

L'application « par analogie » en régime de séparation de biens des dispositions légales relatives aux « avantages matrimoniaux » en régime de communauté : quelle analogie ? quelle légitimité ?

par Jean-Louis RENCHON

*Professeur émérite de l'UCLouvain et de l'USL-B
Professeur invité à l'UCLouvain et à l'USL-B
Avocat au Barreau de Bruxelles*

INTRODUCTION

1. La loi du 22 juillet 2018 « *modifiant le Code civil et diverses autres dispositions en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant la loi du 31 juillet 2017 modifiant le Code civil en ce qui concerne les successions et les libéralités et modifiant diverses autres dispositions en cette matière* » (pour reprendre son intitulé imposant mais fort peu esthétique) a poursuivi, selon les auteurs de la proposition de loi¹, trois objectifs principaux :

- la clarification des règles du régime légal ;
- un meilleur encadrement légal du régime de la séparation de biens et des clauses que les époux peuvent y ajouter ;
- la recherche de nouveaux équilibres concernant la position du conjoint survivant dans le droit des régimes matrimoniaux et dans le droit successoral.

2. Dans le contexte de cette étude, il paraît utile de reproduire textuellement la manière dont ce troisième objectif poursuivi par la réforme avait été présenté par les auteurs de la proposition de loi² :

*« La constatation que les dispositions en vigueur reposaient sur un **modèle de société obsolète** est à la base de la récente réforme du droit successoral (loi du 31 juillet 2017). Depuis l'introduction du Code civil, la société a évolué sur de nombreux plans. Les liens familiaux avec les parents plus éloignés ont perdu de leur importance. L'accent a glissé de la famille au sens large vers le **noyau familial** : les parents et leurs enfants. Mais la composition de ce noyau familial se diversifie également. La famille classique des parents mariés avec enfants est de moins en moins la norme. De plus en plus de partenaires*

¹ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-2848/1, p. 4.

² *Ibid.*, p. 28.

cohabitent sans être mariés et le nombre de familles recomposées ne cesse d'augmenter. Le droit successoral n'était pas suffisamment adapté au changement de réalité sociale. À la lumière des évolutions décrites plus haut, l'un des principaux objectifs de la loi du 31 juillet 2017 était par conséquent de trouver **un nouvel équilibre conciliant les intérêts de toutes les parties concernées.**

Il est toutefois impossible de dissocier le droit successoral du conjoint survivant de son statut dans le droit des régimes matrimoniaux. Après le décès d'un époux, le survivant peut en effet faire valoir des droits en vertu du droit des régimes matrimoniaux et du droit successoral. Quiconque limite son analyse du statut juridique du conjoint survivant à une seule de ces deux branches du droit s'engage en partant d'un point de départ erroné **dans le délicat exercice d'équilibre entre les intérêts de toutes les parties concernées.**

C'est la raison pour laquelle il a été décidé de traiter le droit successoral du conjoint survivant dans le cadre de la réforme du droit des régimes matrimoniaux, en tant que partie de la présente initiative législative. Cela permet d'avoir une réflexion globale sur le statut juridique du conjoint dans le droit des régimes matrimoniaux primaire et secondaire et dans la dévolution successorale légale et conventionnelle. Les mesures limitées déjà contenues dans la réforme du droit successoral ne portent pas sur le cœur du droit successoral de celui-ci. En outre, lors de l'élaboration des deux réformes, **la cohérence entre le droit successoral et le droit des régimes matrimoniaux a toujours été une priorité.** Les mesures proposées forment un ensemble cohérent et une entrée en vigueur simultanée des deux réformes est prévue.

Dans ce contexte, la présente initiative législative présente les mesures suivantes relatives au statut juridique du conjoint survivant.

Il est tout d'abord prévu un droit successoral *ab intestat* plus fort à l'égard du conjoint survivant qui entre en concours avec les parents plus éloignés du défunt. L'actuelle différence de droit successoral en fonction du régime matrimonial est révisée. Par ailleurs, les successibles du quatrième ordre perdent leur vocation successorale en concours avec le conjoint survivant.

Ensuite, en ce qui concerne les familles recomposées, les possibilités de dés hériter le conjoint survivant de commun accord sont étendues. Lorsqu'il y a des enfants d'une précédente relation, il est déjà possible aujourd'hui, par contrat de mariage, de priver le conjoint survivant de sa « réserve abstraite », qui consiste en l'usufruit de la moitié de la succession. En revanche, le conjoint survivant conserve toujours sa réserve concrète, à savoir l'usufruit du logement familial et des meubles meublants. L'impossibilité de priver également le conjoint survivant de sa réserve concrète constitue en pratique un important obstacle pour contracter un (deuxième) mariage. Cet obstacle est à présent levé. »

3. Alors même que « *quiconque limite son analyse du statut juridique du conjoint survivant à une seule de ces deux branches du droit (le droit des régimes matrimoniaux ou le droit successoral) s'engage en partant d'un point de départ erroné dans le délicat exercice d'équilibre entre les intérêts de toutes les parties concernées* », on relèvera qu'il était déjà paradoxal pour les auteurs de la proposition de loi de n'avoir envisagé, pour réaliser ces « *nouveaux équilibres concernant le statut du conjoint survivant dans le droit des régimes matrimoniaux de droit successoral* », que des dispositions relatives aux droits successoraux du conjoint survivant.

Ce n'était pas cohérent.

On peut d'ailleurs se demander si l'affirmation aussi claire et précise de la nécessité d'organiser de manière coordonnée le statut du conjoint survivant en droit des régimes matrimoniaux et en droit successoral, afin de réaliser précisément le « *délicat exercice d'équilibre entre les intérêts de toutes les parties concernées* », n'a pas eu d'autre raison d'être que de tenter de justifier qu'il était proposé de modifier le statut successoral du conjoint survivant dans le contexte d'une réforme du droit des régimes matrimoniaux.

4. En effet, lorsque, dans la même proposition de loi, ses auteurs ont entendu traiter de la question du statut du conjoint survivant en droit des régimes matrimoniaux, sous l'angle de ce qu'on appelle traditionnellement les « *avantages matrimoniaux* », il n'a plus du tout été question de « *rechercher de nouveaux équilibres concernant la position du conjoint survivant dans le droit des régimes matrimoniaux et dans le droit successoral* », ni de réaliser le « *délicat exercice d'équilibre entre les intérêts de toutes les parties concernées* ».

Même si des députés de l'opposition ont lors des débats en Commission de la justice fait observer que, compte tenu de la réforme du droit successoral réalisée quelque temps auparavant, la solution proposée par la majorité gouvernementale à propos des avantages matrimoniaux aggraverait encore le déséquilibre entre le conjoint survivant et les enfants³, les auteurs de la proposition de loi s'en sont tenus à considérer qu'il s'agissait seulement « *d'appliquer également dans des régimes de séparation certaines règles qui, selon une interprétation légaliste, s'appliquent exclusivement aux régimes de communauté* »⁴.

Ce fut comme si, à propos de la problématique des avantages matrimoniaux, il n'importait plus, en définitive, de « *trouver un nouvel équilibre conciliant*

³ Voy. les interventions de L. Onkelinx et C. Brotcorne lors de la discussion en Commission de la justice de la Chambre des représentants, Rapport de la première lecture fait au nom de la Commission de la justice par Mesdames G. UYTTERSROT et L. ONKELINX, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 54 - 2848/ 007, pp. 10, 11, 33 et 36.

⁴ Proposition de loi, p. 22.

les intérêts de toutes les parties concernées », et qu'on pouvait, au contraire, « limiter son analyse du statut juridique du conjoint survivant à une seule des deux branches du droit » – le droit des régimes matrimoniaux – et ainsi « s'engager à partir d'un point de départ erroné ».

Un tel déni de ce que, dans le même temps, on venait pourtant d'affirmer avec force est, en réalité, impressionnant.

Mais il advient fréquemment qu'en raison d'autres considérations qui finissent par prendre le dessus, les êtres humains ferment les yeux, consciemment ou inconsciemment, sur ce qu'ils avaient parfaitement vu et appréhendé ⁵.

5. Je me propose d'abord, dans un premier temps, de chercher à comprendre ce que peut désormais signifier pareille « *application par analogie* » dans un régime de séparation des règles applicables aux avantages matrimoniaux « *qui, selon une interprétation légaliste, s'appliquent exclusivement au régime de communauté* » (Section I).

Dans un second temps, il s'agira ensuite de comprendre ce qui a pu conduire le législateur à limiter son analyse, à propos des avantages matrimoniaux, au droit des régimes matrimoniaux, en refusant de prendre en considération le lien qui devait être opéré avec le droit successoral et, notamment, les réformes apportées quelques mois plus tôt au droit des successions (Section II).

SECTION I. — QUELLE « ANALOGIE » ?

6. L'article 1469, § 1^{er}, du Code civil est désormais rédigé dans les termes suivants :

« Les époux qui optent pour le régime de la séparation de biens peuvent ajouter à ce régime toutes les clauses compatibles avec ce régime.

Ils peuvent notamment ajouter des clauses concernant l'administration de la preuve, entre eux, du droit de propriété exclusive, concernant la preuve de créances que l'un peut invoquer contre l'autre, ainsi que des clauses précisant toute indivision ou patrimoine d'affectation pouvant exister entre eux.

Ils peuvent aussi adopter des clauses visant à réaliser un décompte entre leurs patrimoines, notamment par l'ajout d'une clause de participation aux acquêts.

⁵ On a à peine besoin d'évoquer à cet égard le déni qui a pu être opposé à la crise écologique. Tous les responsables politiques savaient clairement ce qu'il en était depuis au moins le Sommet de la Terre de Rio de Janeiro tenu en 1992, et ils ont pourtant continué à diriger nos sociétés et nous avons continué à vivre comme si rien n'avait déjà été clairement vu et appréhendé.

Les articles 1429 bis, 1458, 1464 et 1465 s'appliquent par analogie ».

7. On ne peut *a priori* qu'exprimer d'emblée son étonnement à l'égard d'une telle manière de légiférer.

Nous apprenons à nos étudiants, en les sanctionnant parfois d'une note insuffisante à l'examen, l'importance pour un juriste d'être précis et rigoureux lors de l'expression de toute idée quelconque et *a fortiori* lors de la formulation d'une règle de droit.

Or, quelle imprécision ici dans la formulation d'une règle de droit ! C'est comme si le législateur n'était pas parvenu à déterminer lui-même ce que peut représenter pareille application « *par analogie* », dans un régime de séparation de biens, de règles qui sont par contre formulées de manière précise à propos d'un régime de communauté.

8. Au surplus, les explications ambiguës et contradictoires données lors des travaux préparatoires de la loi (voy. *infra*, § 1) compliquent considérablement le travail de compréhension et d'interprétation de la disposition légale⁶.

On peut dès lors comprendre que, depuis l'adoption de ce texte, on a vu fleurir toutes les interprétations possibles (voy. *infra*, § 2). La doctrine s'est en effet très vite rendu compte non seulement des difficultés de procéder à une telle application « *par analogie* » de dispositions légales élaborées à propos de clauses relatives au patrimoine commun dans un régime de communauté à un régime matrimonial où, par essence, il n'existe pas de « patrimoine commun », à défaut de quoi ce régime matrimonial serait précisément un régime de communauté⁷.

Compte tenu de toutes ces incertitudes, il serait dès lors plus sage de s'en tenir dans les régimes de séparation de biens à une stricte application « *par analogie* » – au sens précis du terme – des dispositions légales applicables à une « *communauté* » (voy. *infra*, § 3).

⁶ Dans l'ouvrage qu'ils ont publié dès l'entrée en vigueur de la réforme, P. De Page et I. De Stefani ont même estimé pouvoir écrire que « l'article 1469 § 1, alinéa 4 du Code civil ne fournit aucun critère de raisonnement, et les travaux préparatoires sont, sur cette question, complètement énigmatiques » (P. DE PAGE et I. DE STEFANI, *La réforme des régimes matrimoniaux et de diverses dispositions successorales – Commentaire pratique de la loi du 22 juillet 2018*, Limal, Anthemis, 2018, p. 124).

⁷ Sur la requalification en un régime de communauté d'un régime matrimonial qui, présenté comme un régime de séparation de biens, avait en réalité institué un patrimoine commun caractérisant un régime de communauté, voy. Bruxelles, 30 juin 2016, *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, p. 937. Voy. égal. P. DE PAGE et I. DE STEFANI, *Traité de droit civil belge*, t. IX, *Les régimes matrimoniaux*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 54 et s., n^{os} 20 et 21.

