adjoindre à un régime de séparation de biens pure et simple une ou plusieurs clauses corrigeant la logique séparatiste qu'il ne doit pas aussi, dans le cadre d'une information objective, faire apparaître aux époux ce qui – pour beaucoup d'entre eux en définitive – constitue, à tort peut-être, cet atout de la logique séparatiste.

⁽¹¹⁾ On ne doit pas rappeler que beaucoup voient dans cette logique un idéal pour les couples de la post-modernité : être «*libres ensemble*», pour reprendre le titre d'un ouvrage du sociologue François de Singly.

15. Ils pourront donc décider et convenir à tout moment ce qui de leurs acquêts tout comme d'ailleurs des biens qu'ils hériteraient continuera à appartenir personnellement à chacun d'eux et ce qui éventuellement leur appartiendrait indivisément à eux deux, sans qu'un patrimoine commun constitué de plein droit ne vienne entraver leur liberté.

Ils pourront d'ailleurs tout aussi librement convenir qu'ils détiendraient des quotités inégales – par exemple 75% / 25% – lors de l'acquisition d'un bien indivis, le plus souvent un bien immobilier, puisque le notaire instrumentant leur fera préciser dans l'acte d'acquisition selon quelles quotités respectives ils entendent acquérir cet immeuble en indivision.

Ils pourront décider et convenir à tout moment comment ils souhaiteraient organiser leurs relations patrimoniales, et, notamment, contracter une dette strictement personnelle à l'un d'entre eux ou, au contraire, une dette conjointe ou solidaire, ou souscrire ou non l'un à l'égard de l'autre une obligation contractuelle lorsque l'un d'entre eux financerait avec ses revenus, ses économies, une donation ou un héritage telle ou telle dépense pendant le mariage, comme, par exemple, le coût de l'acquisition d'un bien immobilier indivis ou le coût des travaux de rénovation d'un immeuble propre à l'un d'entre eux constituant le logement familial.

Ils peuvent en effet parfaitement, comme le notaire instrumentant peut d'ailleurs avoir veillé à les en aviser expressément, conclure, lorsqu'ils achètent leur logement, une convention ou une reconnaissance de dette en vertu de laquelle l'époux qui aurait bénéficié de cet investissement s'engagerait expressément à rembourser tel ou tel montant, éventuellement réévaluable ou, à tout le moins, indexé ou productif d'intérêts⁽¹²⁾.

Ils pourront encore aussi, à tout moment, effectuer le partage des biens qu'ils auraient acquis en indivision, puisque ces indivisions ont précisément été constituées sans être intrinsèquement liées à leur régime matrimonial.

Or c'est précisément afin de leur garantir cette autonomie de leurs volontés individuelles que les époux qui adoptent le régime de séparation de biens **pure et simple** ne se trouveront pas soumis à des dispositions légales organisant en leurs lieu et place leur régime matrimonial.

D'ailleurs, lorsque le notaire qui reçoit leur contrat de mariage les inviterait éventuellement à prévoir déjà eux-mêmes dans leur contrat de mariage l'une ou l'autre disposition conventionnelle qui régirait de plein droit leurs relations patrimoniales jusqu'à la dissolution de leur régime, ils s'y refusent généralement, puisqu'au contraire ils préfèrent préserver leur liberté qui était à la base de l'adoption du régime de la séparation de biens **pure et simple**.

⁽¹²⁾ Voy. à ce propos J.-F. TAYMANS, « Les conventions conclues entre époux ou cohabitants lors de l'acquisition d'un bien immobilier », in J.-L. RENCHON et F. TAINMONT (dir.), *L'autonomie de la volonté et les conventions entre époux ou cohabitants*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 199 et s.

Comme le professeur Alain Verbeke avait pu l'écrire dans le *Répertoire notarial*⁽¹³⁾, en ayant opté pour le régime de la séparation de biens pure et simple, «*les époux veulent essayer d'organiser leur vie sur le plan patrimonial et financier comme s'ils n'étaient pas mariés*».

16. C'est par conséquent en raison du choix expressément opéré par ces époux d'être le moins «mariés» possible et d'éviter d'être soumis aux contraintes d'un régime de communauté qu'il n'y a pas lieu de leur rendre applicables les règles spécifiques régissant les régimes de communauté.

Ainsi que le professeur Léon Raucent l'avait à juste titre expliqué⁽¹⁴⁾, les régimes séparatistes «*peuvent s'accommoder de certaines pratiques associatives, par exemple des acquisitions en commun ou des engagements conjoints*» mais «*ces pratiques n'autorisent toutefois pas l'interprète à combler les lacunes susceptibles d'apparaître dans l'organisation de ces régimes, en recourant aux règles spécifiques des régimes de communauté*». «*Au contraire, poursuit-il, il doit s'inspirer du principe même de ces régimes : l'indépendance des époux*».

Ce sont dès lors, à moins qu'ils n'aient prévu des dispositions particulières dans leur contrat de mariage, les règles du droit commun des biens et des obligations⁽¹⁵⁾ qui régiront les relations patrimoniales entre deux époux mariés sous le régime de la séparation de biens pure et simple.

17. Comment, par exemple, concevoir d'appliquer tout à coup aux époux séparés de biens le mécanisme des récompenses lors de la dissolution de leur régime?

