

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'exercice de la profession au sein d'une société dans le régime légal : quelle protection pour le conjoint?

Mathieu, Geraldine; Cassiers, Aurélie

Published in:
Patrimonium 2020

Publication date:
2020

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mathieu, G & Cassiers, A 2020, L'exercice de la profession au sein d'une société dans le régime légal : quelle protection pour le conjoint? dans *Patrimonium 2020*. Die Keure, pp. 135 - 155.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

HOOFDSTUK I

L'EXERCICE DE LA PROFESSION AU SEIN D'UNE SOCIÉTÉ DANS LE RÉGIME LÉGAL : QUELLE PROTECTION POUR LE CONJOINT ?

PROF. DR. GÉRALDINE MATHIEU
Chargée de cours UNamur
Maître de conférences invitée ULiège

AURÉLIE CASSIERS
Assistant UHasselt

I. INTRODUCTION

1. La loi du 22 juillet 2018¹, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2018, a partiellement réformé le droit des régimes matrimoniaux. La clarification des règles du régime légal faisait partie des objectifs principaux de la réforme et s'est fondée sur trois lignes directrices : la systématisation de la distinction entre « titre » et « finance », l'allocation correcte des revenus professionnels et la neutralité de l'exercice de la profession via une société.²

2. Les deuxième et troisième lignes directrices sont assurément liées. Le principe de l'allocation correcte des revenus professionnels entend en effet assurer que les revenus professionnels acquis durant le mariage reviennent intégralement à la communauté, cette allocation constituant une règle essentielle du régime légal.³ La troisième ligne directrice s'inscrit dans cette lignée dès lors qu'elle a souhaité mettre en place le principe de « *piercing the corporate veil* » : le choix du conjoint d'exercer son activité professionnelle au sein d'une société ne doit pas avoir pour effet de priver la communauté de ses revenus.⁴

¹ 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, *M.B.*, 27 juillet 2018 (ci-après « loi du 22 juillet 2018 »).

² Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, 2848/001, pp. 5-10.

³ *Ibid.*, p. 9.

⁴ *Ibid.*, p. 10.

3. L'exercice de l'activité professionnelle au sein d'une société pouvait en effet avoir pour conséquence que certains revenus professionnels n'étaient pas distribués à la communauté et demeuraient au sein de la société dont l'époux était seul titulaire des actions. Ce dernier pouvait choisir de ne se verser comme salaire, quelle qu'en soit la forme, que le minimum pour contribuer aux charges du mariage⁵ et se réserver ainsi une partie de ses revenus dans ses actions propres. Cette situation, contraire au principe de la solidarité financière qui doit prévaloir au sein de la communauté, pouvait avoir, lors de la dissolution du régime, des conséquences particulièrement néfastes et injustes pour l'autre époux qui ne bénéficiait pas des revenus ainsi épargnés de son conjoint.⁶

4. Le législateur a voulu remédier à cette situation en s'assurant que l'ensemble des revenus générés pendant le mariage reviennent à la communauté, peu importe la forme que l'époux choisit pour exercer son activité professionnelle.⁷ À cette fin, l'article 1432 du Code civil, qui prévoit le principe des comptes de récompenses envers la communauté, a été complété d'un second alinéa,⁸ libellé comme suit :

« Le conjoint qui exerce sa profession au sein d'une société dont les actions lui sont propres doit une récompense au patrimoine commun pour les revenus professionnels nets que le patrimoine commun n'a pas reçus et qu'il aurait raisonnablement pu recevoir si la profession n'avait pas été exercée au sein d'une société. »

5. L'analyse de ce nouvel alinéa 2 fera l'objet de la présente contribution. Nous nous pencherons successivement sur les conditions d'application de cette nouvelle cause de récompense (II), la preuve (III), le montant (IV), le

⁵ J. DU MONGH, « Het wettelijk stelsel na de Wet Huwelijksvermogensrecht 2018 », dans R. BARBAIX et J. DU MONGH, *Actualia huwelijksvermogensrecht 2019*, Mortsel, Intersentia, 2019, p. 13.