§ 1. — L'ambiguïté des explications données lors de l'élaboration de la loi

9. Dans l'exposé introductif de la proposition de loi, leurs auteurs s'étaient limités à fournir l'indication suivante⁸ :

« L'application de la théorie des avantages matrimoniaux (sic) dans les régimes de séparation de biens est ancrée légalement en déclarant les articles 1429bis, 1464 et 1465 du Code civil applicables par analogie à toutes les clauses (sic) que les conjoints ont ajoutées à un régime de séparation de biens. Cela signifie que, dans les limites des articles 1464 et 1465, de telles clauses sont considérées comme des avantages matrimoniaux et non comme des donations avec toutes les conséquences sur le plan de la composition de la masse fictive et de la réserve ».

On relèvera d'emblée :

- d'une part, que le lecteur de ce passage de la proposition de loi est censé savoir ce qu'est la « *théorie des avantages matrimoniaux* », alors qu'il est malaisé de discerner une telle « *théorie* », même en régime de communauté, dans les dispositions du Code civil (voy. *infra*, n^{os} 30 et 31) ;
- d'autre part, qu'il n'y aurait de toute manière aucun sens à appliquer une éventuelle « *théorie des avantages matrimoniaux* » à « *toutes les clauses* » qui peuvent être ajoutées à un régime de séparation de biens, telle une clause relative à l'existence de créances entre époux séparés de biens, à la charge de la preuve et aux modes de preuve de l'existence de telles créances ou au régime juridique de telles créances⁹.

L'explication était donc d'emblée ambiguë.

10. Plus loin, lors du commentaire de l'article 1469, § 1^{er}, en projet, les auteurs de la proposition de loi écrivaient¹⁰ :

« Pour toutes ces clauses¹¹, les articles 1429bis, 1464 et 1465 du Code civil sont déclarés applicables par analogie. Cette mesure met un terme au débat

⁸ Proposition de loi, p. 22.

⁹ Ces clauses sont en effet des clauses qui, selon le texte de l'article 1469, § 1^{er}, alinéa 1, du Code civil, peuvent aussi être « *ajoutées* » à un régime de séparation de biens et qu'il peut d'ailleurs être cohérent et pertinent d'y ajouter, telle la clause qui, à l'instar des récompenses organisées par la loi en régime de communauté, prévoirait que l'époux qui aurait investi des capitaux recueillis par donation ou par succession dans l'acquisition, l'amélioration ou la conservation d'un bien indivis disposerait de plein droit à la dissolution du régime d'une créance réévaluée conformément à l'article 1435 du Code civil.

Il n'y aurait bien sûr là aucun « *avantage matrimonial* » quelconque.

¹⁰ Proposition de loi, p. 76.

¹¹ À nouveau, alors même que quelques lignes plus haut dans ce commentaire de l'article 1469, § 1^{er}, du Code civil, il était expressément fait état, à propos de « *toutes ces clauses* », de « *clauses concernant la production de la preuve, telles les présomptions de preuve conventionnelles quant au droit de propriété de biens ou les précisions quant à la preuve des créances entre époux* », les

*sur l'application de la théorie des avantages matrimoniaux dans les régimes de séparation de biens qui faisait rage depuis un certain temps dans la doctrine (supra). La conséquence est que les avantages accordés par de telles clauses sont désormais considérés comme des avantages matrimoniaux et non comme des donations, dans les limites des articles 1464 et 1465 du Code civil. Afin de définir ces limites, il faudra utiliser (fictivement) des concepts propres au régime de communauté (en particulier les éléments du patrimoine commun) pour les régimes de séparation de biens également, **même s'ils se sont pas techniquement disponibles dans les régimes de la séparation de biens** ».*

Comprenne qui pourra ce que peut signifier et représenter une telle extrapolation aussi hypothétique...

11. Par ailleurs, lors des débats en Commission de la justice, les explications complémentaires apportées en réponse à plusieurs interpellations ne furent pas – loin s'en faut – davantage plus claires.

12. Le député Christian Brotcorne avait en effet formulé l'observation suivante ¹² :

« Le fait de fonctionner par analogie au régime de communauté risque d'entraîner des difficultés d'appréciation et d'interprétation. En effet, dans le régime de communauté, le patrimoine est composé de façon objective et équilibrée ; alors que dans la séparation de biens, le patrimoine sera composé de manière libre et volontaire. Comment va-t-on prouver ce qui devra être considéré comme indivis ? Comment avoir des situations apaisées plutôt que des situations conflictuelles ? ».

Cette observation, comme celle d'ailleurs de la députée Laurette Onkelinx ¹³, donnaient à penser qu'à leurs yeux la « transposition » voulue par le législateur de clauses relatives au patrimoine commun en régime de communauté s'appliquerait à des clauses relatives aux éventuels biens indivis (mais précisément lesquels ?).

13. Après une réponse très étonnante de Madame Van Cauter ¹⁴, on trouve dans le rapport de la Commission de la justice les précisions suivantes émanant du ministre de la Justice et de Madame Hélène Casman.

auteurs de la proposition de loi donnaient à entendre que les avantages accordés « *par toutes ces clauses* » « *sont considérés comme des avantages matrimoniaux* ».

Que d'ambiguïtés...

¹² Rapport de la première lecture, *op. cit.*, p. 12.

¹³ Rapport de la première lecture, p. 7. Madame Onkelinx avait posé la question suivante : « *Comment transposer par analogie alors que la composition d'un patrimoine indivis d'un régime de séparation de biens n'est pas déterminée par la loi ? Il existe une présomption d'indivision entre époux et, contrairement au patrimoine commun qui est légalement régleménté, le patrimoine indivis est constitué librement tant activement que passivement par les époux* ».

¹⁴ Rapport de la première lecture, *op. cit.*, p. 13. Madame Van Cauter, après avoir rappelé que la proposition de loi avait pour objectif « *d'éliminer un certain nombre d'imperfections, d'injustices*

14. Le ministre de la Justice s'exprima dans les termes suivants ¹⁵ :

*« La théorie des avantages matrimoniaux implique que les avantages issus du **fonctionnement** du régime matrimonial ne sont pas des « cadeaux ». Cela permet aux époux de prendre soin l'un de l'autre, de la même manière et dans les mêmes limites, qu'ils aient opté pour un mariage en communauté ou en séparation de biens. Cela ne crée toutefois **aucune possibilité supplémentaire de réduire la part successorale des enfants**.*

*Contrairement à ce que l'on prétend, le concept des avantages matrimoniaux s'inscrit parfaitement dans la société actuelle. Les gens vivent plus longtemps et s'inquiètent de savoir si leur pension sera suffisante pour subvenir aux besoins de leurs vieux jours. Ils travaillent et épargnent durant leur vie pour s'assurer le confort de leurs vieux jours. Il n'est pas toujours possible de chiffrer les efforts consentis mutuellement par les époux pour obtenir des revenus. En effet, une telle estimation nécessiterait que l'on puisse attribuer une valeur à l'engagement pour le mariage, pour les tâches familiales, pour la gestion économique ou durable des revenus du mariage, etc. Cela entraînerait une ignorance de ce qui est fondamental dans un mariage : la communauté de vie. Les époux **épargnent** ensemble, **d'abord pour eux deux, puis pour le survivant** lorsque l'un d'entre eux est décédé. Les parents ne doivent pas se justifier quant au choix de leur régime matrimonial vis-à-vis des enfants tant qu'ils restent dans les limites de ce que prévoit la loi ».*

On peut à vrai dire interpréter ce passage des travaux préparatoires de plusieurs manières.

Ou bien la « théorie des avantages matrimoniaux » se limiterait au « *fonctionnement* » du régime matrimonial ¹⁶, et le législateur n'aurait en réalité entendu créer « *aucune possibilité supplémentaire de réduire la part successorale des enfants* » – ce qui tendrait à exclure en régime de séparation de biens tout avantage matrimonial qui aurait effectivement pour effet de réduire la part successorale des enfants.

et de lacunes », évoque en particulier deux dispositions (l'attribution préférentielle et la « théorie des avantages matrimoniaux ») « *qui seront communes aux deux régimes matrimoniaux (le régime légal, d'une part, et les régimes de communauté de biens)* ». Comprenez aussi qui pourra...

¹⁵ Rapport de la première lecture, *op. cit.*, p. 35.

¹⁶ Le « *fonctionnement* » du régime légal de communauté ne peut effectivement pas constituer un « cadeau », car le fait que les revenus et économies respectifs des époux tombent de plein droit dans leur patrimoine commun et qu'ils appartiennent ainsi de plein droit aux deux époux procède de l'essence même de ce régime et, dès lors, de son « *fonctionnement* ». Dans la même logique de « *fonctionnement* », les époux pourront se faire restituer, sous la forme de récompenses, les transferts de valeurs qui se seraient opérés entre leurs patrimoines propres et le patrimoine commun, ou inversement.

Ou bien l'épargne des époux serait prétendument constituée au profit du conjoint survivant si l'un d'entre eux décède, au motif que « *les gens vivent plus longtemps et s'inquiètent de savoir si leur pension sera suffisante pour subvenir aux besoins de leurs vieux jours* » – ce qui tendrait au contraire à justifier que la part successorale des enfants du couple puisse au contraire être réduite chaque fois que les époux décideraient d'attribuer au conjoint survivant la totalité de l'épargne de ce couple, cette épargne aurait-elle même été réalisée au nom d'un seul des époux dans un autre régime matrimonial qu'un régime de communauté.

Mais, quoi qu'il en soit, il n'était en tout cas question pour le ministre de la Justice, lorsqu'il traitait des « avantages matrimoniaux », que de la seule « épargne » des époux.

15. Madame Hélène Casman, professeur émérite aux Universités libres de Bruxelles (VUB-ULB)¹⁷, fournit quant à elle les explications complémentaires suivantes¹⁸ :

« Mme Hélène Casman répond qu'en effet le projet de loi suggère d'appliquer ces articles 1464 et 1465 à la séparation de biens, dans l'hypothèse où les époux désirent ajouter à leur séparation de biens une clause permettant de transférer les économies réalisées pendant le mariage de l'un des époux à l'autre époux, par exemple pour les répartir entre eux de manière égalitaire, ou pour en attribuer une part plus large au conjoint survivant. On appliquerait alors la notion d'avantage matrimonial à tous ces correctifs qu'on peut apporter à une séparation de biens. Il ne s'agit pas d'une révolution. On encourage les époux à adoucir la séparation de biens pure et dure par une clause de participation aux acquêts, une communauté réduite ou une indivision organisée par exemple. Comme dans le régime de communauté, il s'agirait alors d'avantages matrimoniaux, qui ne seraient pas considérés comme des donations, dans la mesure où ils restent dans les limites déterminées par les articles 1464 et 1465.

En cas d'enfants communs, cette limite est déterminée, d'abord, par la possibilité d'accorder jusqu'à 100 % des acquêts. En cas d'enfants non communs, la limite est fixée à la moitié des acquêts ».

Et plus loin :

« Mme Hélène Casman ajoute que si on devait envisager de supprimer la théorie des avantages matrimoniaux, il faudrait déterminer à partir de quand

¹⁷ C'est ainsi qu'elle fut présentée dans le rapport de la Commission de la justice (Rapport de la première lecture, *op. cit.*, p. 15). On pouvait s'interroger sur les raisons de sa présence en commission. Il semble, en réalité, que ce soit elle qui avait rédigé le texte de la proposition de loi déposée par les députés des quatre partis de la majorité gouvernementale.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 37 à 39.

*il serait question d'un avantage qui serait soumis aux règles des donations et qui devrait dès lors être imputé pour vérifier s'il porte atteinte à la réserve des enfants. Dans quelle mesure pourrait-on déterminer, dans un régime de communauté, que **le partage par moitié du patrimoine commun**, constitué des efforts communs des époux pendant le mariage, aboutit à un enrichissement de l'un et un appauvrissement de l'autre ?*

Mme Casman prend l'exemple d'un époux qui a gagné beaucoup d'argent pendant son mariage, alors que l'autre époux n'en a pas gagné. Si l'époux dont les revenus sont plus importants a des enfants d'une union précédente, son conjoint peut néanmoins recevoir la moitié des acquêts constitués pendant le mariage. À partir de quand va-t-on dire qu'il s'agit d'un cadeau fait à l'époux qui n'a pas gagné d'argent ? Le patrimoine commun constitué pendant le mariage peut être le résultat des efforts conjugués des deux époux : pour l'un, des rentrées financières et pour l'autre, le fait de s'investir dans le ménage ou l'éducation des enfants par exemple ».