À suivre la thèse selon laquelle les dispositions du régime légal pourraient être appliquées à ces époux s'ils n'avaient pas organisé un régime dérogatoire dans leur contrat de mariage, les transferts opérés pendant le régime entre le patrimoine «propre» d'un des époux et leurs biens indivis auraient alors pu générer de plein droit une récompense.

Mais ce mécanisme spécifique aux régimes de communauté, en ce qu'il sort ses effets de plein droit, est précisément incompatible non seulement avec l'autonomie de leurs volontés individuelles que les époux avaient entendu préserver mais avec le principe de base de la séparation de leurs biens⁽¹⁶⁾.

⁽¹³⁾ A. VERBEKE, «Le régime de séparation de biens», *Rép. not.*, T. V, 4^e partie, Bruxelles, Larcier, p. 886, n° 1042.

⁽¹⁴⁾ L. RAUCENT, «Les régimes matrimoniaux, introduction», *Rép. not.*, T. V, 2^e partie, Bruxelles, Larcier, p. 446, n° 390. Voy. égal. Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, *Traité de droit civil*, T. IX, *Les régimes matrimoniaux*, Vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 691.

⁽¹⁵⁾ C'est ce que la doctrine a rappelé à de multiples reprises, sous réserve de la disposition légale contenue à l'article 1466 du Code civil et relative à la preuve de la propriété des biens et des créances.

Voy. not. J. FONTEYN, «Les fondements des créances», in J. SOSSON et P. VAN DEN EYNDE, *La liquidation des régimes matrimoniaux. Aspects théoriques et pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 123 et s.; W. PINTENS, *op. cit.* (note 1), p. 383, n° 702; A. VERBEKE, «La séparation de biens», *op. cit.* (note 9), p. 900, n° 1065.

⁽¹⁶⁾ En ce sens, voy. Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, *op. cit.* (note 14), p. 62, n° 228.

Pourrait-on ainsi considérer qu'un époux dont les acquêts lui resteront exclusivement propres – par exemple la valeur des parts sociales de sa société ou d'une assurance de groupe constituée pendant le mariage – qui aurait financé avec ses revenus personnels, avec une indemnité personnelle ou avec un héritage un bien immeuble indivis ou un compte joint destiné à financer les dépenses « communes » du couple pourrait ensuite prétendre de plein droit à une « récompense » en raison des fonds propres investis dans ce bien indivis ou recueillis sur ce compte joint ?

Alors même qu'il conserverait pour lui tous ses acquêts, il pourrait encore se faire restituer de plein droit les avoirs « propres » ainsi investis pendant le mariage, alors même que son conjoint n'aurait lui-même constitué aucun patrimoine propre ?

Comme la Cour de cassation l'a expressément formulé dans son arrêt du 30 mai 2018, les situations d'époux mariés en régime de communauté ou mariés en régime de séparation de biens pure et simple sont « *différentes* ».

18. Il n'est d'ailleurs pas inintéressant de souligner que, dans cet arrêt, la Cour de cassation avait aussi été amenée à se prononcer sur un premier moyen relatif à une autre contestation ayant surgi lors de la liquidation du régime matrimonial des époux.

L'ex-mari avait en effet entendu se faire restituer un montant correspondant à différentes indemnités qu'il avait perçues à la suite d'un accident dont il avait été victime et qu'il avait affectées, expliquait-il, au paiement des charges du mariage.

Il avait dès lors soutenu que des fonds propres avaient été « *transférés à l'indivision* » des ex-époux.

La cour d'appel de Liège ne lui avait à ce propos reconnu une créance qu'à concurrence du montant qui avait été admis par l'ex-épouse.

Sans qu'il y ait ici un intérêt à analyser les différentes branches du moyen qui avaient été soulevées par l'ex-mari et que la Cour de cassation estima manquer en faits, il suffira de relever que la théorie des récompenses ne peut précisément pas être appliquée, dans un régime de séparation de biens, à une telle situation.

Ce n'est pas parce qu'un des ex-époux a affecté des fonds qui seraient considérés propres dans le régime légal au paiement des charges du mariage qu'il pourrait faire valoir une récompense en invoquant l'article 1390 du Code civil.

Ce n'est, au contraire, qu'une créance qu'il pourrait éventuellement se faire reconnaître, mais celle-ci ne pourrait être admise et déterminée que sur la base des règles du droit commun des obligations et, notamment, le principe général de droit de l'enrichissement sans cause.

19. C'est dans la même perspective qu'il convient de raisonner à propos des intérêts qui seraient dus sur une créance entre deux époux séparés de biens.

De tels intérêts rentrent aussi dans le champ de l'autonomie de leurs volontés individuelles.

Les époux peuvent en effet parfaitement convenir que de tels intérêts seraient dus depuis le jour de la naissance de la créance et donc bien avant la dissolution de leur régime matrimonial. Mais ils peuvent tout aussi bien ne pas l'avoir convenu,

et ce seront alors les règles du droit commun des obligations – la mise en demeure – qui trouveront à s'appliquer⁽¹⁷⁾.

C'est ce que la Cour de cassation a clairement décidé dans son arrêt du 30 mai 2018, et c'est à mes yeux la solution la plus cohérente, car elle est en concordance avec la logique – on dit parfois aussi précisément la cohérence – du régime de la séparation des biens pure et simple.

Jean-Louis RENCHON

⁽¹⁷⁾ En ce sens, P. DE PAGE et I. DE STEFANI, *op. cit.* (note 14).