⁶ Rapport de la première lecture de la proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, 2848/007, p. 94. Voir not., à propos des solutions antérieures à la réforme : Y.-H. LELEU et S. LOUIS, *Sociétés et régime matrimonial de communauté*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 81 et s. ; S. LOUIS, « Les sociétés : neutralité sociétale – revenus des associés », dans Y.-H. LELEU, *La réforme du droit des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 129, note 78 ; S. MOSSELMANS et A. VAN THIENEN, « Nieuwe huwelijksgoederenwet », dans *Notariele actualiteit 2018. Verslagboek van de vormingsdagen van de Studiekring Provinciaal Genootschap der Notarissen van Oost-Vlaanderen*, Bruges, die Keure / la Charte, 2019, p. 124, note 60 ; D. PIGNOLET, « Het statuut van aandelen, beroepsgoederen en cliënteel in het wetsvoorstel tot hervorming van het huwelijksvermogensrecht », *TEP*, 2018/1, p. 27.

⁷ Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, 2848/001, pp. 10-11, 65.

⁸ Art. 22 de la loi du 22 juillet 2018.

patrimoine débiteur (V) et le moment auquel la récompense est due (VI), avant d'examiner les dérogations possibles par contrat de mariage (VII) ainsi que les dispositions transitoires (VIII).

II. LES CONDITIONS D'APPLICATION

6. Pour trouver à s'appliquer, le nouvel alinéa 2 de l'article 1432 du Code civil nécessite la réunion de plusieurs conditions cumulatives.⁹ Nous les détaillons ci-après.

A. Une société dont les actions sont propres à l'un des époux

7. Le champ d'application de la nouvelle cause de récompense est limité à l'hypothèse où les actions de la société sont propres à l'un des époux, c'est-à-dire qu'elles ont été acquises avant le mariage ou au cours du mariage par succession, donation, remploi, subrogation, échange ou emploi de biens ou de fonds propres.¹⁰

8. L'application de l'alinéa 2 de l'article 1432 du Code civil est exclue si les actions appartiennent au patrimoine commun.¹¹ Dans ce cas en effet, le patrimoine commun n'est pas préjudicié par l'absence de rémunérations correctes ou de dividendes, tantièmes, etc., car la communauté bénéficie des

⁹ Comme le souligne DE PAGE, il n'est dès lors pas question d'élargir son champ d'application pour sanctionner « tout comportement fautif d'un époux qui, au départ de son patrimoine propre, porte préjudice au patrimoine commun » (P. DE PAGE, « L'industrie personnelle d'un époux au profit de son patrimoine propre : cause de récompense au profit du patrimoine commun ? », *R.C.J.B.*, 2020, n° 1, p. 122).

¹⁰ H. CASMAN, « Panorama des évolutions du régime légal », dans L. BARNICH *et al.*, *La réforme des régimes matrimoniaux en pratique*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 41-42 ; C. DE WULF, *De wet van 22 juli 2018 tot wijziging van het huwelijksvermogensrecht – een algemeen overzicht met modellen voor de praktijk*, Bruges, die Keure / la Charte, 2019, p. 52.

¹¹ K. BOONE, « De hervorming van het huwelijksvermogensrecht: wijzigingen inzake het wettelijk stelsel en de conventionele gemeenschap », dans G. VERSCHULDEN *et al.*, *Rechtskroniek voor het notariaat – Deel 33*, Bruges, die Keure / la Charte, 2018, p. 21 ; K. BOONE, « La réforme du droit des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 », *Act. dr. fam.*, 2018/7-9, p. 201 ; H. CASMAN, « Nieuw huwelijksvermogensrecht. Een bondige kennismaking », *N.J.W.*, 2018, n° 390, p. 769 ; P. DE PAGE, « Les nouveautés apportées au régime de la communauté », dans *Le notaire face aux réformes des régimes matrimoniaux et des successions*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 43 ; P. DE PAGE, « Les réformes dans les régimes matrimoniaux », *Rec. gén. enr. not.*, 2018/8, p. 396 ; C. DE WULF, *De wet van 22 juli 2018 tot wijziging van het huwelijksvermogensrecht – een algemeen overzicht met modellen voor de praktijk*, Bruges, die Keure / la Charte, 2019, p. 52 ; J. SAUVAGE, « La réforme des régimes matrimoniaux : état des lieux et perspectives », *RPPBI*, 2019/4, p. 284 ; S. LOUIS, « Les sociétés : neutralité sociétale – revenus des associés », dans Y.-H. LELEU, *La réforme du droit des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 130.