Et enfin :

*« Mme Hélène Casman précise que l'essence de la théorie des avantages matrimoniaux est de qualifier un avantage qu'un époux peut recueillir en vertu du **fonctionnement** du régime matrimonial comme n'étant pas des donations. Si on veut revoir cette théorie, c'est forcément pour assimiler les avantages matrimoniaux à des donations. Il n'y aurait pas d'autre qualification possible ».*

L'ambiguïté reste ici aussi totale.

D'une part, il y aurait, selon l'oratrice, un avantage matrimonial qui, « *comme dans le régime de communauté* », ne serait pas, selon les articles 1464 et 1465 du Code civil, « *considéré comme une donation* », lorsque, par une clause ajoutée à leur régime de séparation de biens, les époux s'accorderaient, en présence d'enfants communs, « *jusqu'à 100 % des **acquêts*** », ou, en présence d'enfants non communs, jusqu'à « *la moitié des **acquêts*** », étant entendu qu'il s'agit là des « **économies réalisées pendant le mariage** ».

Mais, en régime de communauté, l'apport d'un bien **propre** au patrimoine commun est aussi, en vertu de l'article 1464 du Code civil, réputé n'être qu'un avantage matrimonial à l'égard des enfants communs des époux.

Selon Madame Casman, il n'y aurait donc pas, contrairement à ce que la nouvelle disposition insérée à l'article 1469, § 1^{er}, alinéa 4, du Code civil laisse entendre, matière à appliquer par analogie dans un régime de séparation de biens la partie de l'article 1464 du Code civil qui prévoit qu'en régime de communauté l'attribution pour moitié au conjoint survivant d'un bien propre apporté au patrimoine commun est aussi un avantage matrimonial.

La « *théorie des avantages matrimoniaux* » – que le législateur a souhaité étendre au régime de séparation de biens – serait ainsi limitée aux acquêts¹⁹.

D'autre part, il ne serait pas envisageable, selon Madame Casman, de supprimer la théorie des avantages matrimoniaux, car en ce cas à partir de quand et dans quelle mesure devrait-on considérer que le partage par moitié du patrimoine commun, dans un régime de communauté, réaliserait un enrichissement pour l'un des époux et un appauvrissement pour l'autre époux ?

Mais, elle ne faisait alors plus état là que des seuls « avantages » qui résultent du « fonctionnement » du régime légal de communauté²⁰, au sens précisément où celui-ci n'implique effectivement pas de devoir « *vérifier, année après année, quel époux a gagné le plus d'argent et quel époux a permis la plus forte épargne* ».

Un tel « avantage » – qui correspond à celui de la mise en commun dans une société des bénéfices et des pertes – n'est assurément pas une donation.

Par contre, ce serait à coup sûr un « *cadeau* » que celui qui consisterait à attribuer tous les bénéfices de la société à un seul des associés. C'est un tel « avantage » qui, enrichissant cet associé, constituerait une donation, et il n'y aurait aucune difficulté à en déterminer l'objet²¹, sans qu'il soit nécessaire de « *vérifier année après année quel époux a gagné le plus d'argent et quel époux a permis la plus forte épargne* ».

16. Ce passage des travaux préparatoires fait ainsi apparaître toute l'ambiguïté dont la prétendue « *théorie des avantages matrimoniaux* » est empreinte, car on y mêle des situations radicalement différentes :

¹⁹ On relèvera que c'était en réalité la thèse que Madame Casman avait personnellement défendue depuis le début de sa carrière universitaire (H. CASMAN, *Het begrip huwelijksvoordelen*, Maklu, 1976 ; voy. égal., pour une synthèse en langue française, H. CASMAN, « Les droits de survie ou avantages matrimoniaux en régime de séparation de biens », in M. GREGOIRE (coord.), *Les contrats de mariage*, Bruxelles, Academia-Bruylant, 1996, pp. 19 et s.). À ses yeux, il existerait une théorie générale des avantages matrimoniaux, même si elle n'a jamais été exprimée dans la loi, en vertu de laquelle il n'y aurait qu'un avantage matrimonial ne constituant pas une libéralité chaque fois que les époux organisent le partage – égal ou inégal – de leurs « **acquêts** » et « *rien ne permet de dire qu'il faut d'abord avoir fait entrer les acquêts en communauté pour pouvoir les partager par moitié, ni même pour pouvoir les attribuer entièrement et à titre onéreux au survivant sans subir les règles des donations* ». C'était cependant, au contraire, ce que la loi « disait » expressément, puisque les articles 1464 et 1465 du Code civil ne faisaient état d'un avantage qui ne serait pas une donation qu'à propos de clauses relatives à des biens qui étaient précisément « entrés » dans le patrimoine commun des époux en régime de communauté.

²⁰ Le ministre de la Justice avait lui aussi, en tout cas dans un premier temps, évoqué les « *avantages issus du fonctionnement du régime matrimonial* » qui ne constituent pas des « *cadeaux* » (*supra*, n° 14).

²¹ Ce serait bien sûr sa propre part des bénéfices que cet associé aurait ainsi accepté de donner à son associé.

- celle où les époux ont choisi ou accepté, comme dans le régime légal ou dans un régime de participation aux acquêts, **de partager par moitié leurs acquêts**, en nature ou en valeur, lors de la dissolution de leur régime ;
- celle où les époux auraient attribué au survivant d'entre eux **la totalité de leurs acquêts** ;
- celle où un des époux aurait même apporté **des biens propres** au patrimoine commun en en « donnant » ainsi une moitié à son conjoint.

Or ces situations, complètement différentes, ne peuvent pas être traitées de manière semblable, car si la première ne constitue effectivement pas une libéralité, les deux autres, à tout le moins en termes économiques ou financiers, en sont assurément une.

§ 2. — Les incertitudes et divergences de la doctrine

17. On est rarement confronté, à propos de la signification à conférer à une disposition légale, à de telles hésitations et à de telles divergences dans la doctrine, au point que les différentes analyses qui sont proposées, dont certaines sont d'ailleurs malaisées à déchiffrer et à comprendre, sont pratiquement toutes différentes.

C'est assurément lié à l'ambiguïté même d'une disposition qui se limite à « suggérer » une application par analogie dans un régime matrimonial qui ne comprend pas de patrimoine commun des dispositions applicables en régime de communauté au patrimoine commun – ce qui impliquerait selon les auteurs de la proposition de loi d'« *utiliser (fictivement) des concepts propres au régime de communauté (en particulier les éléments du patrimoine commun) pour les régimes de séparation de biens également, même s'ils ne sont pas techniquement disponibles dans le régime de séparation de biens* ».

Bonne chance...

18. Chronologiquement parlant, la première étude qui aborda la problématique, lors d'un colloque organisé avant même que la Commission de la justice ait pu débattre de la proposition de loi²², fut celle du professeur Casman, même si cette étude ne fut définitivement publiée que plusieurs mois plus tard²³.

²² Journée du notariat organisée le 7 juin 2018 par le Conseil francophone de la Fédération royale du notariat belge.

Le député Christian Brotcorne exprima d'ailleurs au ministre de la Justice sa colère d'avoir appris qu'on présentait déjà la réforme comme acquise alors qu'elle était en cours de discussion à la Commission de la justice (Rapport de la première lecture, *op. cit.*, p. 63).

²³ H. CASMAN, « Les nouveautés apportées au régime de séparation de biens », in C. AUGHUET (coord.), *Le notaire face aux réformes des régimes matrimoniaux et des successions*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 76 et s.

Madame Casman y développait *a priori* l'analyse déjà présentée devant la Commission de la justice de la Chambre.

Pour arriver à l'« *application par analogie* » prévue à l'article 1469, § 1^{er}, alinéa 4, du Code civil, « *il faut, écrivait-elle, faire entrer dans le calcul la notion d'acquêts conjugués des deux époux, c'est-à-dire la totalité des économies faites sur les revenus des époux* ».

Il suffirait qu'une clause du contrat de mariage des époux aboutisse à un transfert de ces acquêts entre les époux ou à l'attribution d'une créance entre époux relative à ces **acquêts**, « *sans même qu'il y ait de société d'acquêts, de communauté réduite, de patrimoine d'affectation ou d'indivision* », pour qu'une telle clause soit considérée comme un avantage matrimonial – et non comme une donation – si ces « *acquêts conjugués* » des époux sont attribués pour la moitié au conjoint survivant en cas de concours avec des enfants non communs des époux, ou s'ils sont attribués pour la totalité au conjoint survivant en cas de concours avec des enfants communs.

Il y aurait donc là une interprétation très extensive de l'avantage matrimonial, puisqu'il pourrait même porter, si on comprend bien, sur des biens indivis des époux, voire des biens propres à l'un d'entre eux, pour autant qu'il s'agisse d'**acquêts** et que l'avantage procède d'une clause du contrat de mariage, encore que, dans une note de bas de page²⁴, l'auteur indiquait, de manière *a priori* contradictoire avec son analyse : « *Je n'ai pas ajouté, dans mes exemples, la situation où l'avantage matrimonial porte également sur des non acquêts. Mais le raisonnement par analogie serait évidemment le même (sic)* ».

Comprenne qui pourra lorsqu'on défend et exprime l'idée que les avantages matrimoniaux ne concernent de manière spécifique que les acquêts.

19. Dans un exposé d'ensemble consacré à la réforme des régimes matrimoniaux dès que celle-ci venait d'être adoptée²⁵, Yves-Henri Leleu a *a priori* applaudi l'extension par analogie de la théorie des avantages matrimoniaux à la séparation de biens, dès lors qu'avec d'autres auteurs, il avait antérieurement préconisé cette extension « *à tout transfert d'acquêts par une clause du contrat de mariage indépendamment du type de régime choisi* », au nom de l'idée que « *le couple est maître de ses **acquêts** et de leur destination en cas de décès* ».

²⁴ Note de bas de page n° 24.

²⁵ Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 », in *États généraux du droit de la famille III*, Bruxelles-Limal, Larcier-Anthemis, 2018, pp. 92 et s. n°s 112 à 118.

Mais, lorsqu'il s'est agi de déterminer le champ d'application précis de cette extension, Yves-Henri Leleu s'est exprimé, tout en se référant à l'analyse de Madame Casman, en des termes en réalité différents :

« Selon Madame Casman, l'extension par analogie des avantages matrimoniaux est limitée au régime séparatiste communautarisé par une clause de décompte, entendue largement et visant aussi les sociétés d'acquêts ou les patrimoines communs internes.

La loi ne le dit pas, mais tel semble bien être l'esprit du texte. Ainsi limitée, l'extension s'avère donc inutile, sauf à mettre fin à d'éventuels doutes chez les contempteurs de la théorie des avantages matrimoniaux.

Il en résulte aussi que l'application par analogie de la théorie n'est pas autorisée à l'égard d'un ensemble de biens indivis entre époux séparés de biens purement et simplement, alors même qu'ils seraient constitués par des économies sur revenus ».

Il précisait néanmoins²⁶ que Madame Casman avait quand même cité en exemple l'« indivision dont les époux organisent le fonctionnement » dans la liste des masses de biens pouvant être soumises à l'extension de la théorie.

20. Dans une étude publiée peu de temps après²⁷, François Deguel, tout en se limitant à une analyse synthétique de « l'application des avantages matrimoniaux aux époux séparatistes », a estimé que « bien que non précisé légalement, il résulte de l'esprit du texte de loi que cette extension des avantages matrimoniaux par analogie a lieu en cas de régime séparatiste “communautarisé” ou encore “modalisé”, entendus largement ».

Dès lors, sans clause particulière dans le contrat de mariage, « l'application par analogie des avantages matrimoniaux ne nous semble pas possible, même à l'égard de biens indivis qui seraient par exemple financés exclusivement par un des époux (avantage résultant de la composition des patrimoines) ».

Par contre, si une clause du contrat prévoit des parts inégales ou une attribution de toute une indivision existant entre les époux séparés de biens²⁸,

²⁶ Note de bas de page n° 129, p. 96.