réserves et de l'augmentation de la valeur intrinsèque des actions.¹² Bien que les liquidités du couple puissent s'en trouver diminuées ou que la contribution aux charges du mariage puisse être déséquilibrée, la communauté n'est pas *in fine* désavantagée.¹³

9. Si les actions de la société tombent sous le champ d'application du régime de « titre et finance », l'application de la nouvelle cause de récompense est également exclue.¹⁴ En effet, dans le cas où la société a été constituée pendant le mariage, que le titre est propre mais que la valeur de celui-ci appartient à la communauté,¹⁵ cette dernière n'est pas préjudiciée car elle pourra jouir des revenus professionnels épargnés par la société lors de la dissolution du régime grâce à la valeur des actions à laquelle elle a droit.¹⁶

B. L'époux exerce son activité professionnelle au sein de cette société

10. Une deuxième condition d'application de l'alinéa 2 de l'article 1432 du Code civil est que l'époux exerce sa profession au sein de la société¹⁷

¹² Voir : H. CASMAN, « Panorama des évolutions du régime légal », dans L. BARNICH *et al.*, *La réforme des régimes matrimoniaux en pratique*, Limal, Anthemis, 2019, 41.

¹³ Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 : présentation, évolution », dans Y.-H. LELEU, *États généraux du droit de la famille III*, Limal, Anthemis, 2018, p. 81. *Contra* : P. DE PAGE, « Les nouveautés apportées au régime de la communauté », dans *Le notaire face aux réformes des régimes matrimoniaux et des successions*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 44. Cet auteur estime en effet que le patrimoine commun peut subir un préjudice du fait que les bénéfices et revenus n'ont pas été distribués, car la famille ne peut en jouir en temps utile. On répondra à cette critique que pour compenser ce préjudice spécifique, l'époux désavantagé pourra se baser sur l'article 1433 du Code civil qui répare les fautes de gestion commises conformément à l'article 1422 du Code civil (en ce sens : Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 : présentation, évolution », dans Y.-H. LELEU, *États généraux du droit de la famille III*, Limal, Anthemis, 2018, pp. 81-82). L'époux pourra ainsi invoquer une « fraude » commise à son égard (art. 1422, 3°, du Code civil) ; toutefois, entre « fraude » et « faute », l'écart reste grand.

¹⁴ Voy. P. DE PAGE, « Les réformes dans les régimes matrimoniaux », *Rec. gén. enr. not.*, 2018/8, p. 396 ; H. CASMAN, « Panorama des évolutions du régime légal », dans L. BARNICH *et al.*, *La réforme des régimes matrimoniaux en pratique*, Limal, Anthemis, 2019, 41 ; Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 : présentation, évolution », dans Y.-H. LELEU, *États généraux du droit de la famille III*, Limal, Anthemis, 2018, p. 82 ; S. LOUIS, « Les sociétés : neutralité sociétale – revenus des associés », dans Y.-H. LELEU, *La réforme du droit des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 130.

¹⁵ Art. 1401, § 1^{er}, 5° *juncto* art. 1405, § 1^{er}, 5°, du Code civil.

¹⁶ Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, 2848/001, p. 65.

¹⁷ Même si le libellé de l'alinéa 2 de l'article 1432 du Code civil ne le précise pas expressément, cette condition implique dès lors selon nous qu'il s'agisse d'une société professionnelle. En ce sens : P. DE PAGE, « L'industrie personnelle d'un époux au profit de son patrimoine propre : cause de ré-

dont les actions lui sont propres. À cet égard, la doctrine est partagée sur la question de savoir si l'époux doit être le gérant de la société¹⁸ ou s'il peut occuper toute autre fonction en son sein (employé, fonction de direction, actionnaire principal ou minoritaire, etc.).¹⁹

11. Même si le libellé de l'alinéa 2 de l'article 1432 du Code civil n'apporte pas de précision à cet égard et que l'on ne peut certes ajouter de conditions supplémentaires à ce que la loi énonce,²⁰ nous considérons que le critère qui doit prévaloir est celui de la capacité décisionnelle de l'époux actionnaire. Il serait en effet déraisonnable et contraire à l'esprit de la loi²¹ d'appliquer cette nouvelle possibilité de récompense lorsque l'époux est dépourvu d'un quelconque pouvoir de décision au sein de la société.²² L'application de la nouvelle cause de récompense exige dès lors selon nous qu'il soit vérifié, *in concreto*, que l'époux dispose d'un réel pouvoir de décision au sein

compense au profit du patrimoine commun ? », *R.C.J.B.*, 2020, n° 1, p. 122, note 67 ; C. DE WULF, *De wet van 22 juli 2018 tot wijziging van het huwelijksvermogensrecht – een algemeen overzicht met modellen voor de praktijk*, Bruges, die Keure / la Charte, 2019, p. 52 ; Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 : présentation, évolution », dans Y.-H. LELEU, *États généraux du droit de la famille III*, Limal, Anthemis, 2018, p. 82.

¹⁸ En ce sens : P. DE PAGE, « L'application de la loi du 22 juillet 2018 dans le temps », dans L. BARNICH *et al.*, *La réforme des régimes matrimoniaux en pratique*, Limal, Anthemis, 2019, p. 230 ; J. DU MONGH, « De beroepsuitoefening binnen een vennootschap neutraal voor het nieuwe huwelijksvermogensrecht », dans A.-L. VERBEKE et F. BUYSSENS, *Notariële actualiteit 2018-2019*, Mortsel, Intersentia, 2019, p. 391.

¹⁹ En ce sens : R. BARBAIX, « Actuele ontwikkelingen familiaal vermogensrecht 2018 », dans N. CARETTE et R. BARBAIX, *Tendensen Vermogensrecht 2019*, Mortsel, Intersentia, 2019, p. 28 ; R. BARBAIX, « Het nieuwe huwelijksvermogensrecht », *R.W.*, 2019-20, n° 19, p. 732 ; H. CASMAN, « Panorama des évolutions du régime légal », dans L. BARNICH *et al.*, *La réforme des régimes matrimoniaux en pratique*, Limal, Anthemis, 2019, p. 42 ; D. PIGNOLET, « Het statuut van aandelen, beroepsgoederen en cliënteel in het wetsvoorstel tot hervorming van het huwelijksvermogensrecht », *TEP*, 2018/1, p. 41 ; J. SAUVAGE, « La réforme des régimes matrimoniaux : état des lieux et perspectives », *RPPBI*, 2019/4, p. 284, note 93 (l'auteur estime toutefois qu'il est regrettable que la nouvelle cause de récompense puisse s'appliquer même si l'époux n'a pas eu le pouvoir de décider comment la société serait gérée).

²⁰ R. BARBAIX, « Actuele ontwikkelingen familiaal vermogensrecht 2018 », dans N. CARETTE et R. BARBAIX, *Tendensen Vermogensrecht 2019*, Mortsel, Intersentia, 2019, p. 28 ; R. BARBAIX, « Het nieuwe huwelijksvermogensrecht », *R.W.*, 2019-20, n° 19, p. 732.

²¹ Les travaux préparatoires font en effet référence à « l'époux-associé administrateur ou gérant » (proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, 2848/001, p. 66), ce qui implique que l'époux actionnaire dispose d'un certain pouvoir de décision quant à l'attribution ou non des revenus.