Par ailleurs, au n° 117 de son étude, Y.-H. Leleu reprend l'idée selon laquelle il y a lieu de prendre en considération « l'avantage que la clause accorde sur les acquêts, bien que la loi ne renvoie pas à cette notion », tout en paraissant accepter malgré tout que pareil avantage pourrait aussi porter à l'égard des enfants communs des époux sur des « apports », sans cependant s'étendre davantage sur ce que représenteraient ces « apports ».

²⁷ F. DEGUEL, « L'extension des outils communautaires », in Y.-H. LELEU (coord.), *La réforme du droit des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 157 et s.

²⁸ On peut dès lors supposer que l'auteur envisage que, dans un contrat de mariage initial ou, ultérieurement, lors d'un acte modificatif, les époux organisent l'attribution d'une indivision préalablement constituée entre eux.

« cela n'est en principe pas regardé comme une donation mais comme une convention de mariage », sauf pour la part dépassant la moitié que la clause attribue au conjoint survivant dans la valeur, au jour du partage, des biens présents ou futurs que l'époux prédécédé a fait entrer dans l'indivision ²⁹.

Pour l'auteur, il suffirait donc que les époux aient fait entrer leurs acquêts en indivision (même si ce ne le fut pas par une clause de leur contrat de mariage), et que, par une clause de leur contrat de mariage (ou d'un de leurs contrats de mariage), ils aient attribué à un des époux une quotité inégale de ces biens indivis pour qu'il y ait là désormais un avantage matrimonial qui ne serait point regardé comme une donation à l'égard des enfants communs du couple, ou il suffirait même qu'ils aient fait entrer en indivision des « *non acquêts* » pour que la moitié de ces biens indivis ainsi attribués au conjoint survivant soit réputée être un avantage matrimonial ³⁰.

21. Aux termes d'une analyse très approfondie de la problématique, tant dans un ouvrage publié dès l'entrée en vigueur de la réforme ³¹ que dans leur nouveau traité De Page sur les régimes matrimoniaux ³², Philippe De Page et Isabelle De Stefani ont, par contre, pris la précaution d'exprimer leur circonspection, dès lors que « *la loi ne précise pas de quelle manière doit être faite cette application analogique des dispositions relatives aux avantages matrimoniaux en régime de communauté* ».

Ils s'interrogent ainsi à propos de deux méthodes d'application « par analogie » possibles à leurs yeux, tout en se demandant si la réconciliation de ces deux approches ou méthodes de calcul ne serait pas possible en arrêtant une définition uniforme des « acquêts » dans les régimes de communauté et de séparation de biens, ou, à tout le moins, en fixant une définition limitative de l'acquêt dans un régime de séparation de biens.

²⁹ C'est pour le moins peu clair, car en régime de séparation de biens, tous les biens des époux, y compris leurs revenus et économies respectifs, sont, en principe, des « *biens présents ou futurs* », sauf à considérer – ce que l'auteur ne précise pas de manière explicite – que, par transposition des règles applicables en régime de communauté, les « *acquêts* » ne devraient pas être considérés comme des « *biens présents ou futurs* ».

³⁰ Une telle analyse supposerait donc qu'on soit tenu de rechercher, pendant toute la vie commune des époux, quelle aurait été l'origine financière des biens indivis des époux dont une clause d'un contrat de mariage aurait attribué une quotité inégale au conjoint survivant.

³¹ P. DE PAGE et I. DE STEFANI, *La réforme des régimes matrimoniaux et de diverses dispositions successorales. Commentaire pratique de la loi du 22 juillet 2018*, Limal, Anthemis, 2018, pp. 124 et s. (voy égal. *supra* n° 8 et la note de bas de page n° 6).

³² P. DE PAGE et I. DE STEFANI, *Traité de droit civil belge*, t. IX, *Les régimes matrimoniaux*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 679 et s., n°s 465 à 469 et pp. 773 et s., n°s 530 à 532.

Ils paraissent donc aussi suggérer, comme Madame Casman, que l'application par analogie soit limitée aux seuls « acquêts » dans un régime de séparation de biens.

Tout en saluant l'effort considérable fourni par ces auteurs pour mettre en évidence à quel point une application par analogie dans un régime complètement différent de dispositions qui ont été conçues et rédigées pour les régimes de communauté peut poser d'inextricables difficultés, on se perd en conjectures lorsqu'on cherche à savoir, à la lecture de leur analyse, quel type de clauses, dans un régime de séparation de biens, devra en définitive être considéré ou non comme un avantage soumis aux dispositions des articles 1458, 1464 et 1465 du Code civil.

22. Dans son étude publiée ultérieurement lors d'un colloque organisé par l'ULB³³, Mathieu Van Molle, même s'il prône *a priori* une interprétation large de l'extension de la théorie des avantages matrimoniaux aux clauses conventionnelles d'un régime de séparation de biens, y compris lorsqu'une clause prévoirait l'attribution au conjoint survivant d'un bien personnel d'un époux, a semblé néanmoins limiter le champ d'application de la notion d'avantage matrimonial au transfert de biens ou à l'attribution d'une créance au profit du conjoint survivant lorsque ces biens seraient, en régime de communauté, un bien commun ou, écrit-il, un acquêt (même si ces deux notions ne sont en réalité pas assimilables).

C'est ce qu'il estime d'ailleurs être la solution préconisée par Philippe De Page et Isabelle De Stefani.

Si un des époux a, dans un contrat de mariage, attribué à son conjoint la totalité d'un bien personnel, il y aurait donc lieu de rechercher s'il s'agit d'un acquêt, les acquêts étant définis par l'auteur comme « *des accroissements de richesses créés pendant le mariage au moyen des revenus des époux* », ou s'il s'agit, au contraire, d'un « *bien personnel définitif* », ceux-ci étant définis comme « *des accroissements de richesses dus au patrimoine possédé avant mariage ou à des capitaux familiaux* ».

Dans la première hypothèse, l'attribution à son conjoint d'un ou de biens personnels serait considérée, à l'égard d'un enfant commun des époux, comme un avantage matrimonial pour la totalité, ou, à l'égard d'un enfant issu d'une union antérieure, pour la moitié, tandis que dans la seconde hypothèse, elle serait considérée, à l'égard d'un enfant commun du couple, comme un avantage matrimonial pour la moitié et cesserait d'être un avantage matrimonial à l'égard d'un enfant d'une union antérieure.

³³ M. VAN MOLLE, « Le régime de séparation de biens corrigée », in M. VAN MOLLE (coord.), *La réforme des régimes matrimoniaux en pratique*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 174 et s., n°s 36 et s.

23. Pareille analyse n'est absolument pas celle, par contre, d'Alexandra Demortier³⁴.

Celle-ci considère, en effet, « *qu'un avantage matrimonial en régime légal ne se conçoit que pour des biens relevant de la masse commune que constitue la communauté* ».

Il ne serait dès lors possible, en régime de séparation de biens, d'appliquer par analogie les dispositions du régime légal relatives aux avantages matrimoniaux que lorsque, par une clause de leur contrat de mariage, les époux constituent aussi une « *masse commune* » adjointe à leur régime, c'est-à-dire, selon les différentes appellations qui ont pu leur être données, une société d'acquêts, un patrimoine commun interne, une société limitée ou un patrimoine d'affectation.

Aux yeux de l'auteur, ces masses communes adjointes ont une « *nature similaire à celle d'une communauté* », en manière telle que, pour autant qu'elles portent sur des biens de la masse commune adjointe qui auraient été qualifiés de communs dans le régime légal³⁵, « *des clauses d'attribution du patrimoine commun adjoint au dernier vivant, de préciput relatives aux biens composant cette masse commune adjointe et des apports à ce patrimoine seraient susceptibles d'être vus comme des avantages matrimoniaux, répondant aux règles des articles 1458, 1464 et 1465, puisqu'il existerait une base légale ainsi qu'une possibilité de transposer par analogie les règles issues du régime légal* ».

En revanche, dès lors qu'une indivision se distingue, par sa nature, d'un patrimoine commun, les règles du régime de communauté applicables au patrimoine commun ne peuvent y être transposées et y faire l'objet d'une application par analogie.

L'argument est, à vrai dire, d'autant plus convaincant qu'il n'existe pas d'avantage matrimonial en régime de communauté pour des biens qui n'appartiendraient pas au patrimoine commun des époux mais seraient indivis entre eux (voy. *infra*, n° 31).

Étrangement, Alexandra Demortier, « *au risque de verser dans l'incohérence* », admet ce qu'elle reconnaît elle-même, considère, par contre, qu'on pourrait transposer les règles des articles 1458, 1464 et 1465 dans un régime

³⁴ A. DEMORTIER, « Dispositions communes à tous les régimes matrimoniaux », in *La réforme du droit des régimes matrimoniaux. Regards de praticiens*, J.T. 2019, pp. 109 et s., n°s 30 et s. ; *Rev. not. b.*, 2019, pp. 119 et s., n°s 30 et s.

³⁵ En note de bas de page n° 123, l'auteur y inclut, en réalité, non seulement les biens visés à l'article 1405 du C. civ. mais aussi « *des biens propres apportés à la communauté* », même si ceux-ci ne sont pas des biens qualifiés de communs dans le régime légal.

de participation aux acquêts, « *dès l'instant où l'on considère qu'il existe dans ce régime une masse commune* ».

Ce serait à la condition, écrit-elle, que l'on se rallie à la thèse selon laquelle la dissolution d'un régime de participation aux acquêts imposerait la constitution d'une « *communauté comptable* » dont la vocation est d'être partagée entre les époux.

Il paraît cependant difficile de se rallier à pareille thèse, d'autant qu'elle n'est pas compatible avec les nouvelles dispositions légales régissant la clause de participation aux acquêts (voy. *infra*, n° 38).

24. Enfin, dans l'ouvrage publié par le Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine de l'UCL, Jean-François Taymans a présenté une analyse *a priori* encore différente³⁶.

C'est qu'à ses yeux, même s'il reconnaît que c'est discutable, l'alinéa 4 de l'article 1469 § 1^{er}, du Code civil, en vertu duquel « *les articles 1429bis, 1458, 1464 et 1465 sont applicables par analogie* », doit être lu dans le prolongement de l'alinéa 3 selon lequel les époux mariés en régime de séparation de biens peuvent « *adopter des clauses visant à réaliser un décompte entre leurs patrimoines* ». Ce ne serait dès lors qu'à ces clauses visées à l'article 1469, § 1^{er}, alinéa 3, du Code civil qu'il pourrait y avoir lieu de procéder à l'application « *par analogie* » envisagée à l'alinéa 4.

L'auteur confère néanmoins une significative extensive aux clauses visant à réaliser un « décompte » entre les patrimoines des époux, en se référant d'ailleurs à une précision fournie par Madame Hélène Casman dans son étude rédigée pour le conseil francophone de la Fédération du notariat belge³⁷. Selon celle-ci, cette expression proviendrait d'une traduction maladroite du terme néerlandais « *verrekening* ».

Les clauses envisagées seraient alors celles qui visent « *à réaliser une répartition ou une compensation entre les époux dont les revenus, les économies ou les avoirs constitués pendant le mariage sont inégaux* » – ce qui engloberait dès lors aussi bien les clauses « *visant l'adjonction au régime de séparation de biens d'une communauté réduite, d'une société d'acquêts, d'un patrimoine interne, d'un patrimoine d'affectation ou d'une indivision dont les époux organisent*

³⁶ J.-F. TAYMANS, « Les avantages matrimoniaux en régime de séparation de biens », in J.-L. RENCHON et F. TAINMONT (dir.), *La réforme des régimes matrimoniaux et des droits successoraux du conjoint et du cohabitant légal. Ce que la loi du 22 juillet 2018 règle et ce qu'elle ne règle pas*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 227 et s.

³⁷ H. CASMAN, « Les nouveautés apportées au régime de séparation de biens », in C. AUGHUET (coord.), *Le notaire face aux réformes des régimes matrimoniaux et des successions*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 80.

le fonctionnement dans leur contrat de mariage » que celles aboutissant à une créance³⁸.

C'est ce qui permet à Jean-François Taymans de considérer que, pour autant que les époux adoptant le régime de la séparation de biens aient inclus dans leur contrat de mariage une clause visant à « *communautariser* » leurs acquêts, quelles que soient les modalités de cette communautarisation³⁹, ils pourront bénéficier de l'extension au régime de la séparation de biens des dispositions régissant en régime légal les avantages matrimoniaux, aussi bien les avantages matrimoniaux du premier degré – qui visent à faire participer de manière égalitaire l'époux dont les revenus sont moindres aux acquêts qu'il n'a pas financés directement – que les avantages matrimoniaux du second degré – c'est-à-dire les procédés qui rompent l'égalité entre les époux dans les limites fixées par les articles 1464 et 1465 du Code civil.

§ 3. — Une lecture rigoureuse des textes légaux

25. Quelqu'ambiguë ait pu être la rédaction de l'article 1469, § 1^{er}, alinéa 4, du Code civil, la solution la plus sage n'est-elle pas, en définitive, compte tenu des explications elles-mêmes ambiguës contenues dans les travaux préparatoires de la loi et des divergences de compréhension et d'interprétation dans la doctrine, de s'en tenir au **texte** des dispositions légales ?

26. Le texte de l'article 1469, § 1^{er}, alinéa 4 prévoit qu'il sera procédé à une application « *par analogie* », en régime de séparation de biens, **des dispositions des articles 1429bis, 1458, 1464 et 1465 du Code civil.**

Ces dispositions légales, qui ont toutes été rédigées pour les régimes de communauté à **propos du patrimoine commun des époux**, pourront donc désormais aussi être appliquées « *par analogie* » à des clauses insérées dans le contrat de mariage des époux qui ont adopté un régime de séparation de leurs biens.

27. Une interprétation ou une application « *par analogie* » suppose toutefois qu'il y ait « *analogie* » entre les situations prises en considération.

³⁸ J'ai personnellement de la peine à comprendre que le terme « décompte » employé à l'article 1469, § 1^{er}, **alinéa 3**, du Code civil – qui signifie *a priori* qu'il y aura à effectuer une opération comptable destinée à établir une éventuelle créance au profit d'un des époux, comme dans un régime de participation aux acquêts – puisse englober une opération de partage d'une masse commune, d'autant que la possibilité de créer un patrimoine d'affectation est expressément déjà visée à l'article 1469, § 1, **alinéa 2** nouveau, du Code civil.

³⁹ L'auteur y inclut même aussi les présomptions de propriété ou une clause prévoyant que le financement inégal de l'acquisition par quotités égales d'un bien indivis entre les époux ne donnera pas lieu à un décompte entre les époux. Il en exclut par contre un éventuel avantage matrimonial portant sur un bien personnel à un époux.

Une application par analogie consiste en effet à appliquer un texte visant une situation précise à une situation qui, tout en n'étant pas identique, est « *analogue* », c'est-à-dire semblable ou en tout cas voisine⁴⁰.

Elle repose donc sur l'idée que des situations similaires peuvent être traitées de la même façon, mais, précisément, la situation à laquelle on entend appliquer une règle identique doit être suffisamment similaire pour recevoir le même traitement juridique.

28. Or, que prévoient les dispositions légales qui seraient susceptibles d'être ainsi appliquées « *par analogie* » en régime de séparation de biens ?

29. En réalité, les articles 1429*bis*, 1458, 1464 et 1465 du Code civil ne concernent, en régime de communauté, que le **patrimoine commun**, c'est-à-dire les biens qui font partie de ce patrimoine commun, soit en vertu des dispositions légales applicables au régime légal, soit en vertu d'une clause du contrat de mariage des époux.

Les articles 1452 à 1465 du Code civil sont contenus dans le chapitre III intitulé « Des conventions qui peuvent modifier le régime légal » du titre V du Code civil consacré aux régimes matrimoniaux.

Ces conventions qui peuvent modifier le régime légal sont de deux types :
— les clauses extensives du **patrimoine commun** ;
— les clauses dérogeant à la règle du partage égal du **patrimoine commun**.

Or, c'est à propos de ces clauses, susceptibles d'enrichir un des époux et de lui conférer un avantage à titre gratuit, que le législateur a déterminé, à tort ou à raison (voy. *infra*, section II), dans quelle mesure elles ne seront cependant pas « *regardées comme des donations* ».

Il s'est à cet égard exprimé en des termes clairs.

D'une part, à l'égard des enfants communs des époux, un partage inégal du **patrimoine commun** au profit du conjoint survivant, soit en vertu d'une clause de préciput, soit en vertu d'une clause de partage inégal ou d'attribution totale du **patrimoine commun**, sera fictivement considéré comme ne constituant pas une libéralité, sauf à concurrence de ce qui aurait été attribué à l'époux survivant au-delà de la moitié de la valeur, au jour du partage, de biens propres, présents ou futurs, que l'époux prédécédé aurait fait entrer **dans le patrimoine commun** par une stipulation expresse du contrat de mariage.

Par contre, à l'égard des enfants non communs des époux, tout ce qui serait attribué **dans le patrimoine commun**, au-delà du simple partage égal

⁴⁰ Voy. J.C. BERGEL, *Méthodologie juridique*, 2^e éd., PUF, 2016, p. 263.

des économies faites sur les revenus respectifs des époux, serait sans effet pour tout ce qui excéderait la quotité disponible de la succession de l'époux prédécédé.

30. Il est dès lors inexact, malgré tout ce qui a pu être exprimé lors des travaux préparatoires de la loi du 22 juillet 2018 et dans les commentaires doctrinaux, que ces dispositions légales consacraient le principe selon lequel, en régime de communauté, l'avantage matrimonial porterait sur les acquêts du couple, entendus, pour reprendre la formulation d'Hélène Casman (*supra*, n° 18), comme la totalité des économies faites sur les revenus des époux pendant le mariage, ou celle de Mathieu Van Molle (voy. *supra*, n° 22), comme les accroissements de richesses créés pendant le mariage au moyen des revenus des époux.

D'une part, l'article 1464 du Code civil permet de concéder un avantage matrimonial au conjoint survivant sur des non-acquêts, c'est-à-dire les biens **propres** d'un des époux que celui-ci aurait apportés au patrimoine commun par une stipulation expresse du contrat de mariage et qui seraient donc devenus des biens du patrimoine commun.

D'autre part, il est des acquêts, tels que définis ci-dessus, qui pourraient ne pas être des biens communs. Tel sera le cas lorsque les époux n'adopteraient un régime de communauté qu'au cours du mariage par un acte modificatif de leur régime matrimonial initial. Les économies constituées depuis le jour du mariage et les biens acquis au moyen de ces économies **avant** ce contrat de mariage modificatif ne deviendront pas des biens communs, et ils n'appartiendront donc pas au patrimoine commun, car seules les économies constituées avec les revenus perçus par les époux depuis le jour de l'acte modificatif seront des biens communs, à moins que, par une stipulation expresse du contrat de mariage, ces biens aient été apportés au patrimoine commun.

Il n'y a donc pas nécessairement d'équivalence, dans les dispositions applicables en régime de communauté, entre les biens communs et les « acquêts » constitués depuis le jour du mariage, et il ne pourra y avoir d'avantage matrimonial, au sens d'une disposition qui ne serait pas regardée comme une libéralité, qu'à l'égard des biens du patrimoine commun, et non pas des acquêts tels qu'ils ont été présentés et circonscrits lors des travaux préparatoires de la loi du 22 juillet 2018 ou dans les commentaires doctrinaux.

31. Il n'existe donc pas, en régime de communauté, une prétendue « théorie des avantages matrimoniaux » en vertu de laquelle les acquêts d'un couple appartiendraient de plein droit aux deux époux et pourraient dès lors être attribués en totalité au conjoint survivant sans qu'il n'y ait là une quelconque libéralité.

C'est au contraire parce que et lorsqu'un ensemble de biens dépend d'un « **patrimoine commun** » constitué entre les deux époux que le législateur avait dès le Code Napoléon comme en 1976 conféré à ces époux la possibilité, sous certaines limites, d'attribuer ces **biens communs** au conjoint survivant.

La nature spécifique de ce patrimoine commun, affecté à la communauté des époux, justifiait à ses yeux, à tort ou à raison (voy. *infra*, section II), que ce patrimoine commun, mais exclusivement ce patrimoine commun, puisse être attribué au conjoint survivant ou que les biens apportés à ce patrimoine commun puissent appartenir pour moitié au conjoint survivant.

S'il existe une théorie des avantages matrimoniaux en régime de communauté, cette théorie ne concerne, en tout cas, que les biens du **patrimoine commun**, et les dispositions légales contenues dans les articles 1429*bis*, 1458, 1464 et 1465 du Code civil ne peuvent être appliquées qu'au patrimoine commun.

Il n'existe aucune possibilité d'appliquer ces dispositions légales à des biens qui appartiendraient aux patrimoines propres respectifs des époux, même si ces biens étaient des « acquêts », entendus au sens où ils ont été définis lors des travaux préparatoires de la loi du 22 juillet 2018.

Si deux époux, qui s'étaient mariés en séparation de biens pure et simple en 1990 et qui avaient entre-temps déjà pu chacun constituer des acquêts respectifs de 500 et 500, adoptaient en 2020 le régime de la communauté légale, l'attribution au conjoint survivant dans ce nouveau contrat de mariage de leurs acquêts **propres** constituerait une institution contractuelle et ne pourrait en aucune manière être appréhendée comme un avantage matrimonial tel que circonscrit par l'article 1464 du Code civil.

Si ces époux déclaraient par contre apporter leurs acquêts respectifs au patrimoine commun, l'attribution de ces biens dépendant désormais du **patrimoine commun** au conjoint survivant pourrait être appréhendée comme un avantage matrimonial à concurrence de la moitié de ces biens, mais non pas de la totalité, même s'ils étaient des « acquêts », entendus au sens où ils ont été définis lors des travaux préparatoires de la loi du 22 juillet 2018.

32. Il est à vrai dire étonnant – ce qui ne fait d'ailleurs que confirmer que les explications fournies lors des travaux préparatoires ont été ambiguës et contradictoires – que le législateur ne paraît même pas avoir perçu que les dispositions des articles 1464 et 1465 du Code civil ne pouvaient être appliquées en régime de communauté qu'à des biens du **patrimoine commun**.

Une application « *par analogie* » de ces dispositions légales – c'est-à-dire une application dans une situation semblable ou voisine – ne peut dès lors se

concevoir que pour autant qu'il existe un patrimoine commun et qu'à propos des biens de ce patrimoine commun, ou, en tout cas, une « masse commune » comparable à ce patrimoine commun et à propos des biens de cette « masse commune ».

L'analyse faite par Alexandra Demortier (voy. *supra*, n° 23) me paraît dès lors parfaitement correcte. Elle ne voit, à juste titre, une situation semblable ou voisine à laquelle il serait possible d'appliquer « par analogie » les dispositions des articles 1458, 1464 et 1465 du Code civil que lorsque dans un régime de séparation de biens, les époux ont adjoint à ce régime une « masse commune », telle une société accessoire, parfois qualifiée de société d'acquêts, présentant des caractéristiques comparables au patrimoine commun, c'est-à-dire une masse commune affectée à la communauté de vie des époux, qui constitue une universalité, qui répond aux règles de la subrogation, qui ne se conçoit pas sans l'existence d'un passif corrélatif, qui fait ainsi partie intégrante du régime matrimonial des époux et qui ne sera dès lors dissoute et susceptible d'être partagée que lors de la dissolution de ce régime matrimonial.

Ce n'est donc que si les époux ont adjoint à leur régime de séparation de biens une telle « masse commune » qu'il sera possible de leur appliquer par analogie la disposition de l'article 1464 du Code civil chaque fois qu'ils auront attribué les biens entrés dans cette masse commune au survivant d'entre eux, étant entendu par contre que, conformément à l'article 1465 du Code civil, le partage égal des biens communs procédant des économies faites sur les revenus respectifs à partir du jour de la constitution de la masse commune ne sera jamais considéré comme une libéralité.

33. Au demeurant, comment appliquer « par analogie » les dispositions des articles 1458, 1464 et 1465 du Code civil en régime de séparation de biens à des biens propres ou indivis des époux, alors que ces dispositions ne **s'appliquent pas**, en régime de communauté, à des biens propres ou indivis des époux ?

On ne peut pas appliquer « par analogie » dans une situation juridique comparable une règle qui ne s'applique même pas dans la situation juridique où on prétend aller la chercher.