²² En ce sens également : C. DECLERCK, « De hervorming van het huwelijksvermogensrecht. Commentaar bij de wet van 22 juli 2018 », *T. Fam.*, 2018/9, p. 237 ; C. DECLERCK et B. VAN DEN BERGH, « Actualia vereffening en verdeling materieel- en procesrechtelijke aspecten », dans A.-L. VERBEKE *et al.*, *Themis 109 – Familiaal vermogensrecht*, Bruges, die Keure / la Charte, 2019, p. 57.

de la société,²³ indépendamment de la fonction qu'il occupe. Ainsi, il n'est pas nécessaire que l'époux détienne la totalité des actions ; en possédant la majorité des droits de vote,²⁴ il peut *de facto* prendre toutes les décisions lors de l'assemblée générale.²⁵ Dans son avis, le Conseil d'État relève en ce sens que même si le texte de la loi n'est pas clair sur la question, les travaux préparatoires laissent sous-entendre que l'époux doit avoir la maîtrise de la gestion de la société.²⁶

C. Une rétention ou une non-distribution injustifiée de revenus professionnels nets

12. Enfin, il ne sera dû récompense à la communauté que si celle-ci a été privée de revenus ou a subi un « manque à percevoir ».²⁷ En effet, l'exercice par un époux d'une profession au sein d'une société dont les actions lui sont propres n'implique pas nécessairement que la communauté soit lésée : si la société rémunère l'époux actif pour ses prestations de travail ou la gestion qu'il a réalisées et si cet époux reçoit des dividendes, des tan-

²³ En effet, dès lors que l'époux n'est pas en mesure d'influencer la décision de la société, il nous paraît logique d'écarter l'application de la nouvelle disposition dès lors que le patrimoine commun n'aurait pu recevoir davantage de revenus. En ce sens : R. BARBAIX, « Actuele ontwikkelingen familiaal vermogensrecht 2018 », dans N. CARETTE et R. BARBAIX, *Tendensen Vermogensrecht 2019*, Mortsel, Intersentia, 2019, p. 28 ; R. BARBAIX, « Het nieuwe huwelijksvermogensrecht », *R.W.*, 2019-20, n° 19, p. 732. Il peut également être renvoyé à la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de pension alimentaire qui exige que l'époux ait un certain pouvoir décisionnel au sein de la société pour qu'il puisse être jugé que ses revenus pourraient être supérieurs (voy. Cass., 30 septembre 2011, *R.W.*, 2012-13, n° 21, p. 819 ; *LARCAS* 2012, n° 2, p. 33 ; *Act. dr. fam.*, 2012/2, p. 32, note A.-C. VAN GYSEL ; *R.G.C.D.*, 2012/2, p. 208, note V. MAKOW).

²⁴ On pourrait aussi imaginer que l'époux ait un pouvoir décisionnel suffisamment important même s'il ne possède pas la majorité des actions. Pensons par exemple à une entreprise familiale où toutes les actions sont détenues par trois personnes : aucun des actionnaires ne possède la majorité des actions mais ils peuvent tous, *de facto*, avoir un pouvoir décisionnel très important, notamment quant à la manière dont les revenus sont attribués.

²⁵ DE WULF estime à cet égard que le prescrit légal ne permet pas cette interprétation et oblige l'époux actionnaire à être titulaire de la totalité de droits de vote (C. DE WULF, *De wet van 22 juli 2018 tot wijziging van het huwelijksvermogensrecht – een algemeen overzicht met modellen voor de praktijk*, Bruges, die Keure / la Charte, 2019, p. 52). Il se montre toutefois critique sur cette nécessité et propose dès lors d'élargir le champ d'application de la disposition de l'article 1432 du Code civil par contrat de mariage pour préciser qu'il suffit que l'époux possède la majorité des droits de vote (pour un modèle de clause à ajouter dans le contrat de mariage, voir : C. DE WULF, *De wet van 22 juli 2018 tot wijziging van het huwelijksvermogensrecht – een algemeen overzicht met modellen voor de praktijk*, Bruges, die Keure / la Charte, 2019, p. 53).

²⁶ Avis du Conseil d'État sur la proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, 2848/002, p. 8.

²⁷ Selon les termes de H. CASMAN, « Panorama des évolutions du régime légal », dans L. BARNICH *et al.*, *La réforme des régimes matrimoniaux en pratique*, Limal, Anthemis, 2019, p. 41.

tièmes, etc., ces revenus tombent dans le patrimoine commun en tant que revenus professionnels ou fruits de biens propres.²⁸ Ces versements peuvent toutefois s'avérer minimaux, le minimum fiscal annuel s'élevant à 45.000 €, et non conformes aux bénéfices réalisés par la société, afin de maintenir un maximum de ceux-ci en son sein.²⁹ Dans ce cas, comme les bénéfices restent au sein de la société qui sert en quelque sorte de « caisse d'épargne », les actions acquièrent une plus-value qui ne profite qu'au patrimoine propre de l'époux, alors que cette plus-value est créée grâce à son activité professionnelle.³⁰ Des revenus et bénéfices sont ainsi *de facto* soustraits à la communauté. Le nouvel alinéa 2 de l'article 1432 du Code civil trouvera précisément à s'appliquer pour réparer cette injustice et assurer le principe de neutralité de l'exercice d'une profession au sein ou en dehors d'une société.³¹

13. Les raisons à l'origine de la rétention de revenus peuvent être diverses. Dans son avis, le Conseil d'État souligne que le texte de loi ne distingue pas l'hypothèse où l'intention est de défavoriser la communauté de l'hypothèse où ce sont des événements extérieurs, tels que la faillite, des difficultés économiques, un passif important, la nécessité d'investissements nouveaux, la mise en liquidation, etc., qui justifient une allocation particulièrement faible des bénéfices sous forme de revenus ou autres (dividendes, etc.).³²

14. Si la non-allocation des bénéfices n'est pas conditionnée à l'existence d'une faute, d'un détournement de pouvoir ou d'une volonté avérée de nuire au patrimoine commun,³³ nous rejoignons néanmoins la doctrine qui s'accorde pour admettre que la nouvelle cause de récompense ne trouvera pas à s'appliquer lorsque la retenue des bénéfices était justifiée par des raisons économiques, comme par exemple des investissements futurs ou la

²⁸ Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, 2848/001, p. 66.

²⁹ Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, 2848/001, p. 66 ; C. DECLERCK, « De hervorming van het huwelijksvermogensrecht. Commentaar bij de wet van 22 juli 2018 », *T. Fam.*, 2018/9, p. 237.

³⁰ H. CASMAN, « Nieuw huwelijksvermogensrecht. Een bondige kennismaking », *N.J.W.*, 2018, n° 390, p. 769 ; H. CASMAN, « Panorama des évolutions du régime légal », dans L. BARNICH *et al.*, *La réforme des régimes matrimoniaux en pratique*, Limal, Anthemis, 2019, p. 41.

³¹ Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, 2848/001, p. 66.

³² Avis du Conseil d'État sur la proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, 2848/002, p. 8.

³³ CASMAN considère à cet égard que la récompense sera due même dans les cas où la perte était involontaire et non délibérée (H. CASMAN, « Panorama des évolutions du régime légal », dans L. BARNICH *et al.*, *La réforme des régimes matrimoniaux en pratique*, Limal, Anthemis, 2019, p. 45).

nécessité d'investir, des provisions fiscales ou commerciales raisonnables, le (pré-)financement de certains projets, une faillite ou un risque de faillite, un passif important, la liquidation, des problèmes de liquidité, une conjoncture difficile, une concurrence difficile, des pertes importantes, etc.³⁴ Ces différentes raisons peuvent en effet justifier qu'accorder à l'époux un salaire plus élevé ou distribuer les bénéfices aurait pu avoir des conséquences néfastes pour la société et aller à l'encontre d'une gestion saine et équilibrée de celle-ci.³⁵