On ne peut donc pas appliquer « par analogie » une règle applicable au patrimoine commun en régime de communauté dans un régime matrimonial où il n'existe pas de patrimoine commun.

34. C'est ce qui permet d'ailleurs d'expliquer à quel point la doctrine est hésitante et divergente lorsqu'elle tente malgré tout d'appliquer par analogie ce qui n'est précisément pas applicable par analogie, même si les auteurs de la

proposition de loi avaient cherché à expliquer que la « *théorie des avantages matrimoniaux* » s'appliquerait en régime de communauté aux « acquêts » – ce qui était inexact – et qu'il serait dès lors également possible de l'appliquer à des « acquêts » en régime de séparation de biens, alors que ce concept n'existe pas en régime de séparation de biens.

Prenons un exemple concret. Pendant le mariage de deux époux séparés de biens, l'acquisition d'un immeuble servant au logement de la famille a été financée à concurrence de 100 % par un des deux époux, pour 30 % avec ses économies sur ses revenus et pour 70 % avec des capitaux familiaux. Soit, cet époux l'avait acquis en nom personnel, soit, il avait décidé de l'acquérir en indivision avec son épouse.

Quelques mois avant le décès du mari, les époux concluraient un contrat de mariage modificatif dans lequel le mari déciderait d'attribuer cet immeuble à son épouse si elle lui survivait.

L'article 1464 du Code civil est tel quel **inapplicable** à pareille situation juridique qui n'est en rien comparable ou voisine de celle que l'article 1464 régit.

L'immeuble ne dépend en aucune manière d'une masse commune constituée par les deux époux. Dans la première hypothèse, l'immeuble est exclusivement **propre** au mari. Dans la seconde hypothèse, chacun des deux époux en détient une moitié indivise dans son patrimoine **propre**.

Comment serait-il concevable de transposer à cette situation une disposition légale conçue pour une toute autre situation à laquelle elle ne correspond en aucune manière ?

À supposer d'ailleurs que les époux auraient, lors de ce contrat de mariage modificatif, adopté pour l'avenir le régime de la communauté légale, l'article 1464 du Code civil n'aurait pas davantage été applicable à cette situation, puisque l'immeuble ne dépendrait pas de leur patrimoine commun.

35. On ne peut pas vouloir à la fois « le beurre et l'argent du beurre ».

Si, pour les époux qui choisissent de se marier en **régime de communauté**, en ayant accepté de faire entrer dans un **patrimoine commun** les biens acquis comme les dettes contractées pendant le mariage, le législateur a élaboré une disposition spécifique qui leur permet d'attribuer ce patrimoine commun au conjoint survivant, pareille disposition n'est pas transposable à ceux qui ont, au contraire, refusé de constituer entre eux un patrimoine commun, même au nom de l'objectif idéologique (voy. *infra*, n° 41 et s.) que les époux devraient pouvoir s'attribuer au jour de leur décès leurs « acquêts », y compris ceux qu'ils avaient exclu d'intégrer dans un patrimoine commun.

Leur situation n'a précisément rien d'« analogue », et il serait contraire aux termes des dispositions légales, telles qu'elles ont été rédigées à propos du **patrimoine commun** en régime de communauté, de les appliquer par analogie là où les époux ont précisément refusé de constituer entre eux un patrimoine commun.

36. Ce que les époux font, en réalité, lorsqu'ils s'attribuent par contrat de mariage au décès de l'un d'entre eux des biens qui leur sont **propres** ou leur quote-part propre d'un bien indivis, n'est rien d'autre qu'une institution contractuelle d'héritier portant sur leur patrimoine propre (art. 1093 C. civ.).

Une institution contractuelle est une libéralité et elle ne change pas de nature parce qu'elle aurait porté sur des « acquêts ».

37. Ce n'est pas à confondre, par contre, avec ce que les époux conviennent dans un régime de participation aux acquêts.

Les nouvelles dispositions légales qui organisent ce régime en sont d'ailleurs une parfaite illustration.

Dans un tel régime, les époux se confèrent l'un à l'autre une créance réciproque de participation sur leurs acquêts **futurs**, c'est-à-dire ceux qu'ils se constitueront **à partir de la date à laquelle le régime matrimonial prend effet** (art. 1469/2, § 1^{er}, C. civ.).

Ils ignorent par conséquent, lorsqu'ils adoptent ce régime, s'il y aura des acquêts futurs, lequel d'entre eux les constituera et dans quelle mesure. Ils acceptent par ailleurs de se reconnaître une telle créance, que leur mariage soit ultérieurement dissout par divorce ou par décès. La créance de participation finale qui sera reconnue à l'un d'entre eux représentera la moitié de la différence entre leurs acquêts respectifs futurs tels qu'ils pourront les identifier ultérieurement à la dissolution de leur régime.

L'objectif de ces époux est, comme dans une société où les actionnaires ont des parts égales, de se partager par moitié les éventuels bénéfices de cette société. À la différence d'un contrat de société, ce partage s'effectuera sous la forme d'une créance d'un époux à l'égard de l'autre, mais, comme dans un contrat de société, il n'y aura pas là la moindre libéralité.

Par contre, il ne peut en résulter que, lorsque les deux époux auraient attribué au conjoint survivant une créance de « participation » (le terme deviendrait d'ailleurs totalement inadéquat) sur la totalité des acquêts du conjoint prédécédé (ce qu'au demeurant les nouvelles dispositions légales insérées aux articles 1469/1 à 1469/13 ne prévoient absolument pas), il y aurait encore là

une situation comparable au partage des bénéfices dans un contrat de société. Ce serait au contraire une libéralité, car l'époux prédécédé se serait dépouillé à titre gratuit de la totalité ou à tout le moins d'une partie de son patrimoine personnel.

Il en serait de même si au cours de leur mariage ou *a fortiori in articulo mortis* les époux s'attribuaient rétroactivement par un nouveau contrat de mariage une créance de participation sur leurs acquêts **présents**. Il ne s'agirait plus là de se partager pour l'avenir leurs éventuels bénéfices futurs. Au contraire, non seulement ils en connaîtraient la consistance précise, mais ils sauraient parfaitement qui les aurait constitués et dès lors, ce que l'un d'entre eux déciderait délibérément d'attribuer à titre gratuit à son conjoint. Ce serait là, dans le chef de celui qui attribuerait ainsi à son conjoint une partie de ses acquêts, même sous la forme d'une créance, se dépouiller d'une partie de son patrimoine personnel au profit de son conjoint en lui consentant par là même une libéralité.

Contrairement à ce qu'une majorité des auteurs laissent entendre, l'article 1464 du Code civil ne serait pas susceptible d'être appliqué « par analogie » à de telles libéralités, dès lors que l'article 1464 du Code civil ne prend en considération que l'attribution au conjoint survivant d'un bien d'un **patrimoine commun**, et ces époux n'avaient par leur contrat de mariage constitué aucun patrimoine commun.

Comme on l'a indiqué ci-avant (*infra*, n° 23), Alexandra Demortier s'est cependant posé la question de savoir si l'on ne pourrait pas malgré tout considérer que lors de la dissolution d'un régime de participation aux acquêts, il se constituerait une « masse fictive » ou une « communauté comptable » dont la vocation serait d'être partagée entre les époux.

Pareille analyse n'est à mes yeux pas exacte. Le régime de participation aux acquêts n'est pas un régime de communauté différée. Les acquêts respectifs des époux restent, y compris lors de la dissolution du régime, des biens qui leur sont propres et qui n'entrent aucunement dans une masse commune, et il n'y aura d'ailleurs pas à les partager. L'opération comptable s'effectue au sein de chacun des patrimoines propres des époux, en comparant leur patrimoine final à leur patrimoine originaire.

Ainsi que l'écrivent à juste titre Philippe De Page et Isabelle De Stefani ⁴¹, « *il n'y a donc pas de masse active ou passive de biens ou dettes, mais seulement une comptabilisation des acquêts* ».

⁴¹ DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. IX, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, p. 834, n° 561.

38. D'aucuns soutiendront assurément qu'il aurait déjà été considéré, avant la réforme opérée par la loi du 22 juillet 2018, qu'on pouvait regarder comme un avantage matrimonial – qui n'aurait pas été considéré comme une libéralité – une clause qui, dans un régime de séparation de biens, permettrait au conjoint survivant de faire valoir à l'égard du conjoint prédécédé une créance de « participation » (le terme est ici aussi particulièrement inadéquat) calculée sur tous les acquêts du couple constitués pendant le mariage, de manière à attribuer tous ces acquêts au conjoint survivant sans que cette attribution ne soit prise en compte pour le calcul de la réserve des enfants.

Le professeur Alain Verbeke⁴² avait d'ailleurs vu dans pareille clause, dont les effets pourraient à ses yeux être limités à la seule hypothèse de la dissolution du mariage par le décès d'un des époux⁴³, un « *instrument de planification patrimoniale* » permettant d'assurer la « *protection optimale du conjoint survivant* » et, par là même, de priver les enfants du couple de leurs droits successoraux réservataires (ou à tout le moins de leur valeur) dans tous les biens du patrimoine personnel du conjoint prédécédé qui pourraient être considérés comme des acquêts.

Si la clause de participation était, au surplus, une clause « *alsof* », c'est-à-dire une clause permettant au conjoint survivant de se faire payer une créance équivalente à la valeur de l'ensemble du patrimoine personnel du conjoint prédécédé, « *comme si* » les époux avaient été mariés en communauté universelle, les enfants communs du couple seraient au surplus prétendument privés de leurs droits successoraux réservataires (ou à tout le moins de leur valeur) dans la moitié des biens du conjoint prédécédé qui n'auraient pas pu être considérés comme des acquêts.

À ses yeux, « *la comparabilité économique* » avec la situation de deux époux en communauté de biens justifiait que les règles en matière d'avantages matrimoniaux en communauté soient transposées à pareilles clauses⁴⁴.

À défaut d'une comparabilité juridique, cette comparabilité économique procédait, selon cet auteur, de ce que la clause de « participation » finale au profit du conjoint survivant sur le patrimoine du conjoint prédécédé réaliserait « *sur le plan du droit des obligations* » ce que l'attribution au conjoint survivant du patrimoine commun ou d'une communauté universelle réaliserait « *sur le plan du droit des biens* ».

⁴² A. VERBEKE, « Thèmes 27 à 30 », in *Manuel de planification patrimoniale. Le couple. Décès*, liv. 4, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 195 à 212.

⁴³ Il envisageait même que cette clause ne sortirait pas ses effets s'il était démontré qu'au moment du décès, les époux étaient séparés ou avaient entamé une procédure de divorce.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 205, n° 186.

C'était cependant, me paraît-il, déformer là le sens précis et la *ratio legis* des dispositions légales en matière de communauté, au prétexte d'une prétendue « comparabilité économique », à seule fin d'« optimiser » la situation du conjoint survivant.

Même si le professeur Verbeke avait vu dans un arrêt de la cour d'appel d'Anvers⁴⁵ un appui à sa thèse, il n'y a, en réalité, aucune équivalence ou analogie **juridique** entre l'article 1464 du Code civil qui régit l'attribution au conjoint survivant des biens d'un patrimoine commun et une clause de « participation » sous la forme d'une créance dans le patrimoine propre du conjoint prédécédé dont l'auteur saluait les mérites.

Il n'y a même pas de comparabilité économique, car lorsque les époux constituent un patrimoine commun, ils acceptent de faire entrer définitivement dans ce patrimoine devenu précisément « commun » des biens qui ne leur appartiendront plus jamais de manière exclusive et qu'ils devront nécessairement partager avec leur conjoint si le régime matrimonial est dissous par un divorce, alors que la clause de « participation » finale proposée par le professeur Verbeke permet, au contraire, à chaque époux de conserver tous ses biens dans son patrimoine propre pendant toute la durée du mariage, y compris lorsque les époux se sépareraient ou divorceraient. Elle n'est destinée à sortir ses effets qu'au jour du décès de l'un d'entre eux et elle permettra au conjoint survivant de se faire attribuer, sous la forme d'une créance, tous les « acquêts » qui n'avaient pas cessé d'appartenir en propre au conjoint prédécédé, et même éventuellement la totalité de son patrimoine.

Ce sont là deux mécanismes dont la réalité économique est radicalement différente. Une chose est de constituer un patrimoine commun qui sera affecté à la communauté de vie conjugale et qui s'alimentera de plein droit de biens communs et de dettes communes. Autre chose est de conserver pendant toute la durée du mariage ses biens et ses dettes « pour soi ».

SECTION II. — QUELLE LÉGITIMITÉ ?

39. À vrai dire, la « *théorie des régimes matrimoniaux* », en vertu de laquelle l'attribution au conjoint survivant des « acquêts » constitués pendant le mariage, y compris la totalité de ces acquêts, ne serait qu'un avantage matrimonial qui ne devrait point être regardé comme une donation, est une

⁴⁵ Anvers, 5 octobre 2004, *Rev. gén. enr. not.*, 2005, p. 301, *Rev. not. b.*, 2005, p. 706 et l'étude de L. VOISIN, *Avantages matrimoniaux et libéralités entre époux séparés de bien*, p. 678, *T. not.*, 2007, p. 510. Cet arrêt n'avait cependant été prononcé qu'en matière fiscale.

affirmation idéologique, d'autant qu'elle ne se trouve aucunement exprimée telle quelle en termes juridiques dans notre législation. Elle n'y est exprimée qu'à propos de l'attribution des biens d'un patrimoine commun.

Là où elle est exprimée, elle représente d'ailleurs juridiquement une « fiction », c'est-à-dire un « *artifice de technique juridique, "mensonge de la loi", consistant à supposer un fait ou une situation différents de la réalité en vue de produire un effet de droit* »⁴⁶.

En l'espèce, la fiction consiste à qualifier ce qui, dans la réalité, constitue une libéralité comme si – mensonge de la loi – elle n'était pas une libéralité. Elle redevient malgré tout, par un coup de baguette magique, une libéralité, ou à tout le moins elle sera effectivement considérée comme une libéralité, à l'égard des enfants d'une autre union du conjoint prédécédé.

40. Il n'est au demeurant pas possible de comprendre, en termes juridiques, que **la même disposition**, consistant à attribuer au conjoint survivant la part appartenant au conjoint prédécédé **dans les mêmes biens**, puisse être qualifiée de libéralité lorsqu'elle emprunte la voie d'une institution contractuelle d'héritier⁴⁷ ou d'un testament⁴⁸, alors qu'elle ne le serait plus lorsqu'elle serait présentée comme une clause de partage d'un patrimoine commun.

Dans chacune des trois hypothèses, il s'agit bien d'attribuer au conjoint survivant ce qui jusqu'au jour du décès du conjoint prédécédé appartenait à celui-ci et donc de s'en dépouiller à titre gratuit au profit d'une autre personne, fût-elle le conjoint survivant.

41. Comment alors justifier la « fiction » qu'une clause de partage inégal du patrimoine commun ne serait cependant pas une libéralité, si ce n'est, ainsi que les auteurs de la proposition de loi l'ont affirmé à plusieurs reprises lors des travaux préparatoires de la loi du 22 juillet 2018, par la considération idéologique – et non juridique – que le patrimoine commun de deux époux comprend *a priori* leur épargne constituée pendant le mariage et qu'il serait **légitime** que la totalité de cette épargne puisse être attribuée au conjoint survivant sans que les héritiers réservataires du conjoint prédécédé – lorsque ce sont les enfants du couple – ne puissent rien prétendre de cette part du patrimoine du conjoint prédécédé.

⁴⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 7^e éd., P.U.F., 1998.

⁴⁷ On sera en présence d'une institution contractuelle, constitutive d'une libéralité, lorsque les époux se font « donation » réciproque, au jour du décès du premier d'entre eux, de la pleine propriété de la part du prémourant dans la communauté existant entre eux (art. 1093 C. civ.).

⁴⁸ On sera en présence d'un legs, constitutif d'une libéralité, si, par exemple, le mari écrit dans son testament : « *Je lègue à mon épouse, si elle me survit, ma part dans la communauté existant entre nous* ».

De là d'ailleurs la considération tout autant idéologique que pareille épargne, même lorsqu'elle n'aurait pas été logée dans un patrimoine commun aux époux, devrait pouvoir aussi être attribuée en totalité au conjoint survivant ⁴⁹.

On se trouve donc bien dans un débat relatif à la légitimité ou l'illégitimité de la conception selon laquelle le conjoint survivant aurait un droit de disposer lui-même de la part du conjoint prédécédé dans cette épargne constituée pendant le mariage.

42. Tant lors des travaux préparatoires de la loi du 22 juillet 2018 que dans des écrits doctrinaux, la légitimité de pareille vision des choses a été justifiée par trois ordres de considérations :

- lorsque des économies ont pu être constituées pendant le mariage, elles l'ont nécessairement été ensemble par les deux époux, et elles leur appartiendraient dès lors autant à l'un qu'à l'autre, en manière telle que lorsque l'un n'est plus là, c'est l'autre qui devrait pouvoir en disposer ;
- l'épargne constituée par les époux pendant le mariage serait destinée à leur « *assurer le confort de leurs vieux jours* » ⁵⁰ ;
- les enfants communs du couple retrouveront de toute manière le patrimoine de leurs parents au décès du conjoint survivant ; les parents peuvent donc « *faire attendre leurs enfants jusqu'au décès des deux parents pour obtenir leur part successorale* » ⁵¹.

43. Observons d'emblée les contradictions dont sont empreintes ces justifications.

Car si les acquêts doivent être considérés comme la propriété du conjoint survivant et sont destinés à assurer le « *confort de ses vieux jours* », ils devraient alors de plein droit lui être attribués, sans que pareille attribution ne dépende d'une éventuelle disposition de dernières volontés du conjoint prédécédé.

⁴⁹ Madame Casman a même fait valoir en commission de la justice que « *si on ne veut pas faire cette assimilation, il faudrait trouver une justification pour ne pas l'adopter* » (Rapport de la première lecture, *op. cit.*, p. 18).

Mais, outre qu'il existe une différence objective entre la situation où les époux conviennent ou acceptent lors de la conclusion de leur mariage de constituer un patrimoine commun qui sera le réceptacle de leur épargne et la situation où les époux décident, en principe, de conserver pour eux leurs revenus et leurs économies, la question fondamentale est de savoir ce qui peut justifier la fiction consistant à ne pas considérer comme une transmission à titre gratuit l'attribution au conjoint survivant de ce qui appartenait jusqu'à son décès au conjoint prédécédé.

⁵⁰ C'est en ces termes que s'est exprimé le ministre de la Justice devant la Commission de la justice de la Chambre (voy. *supra*, n° 14).

⁵¹ C'est en ces termes que s'est aussi exprimé le ministre de la Justice (Rapport de la première lecture, *op. cit.*, p. 36).

C'est donc bien qu'il n'y a là rien d'acquis et qu'au contraire c'est le conjoint prédécédé qui prend personnellement la décision d'attribuer à titre gratuit à son conjoint la part qui était la sienne dans cette épargne⁵².

D'ailleurs, lorsque les époux ont un ou des enfants d'une précédente union, ces considérations disparaissent comme par enchantement, alors que l'existence d'un ou de plusieurs enfants issus d'une autre union n'a pas en soi d'incidence sur la « nature » de l'épargne constituée par un couple pendant sa vie commune. C'est donc bien qu'il ne s'agissait là que d'une pétition de principe.

Comment concilier, d'autre part, l'idée que l'épargne constituée pendant le mariage devrait pouvoir « *assurer le confort des vieux jours* » des parents avec l'idée que les enfants doivent simplement « *attendre jusqu'au décès des deux parents pour obtenir leur part successorale* » ?

Si la part de l'épargne appartenant au conjoint prédécédé est destinée à être affectée au confort des vieux jours du conjoint survivant, il ne devrait *a priori* plus subsister grand-chose de cette « *part successorale* » que les enfants devaient simplement « *attendre* » d'« *obtenir* ».

44. En réalité, comme Madame Fabienne Tainmont l'a excellemment démontré dans une étude publiée à la veille de la réforme du droit des successions et des régimes matrimoniaux⁵³ (ce qui lui fut d'ailleurs reproché d'une manière peu élégante), les arguments qui sont avancés peuvent aisément être démontés un à un.

1) Ce n'est pas parce qu'un certain nombre d'époux constitueraient conjointement leur épargne – ce qui n'est d'ailleurs qu'une hypothèse parmi d'autres⁵⁴ – que celle-ci appartiendrait ou devrait appartenir en totalité au conjoint survivant.

Au contraire, s'il y a assurément une légitimité à ce que des époux acceptent lors de la conclusion de leur mariage de partager par moitié, en cas de divorce ou de décès, l'épargne qu'ils auront pu réaliser au cours

⁵² On relèvera d'ailleurs qu'il s'agit là d'une décision qui n'est, à ma connaissance, prise que par une minorité des époux communs en biens, car la majorité d'entre eux ne prennent pas, au contraire, l'initiative d'attribuer au conjoint survivant la part qui est la leur dans le patrimoine commun.

⁵³ 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.

⁵⁴ Dans la perspective individualiste qui devient prédominante, un certain nombre de couples contemporains considèrent au contraire qu'ils sont chacun responsables du développement de leur carrière professionnelle et, dès lors, de la constitution ou non de leur propre épargne. C'est d'ailleurs une des raisons principales de l'essor des contrats de séparation de biens pure et simple, et la réforme de 2018 n'a, semble-t-il, guère provoqué d'engouement pour les clauses de participation aux acquêts ou de correction judiciaire en équité.

de leur communauté de vie, c'est contrevenir à la réalité économique et juridique de considérer que cette épargne appartiendrait **pour la totalité** à l'un d'entre eux lors de la dissolution du régime par le décès.

Ce qui se trouvait dans le patrimoine du conjoint prédécédé jusqu'à la date de son décès ne cesse pas subitement de lui appartenir au jour de son décès.

Le législateur fiscal ne s'y est d'ailleurs pas trompé.

Lorsque la part du conjoint prédécédé est attribuée au conjoint survivant, il s'opère, en raison des dispositions prises par le conjoint prédécédé, un transfert au profit du conjoint survivant de la part du patrimoine commun qui se trouvait dans son patrimoine au jour de son décès, et il s'est donc bien dépouillé d'une partie de son patrimoine. Il n'y a donc pas de différence avec un legs, quant aux effets produits par une telle disposition de dernières volontés.

- 2) On ne peut pas légiférer de manière générale pour des situations particulières.

Il est, en effet, inexact de considérer **d'une manière générale** que le conjoint survivant aurait besoin de se voir attribuer la pleine propriété du patrimoine commun constitué par les époux pendant le mariage, alors qu'au contraire, il peut advenir et il advient même souvent qu'il dispose déjà, outre sa part de moitié dans le patrimoine commun, d'un patrimoine personnel ou à tout le moins de ressources personnelles lui permettant d'assurer « *ses vieux jours* », tandis que, par ailleurs, les enfants ou certains enfants du couple pourraient tout autant se trouver en difficulté d'assurer « *le confort de leurs vieux jours* ».

C'est précisément pourquoi le législateur, lorsqu'il avait défini dans la loi du 14 mai 1981 le statut successoral du conjoint survivant, s'était assurément soucié d'assurer la subsistance de celui-ci en lui attribuant un usufruit sur l'intégralité du patrimoine du conjoint prédécédé, mais il s'était tout autant préoccupé de laisser aux enfants la possibilité de recueillir au décès du conjoint survivant le patrimoine de leur père ou de leur mère prédécédé(e).

C'était là une solution « équilibrée », à tout le moins lorsque les époux appartiennent à la même génération ⁵⁵.

- 3) S'il s'agit effectivement, lorsque des époux ont des enfants communs, de « *faire attendre (eux-ci) jusqu'au décès des deux parents pour obtenir leur part successorale* », la solution en principe retenue par le législateur

⁵⁵ Lorsqu'il existe une trop grande différence d'âge entre le conjoint prédécédé et le conjoint survivant, cet équilibre est rompu, car le conjoint survivant pourrait encore exercer son usufruit alors que les enfants du conjoint prédécédé seraient déjà eux-mêmes décédés, sauf à ceux-ci à avoir demandé la conversion de cet usufruit sur les autres biens que le logement principal de la famille.

de l'usufruit attribué au conjoint survivant sur la totalité du patrimoine du conjoint prédécédé est la seule qui permette précisément d'y pourvoir de manière satisfaisante.