15. Des considérations purement commerciales ou fiscales peuvent toutefois également être à l'origine de la rétention ou de la non-distribution de revenus sans que cela ne s'avère nécessaire pour la société.³⁶ Dans ce cas, une récompense pour la communauté reste évidemment justifiée.³⁷ Déterminer si le comportement adopté par l'époux au sein de la société peut être qualifié de « justifié » et « raisonnable » suscitera certainement des difficultés d'interprétation pour le tribunal de la famille. Ce dernier devra réaliser une « appréciation marginale économique » et évaluer les décisions prises de mettre certains revenus potentiellement disponibles en réserve, de les

³⁴ R. BARBAIX, « Actuele ontwikkelingen familiaal vermogensrecht 2018 », dans N. CARETTE et R. BARBAIX, *Tendensen Vermogensrecht 2019*, Mortsels, Intersentia, 2019, p. 27 ; R. BARBAIX, *Handboek Familiaal vermogensrecht* (2^e éd.), Mortsels, Intersentia, 2018, p. 206 ; R. BARBAIX, « Het nieuwe huwelijksvermogensrecht », *R. W.*, 2019-20, n^o 19, p. 732 ; H. CASMAN, « Nieuw huwelijksvermogensrecht. Een bondige kennismaking », *N.J.W.*, 2018, n^o 390, p. 770 ; H. CASMAN, « Panorama des évolutions du régime légal », dans L. BARNICH *et al.*, *La réforme des régimes matrimoniaux en pratique*, Limal, Anthemis, 2019, p. 46 ; C. DECLERCK et B. VAN DEN BERGH, « Actualia vereffening en verdeling materieel- en procesrechtelijke aspecten », dans A.-L. VERBEKE *et al.*, *Themis 109 – Familiaal vermogensrecht*, Bruges, die Keure / la Charte, 2019, p. 56 ; P. DE PAGE, « L'application de la loi du 22 juillet 2018 dans le temps », dans L. BARNICH *et al.*, *La réforme des régimes matrimoniaux en pratique*, Limal, Anthemis, 2019, p. 230 ; J. DU MONGH, « De beroepsuitoefening binnen een vennootschap neutraal voor het nieuwe huwelijksvermogensrecht », dans A.-L. VERBEKE et F. BUYSENS, *Notariële actualiteit 2018-2019*, Mortsels, Intersentia, 2019, p. 391 ; J. DU MONGH, « Het wettelijk stelsel na de Wet Huwelijksvermogensrecht 2018 », dans R. BARBAIX et J. DU MONGH, *Actualia huwelijksvermogensrecht 2019*, Mortsels, Intersentia, 2019, p. 14 ; D. PIGNOLET, « Het statuut van aandelen, beroepsgoederen en cliënteel in het wetsvoorstel tot hervorming van het huwelijksvermogensrecht », *TEP*, 2018/1, pp. 41-42 ; A. VAN GEEL et T. ROOVERS, « Overdracht van een familiale vennootschap in het kader van een vermogensplanning: welke specifieke vermogensrechtelijke aanspraken heeft de langstlevende echtgenoot nog op de geschonken aandelen na de hervorming van 1 september 2018? », *VIP*, 2019/3, p. 12.

³⁵ Voir : H. CASMAN, « Panorama des évolutions du régime légal », dans L. BARNICH *et al.*, *La réforme des régimes matrimoniaux en pratique*, Limal, Anthemis, 2019, p. 46.

³⁶ Rapport de la première lecture de la proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, 2848/007, p. 75.

³⁷ D. PIGNOLET, « Het statuut van aandelen, beroepsgoederen en cliënteel in het wetsvoorstel tot hervorming van het huwelijksvermogensrecht », *TEP*, 2018/1, p. 42.

avoir dépensés en charges ou encore de les avoir investis pour développer la société.³⁸

III. LA PREUVE

16. Il appartient à l'époux qui sollicite l'application de l'article 1432, alinéa 2, du Code civil d'établir que le patrimoine commun n'a pas bénéficié des revenus nets qu'il aurait « raisonnablement » pu recevoir et de justifier de l'ampleur du montant réclamé.³⁹ Il peut en apporter la preuve par toutes voies du droit.⁴⁰ À cette fin, il peut utiliser des pièces émanant de la société et en demander la production si celles-ci ne sont pas publiquement accessibles.⁴¹