Par contre, à partir du moment où le conjoint survivant recueille la pleine propriété du patrimoine commun des époux ou de l'épargne du couple, il pourra désormais en disposer comme il l'entend, à titre onéreux, y compris en viager⁵⁶, ou à titre gratuit, par donation ou par testament, au profit d'un nouveau conjoint, d'un seul de ses enfants ou de tout tiers quelconque.

C'est dès lors une tromperie de faire croire que les enfants n'auront qu'à « *attendre jusqu'au décès des deux parents pour obtenir leur part successorale* ». Ce sera peut-être le cas si le conjoint survivant est effectivement animé de cette préoccupation, mais alors l'attribution qui lui aura été faite était, en réalité, inutile et, au demeurant, fiscalement onéreuse. Par contre, dès que la mésestante s'installe dans une famille, l'attribution de toute l'épargne du couple au conjoint survivant confère à celui-ci un pouvoir de « déshériter » (au sens large) les enfants du couple ou certains des enfants du couple d'un patrimoine qui avait en réalité appartenu à leur parent prédécédé, alors que ce conjoint prédécédé n'aurait peut-être jamais songé à exercer un tel pouvoir à l'égard de ses enfants.

45. Au surplus, les arguments qui ont ainsi pu être présentés – sans être convaincants – ne prennent aucunement en compte la possibilité supplémentaire d'attribuer au conjoint survivant – sans qu'il n'y ait là selon l'article 1464 du Code civil une libéralité – la moitié d'un bien propre (voire de l'ensemble des biens propres) du conjoint prédécédé que celui-ci aurait apportés au patrimoine commun lors de la conclusion du mariage ou pendant le mariage, alors que ces biens propres sont le plus souvent complètement étrangers à toute épargne constituée pendant le mariage.

Il est d'ailleurs symptomatique que lors des travaux préparatoires de la loi du 22 juillet 2018 le législateur soit resté sans voix à propos de cet autre type d'avantage matrimonial en régime de communauté, au point d'ailleurs que les explications qui ont pu être données à propos de l'extension dans un régime de séparation de biens de la « *théorie des avantages matrimoniaux* » conduisent à limiter cette extension aux seuls « acquêts » (voy. *supra*, n^{os} 14 et 15), de manière apparemment contradictoire avec le texte de l'article 1469, § 1^{er}, alinéa 4 nouveau, du Code civil, et que la plupart des commentaires doctrinaux ne prennent en considération, pour l'application par analogie des articles 1458, 1464 et 1465 du Code civil, que les clauses d'un contrat de

⁵⁶ C'est l'occasion de mettre en évidence l'essor actuel du marché du viager, présenté d'ailleurs parfois comme une des manières « légales » de déshériter ses enfants.

mariage de séparation de biens relatives aux « acquêts » des époux, même si rien n'est vraiment clair à propos d'éventuels « non-acquêts » qui auraient aussi été attribués au conjoint survivant.

Ce qui est par contre tout à fait clair, c'est que les arguments avancés pour tenter de justifier que les « acquêts » constitués pendant le mariage devraient pouvoir être attribués au conjoint survivant ne tiennent assurément plus lorsqu'il s'agit de considérer que l'apport par un des époux d'un bien propre (ou de ses différents biens propres) au patrimoine commun des époux constitue aussi pour l'autre époux un avantage matrimonial qui ne serait point regardé comme une libéralité, alors même qu'il est généralement affirmé et parfois même textuellement écrit dans le contrat de mariage conclu par les époux qu'un tel apport est précisément effectué « à titre gratuit »⁵⁷.

46. Tout ceci ne fait donc que confirmer que la théorie des avantages matrimoniaux est une pure fiction, dont la seule véritable justification procède d'un choix politique consistant à assurer, pour reprendre les termes du professeur Alain Verbeke (voy. *supra*, n° 38), la « *protection optimale du conjoint survivant* ».

Il y a donc seulement qu'on entend délibérément donner la « *priorité* » au conjoint survivant par rapport aux enfants du conjoint prédécédé, en permettant d'ailleurs de le favoriser d'une manière qui peut devenir outrancière⁵⁸, même si une différence de traitement difficilement justifiable est opérée entre les enfants communs du couple et les enfants issus d'une autre union⁵⁹.

⁵⁷ Voy. not. en jurisprudence, Liège, 7 septembre 2010, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 14 ou Liège, 5 décembre 2016, *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 798, et, en doctrine, P. DE PAGE et I. DE STEFANI, *Traité de droit civil belge*, t. IX, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, p. 601 n° 411.

⁵⁸ Si deux époux mariés sous le régime légal ne possèdent que leur épargne logée dans leur patrimoine commun – ce qui est fréquent – ou si, selon une des interprétations doctrinales actuellement défendues, telle celle de François Deguel ou de Matthieu Van Molle (voy. *supra*, n°s 20 et 22), deux époux séparés de biens ont acquis l'ensemble de leurs biens constituant des « acquêts en indivision », et que ces époux en attribuent la totalité au conjoint survivant, sans que cette attribution ne soit regardée comme une libéralité, la réserve des enfants à l'égard d'un de leurs auteurs sera égale à zéro, puisque celui-ci n'aurait rien laissé dans sa succession.

Comme Jean-François Taymans l'a bien montré (J.-F. TAYMANS, « Les avantages matrimoniaux en régime de séparation de biens », *op. cit.*, p. 237, n° 376), il eut été plus courageux d'affirmer clairement que la réserve des enfants serait désormais, s'agissant des acquêts, inexistante en présence d'un conjoint survivant, plutôt que « *de maintenir une construction juridique artificielle affirmant, d'une part, que les enfants ont toujours une réserve de moitié, mais, d'autre part, que, parce que des "avantages" ne peuvent, en vertu d'une fiction légale, être considérés comme des "gratifications", il peut s'agir le cas échéant de la moitié de zéro* ».

⁵⁹ Elle est difficilement justifiable, car il est faux de laisser croire que les enfants communs, à la différence des enfants non communs, recueilleront dans la succession du conjoint survivant la part de moitié que leur auteur prédécédé possédait dans le patrimoine commun des époux (*supra*, n° 44.3).

47. Ce choix politique, assumé manifestement sans état d'âme, est d'autant plus impressionnant que le même législateur venait d'adopter une réforme du droit des successions qui augmentait, par rapport aux enfants, la quotité disponible de la succession proprement dite du conjoint prédécédé susceptible d'être attribuée en pleine propriété au conjoint survivant, outre l'usufruit légal de celui-ci exercé sur la part réservataire des enfants, alors que, dans le même temps, les auteurs de ces réformes affirmaient vouloir « *rechercher de nouveaux équilibres concernant la position du conjoint survivant dans le droit des régimes matrimoniaux et le droit des successions* » (voy. *supra*, n° 4).

Plutôt que de supprimer les avantages matrimoniaux qui « faussent » les règles organisant la réserve héréditaire des enfants, comme différentes voix, assurément minoritaires, l'avaient proposé⁶⁰, le législateur a donc préféré étendre aux époux séparés de biens, même si c'est dans une mesure qui est très discutée (voy. *supra*, Section I, §§ 2 et 3), la possibilité de se conférer des avantages matrimoniaux qui seront « hors succession », tout en étendant parallèlement la quotité disponible de leur succession que les époux ont aussi la possibilité d'attribuer en pleine propriété au conjoint survivant, au détriment de leurs enfants, quel que soit d'ailleurs le lit dont ils sont issus.

Il a déjà été suffisamment démontré que ce « *cocktail toxique* » – selon l'expression du professeur Alain-Charles Van Gysel⁶¹ – pouvait conduire à attribuer au conjoint survivant jusqu'à 80, 90 % voire 100 % (voy. *supra*, n° 48 et la note 58) du patrimoine du conjoint prédécédé.

C'est évidemment totalement déséquilibré, et c'est incompréhensible lorsqu'il s'agissait précisément tout à la fois de ne pas « *partir d'un point de vue erroné* » consistant à limiter son analyse du statut du conjoint survivant sans prendre globalement en considération le droit des régimes matrimoniaux et le droit des successions, et, au contraire, de réaliser « *le délicat exercice d'équilibre entre les intérêts de toutes les parties concernées* » (*supra*, n° 2),

⁶⁰ Voy. not. l'étude argumentée de Fabienne 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. ; voy. égal. la justification des amendements nos 34 à 36 déposés le 12 juin 2018 par les députés C. Brotcorne et L. Onkelinx, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-2848/006.

⁶¹ A.-Ch. VAN GYSEL, « L'usufruit du conjoint survivant et du cohabitant légal survivant. Les inconvénients d'une solution idéale », in M. VAN MOLLE (dir.), *La famille et son patrimoine en questions*, Limal, Anthemis, 2015, p. 278 ; voy. égal. J.-L. RENCHON, « Le statut successoral du conjoint survivant – état du droit et réflexions critiques », in J.-L. RENCHON et F. TAINMONT (dir.), *Le statut patrimonial du conjoint survivant*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 5 ; J.-L. RENCHON, « L'avantage matrimonial : une technique de détournement de la dévolution successorale ? », *Ann. dr. Louvain*, 2014, p. 123.

c'est-à-dire le conjoint survivant et les enfants qui constituaient, aux yeux du législateur, le « *noyau familial* » contemporain.

Il y a par conséquent eu là, en termes juridiques, une rupture du principe d'égalité et de proportionnalité, dès lors précisément que ce « *délicat exercice d'équilibre* » a été totalement ignoré.

48. Même s'il y a probablement eu, dans le chef du législateur, une forme de déni, conscient ou inconscient, ayant consisté à faire exactement le contraire de ce qu'il disait vouloir réaliser, il reste que c'est un « choix de société » qui a été délibérément posé par le législateur, ou, à tout le moins, par sa majorité gouvernementale.

Et ce serait se fermer les yeux que de ne pas voir qu'au surplus une majorité de la doctrine ne paraît pas hostile à ce choix de société – voire paraît s'en féliciter.

C'est que ce choix de société est probablement révélateur du climat sociétal contemporain, c'est-à-dire d'une manière de penser et de se comporter induite par tout un contexte économique, social et culturel, même si cette manière de penser et de se comporter est aujourd'hui remise en cause par une minorité de la population.

Ce contexte est celui de la recherche individuelle du confort et de la sécurité **dans l'immédiat**.

L'important se trouve dans le **présent** ; le passé et l'avenir ne sont plus valorisés ; il s'agit de « *profiter* » et de se « *protéger* ».

Des notaires nous expliquent ainsi qu'ils sont consultés par des époux qui entendent « *se protéger* » de leurs enfants et qui mettent dès lors à profit la technique des avantages matrimoniaux, afin de laisser celui d'entre eux qui survivra à l'autre libre de disposer comme il l'entendra, sans devoir composer avec ses enfants, de la part de leur patrimoine commun ayant appartenu au conjoint prédécédé ⁶².

On ne peut sans doute pas ignorer cette aspiration contemporaine à se protéger dans l'immédiat ⁶³ plutôt qu'à préparer l'avenir en se préoccupant aussi de transmettre à ses enfants le fruit de son travail. C'est que serait aujourd'hui davantage valorisée l'idée que ce qu'on a pu construire, on l'a construit pour

⁶² Comme indiqué ci-avant, pareille démarche reste malgré tout minoritaire – ce qui peut d'ailleurs être considéré comme contradictoire avec les propos tenus lors des travaux préparatoires de la loi du 22 juillet 2018.

⁶³ C'est le même réflexe qui explique apparemment la réaction d'une partie de la population face à la « crise migratoire », à la « crise écologique », ou à la « crise des retraites » : protéger mes acquis sans me préoccuper du long terme.

soi puisqu'on a eu le mérite de le construire. Ses enfants n'y auraient dès lors guère de droit, et ce serait à eux, au contraire, d'être responsables pour eux du « présent » qu'ils s'organiseront.

C'est un point de vue. Je ne le partage pas⁶⁴, sans doute parce que je suis né dans un tout autre environnement sociétal où on nous apprenait, dans l'état d'esprit forgé par le programme du Conseil national de la résistance ou de la Convention de Philadelphie, qu'il est possible de construire un avenir meilleur pour tous, dans la solidarité entre les générations.

⁶⁴ Voy. J.-L. RENCHON, « Transmettre ses “biens” à ses enfants : un devoir devenu désuet ? » in *Hommage à Jacqueline Pousson-Petit*, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2016, pp. 313 et s.