17. L'époux défendeur peut quant à lui tenter de prouver que les conditions pour demander une telle récompense ne sont pas remplies.⁴² Il peut par exemple démontrer qu'il ne disposait pas d'un réel pouvoir décisionnel au sein de la société ou encore que la communauté ne pouvait « raisonnablement » espérer recevoir davantage de revenus dans la mesure où les revenus qu'il a perçus correspondent à ceux qu'il aurait raisonnablement pu recevoir s'il avait exercé une activité professionnelle semblable en dehors de la société.⁴³ Il peut également invoquer des raisons économiques pour justifier que la communauté n'eût pu percevoir davantage de revenus que ceux qu'elle a reçus, à tout le moins pour certaines périodes.⁴⁴ Il pourra par

³⁸ Voir : P. DE PAGE, « Les nouveautés apportées au régime de la communauté », dans *Le notaire face aux réformes des régimes matrimoniaux et des successions*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 43 ; P. DE PAGE, « Les réformes dans les régimes matrimoniaux », *Rec. gén. enr. not.*, 2018/8, p. 396 ; P. DE PAGE, « L'industrie personnelle d'un époux au profit de son patrimoine propre : cause de récompense au profit du patrimoine commun ? », *R.C.J.B.*, 2020, n° 1, p. 122. Cet auteur parle notamment d'une appréciation marginale par le tribunal du comportement « malicieux » du chef d'entreprise. Dans ce sens : S. LOUIS, « Les sociétés : neutralité sociétale – revenus des associés », dans Y.-H. LELEU, *La réforme du droit des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 130 ; N. MATTHYS, « De wet van 22 juli 2018 inzake het huwelijksvermogensrecht: overzicht van de belangrijkste wijzigingen », *Bericht aan het notariaat*, 2018/3, p. 101.

³⁹ K. BOONE, « La réforme du droit des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 », *Act. dr. fam.*, 2018/7-9, p. 201 ; P. DE PAGE, « Les réformes dans les régimes matrimoniaux », *Rec. gén. enr. not.*, 2018/8, p. 396 ; S. LOUIS, « Les sociétés : neutralité sociétale – revenus des associés », dans Y.-H. LELEU, *La réforme du droit des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 130 ; J. SAUVAGE, « La réforme des régimes matrimoniaux : état des lieux et perspectives », *R.P.P.B.I.*, 2019/4, p. 285.

⁴⁰ Art. 1436, alinéa 1^{er}, du Code civil.

⁴¹ Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, 2848/001, p. 66.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

ailleurs présenter des documents tels qu'un plan de business pour démontrer les motifs financiers qui justifient que la société ait réservé une partie des bénéfices.⁴⁵

18. Comme la question de la preuve de la cause de récompense s'avère particulièrement délicate, le Conseil d'État avait proposé d'envisager de modifier le régime primaire et l'article 1426 du Code civil⁴⁶ plutôt que d'insérer une nouvelle cause de récompense.⁴⁷ Le législateur n'a toutefois pas suivi cette voie. Cette difficulté liée à la preuve a également été soulevée lors de l'audition des experts. Certains avaient notamment pointé le caractère probablement fort coûteux d'une expertise comptable destinée à déterminer le montant des revenus professionnels nets dont la communauté aurait été privée.⁴⁸ D'autres indiquaient au contraire qu'il n'était pas difficile d'appliquer ce principe de « *piercing the corporate veil* », celui-ci étant déjà monnaie courante dans certaines branches du droit, comme par exemple en matière alimentaire où la capacité contributive du débiteur est évaluée malgré le fait qu'il perçoive ses revenus au sein d'une structure sociétale.⁴⁹

⁴⁵ A. VAN GEEL et T. ROOVERS, « Overdracht van een familiale vennootschap in het kader van een vermogensplanning: welke specifieke vermogensrechtelijke aanspraken heeft de langstlevende echtgenoot nog op de geschonken aandelen na de hervorming van 1 september 2018? », *VIP*, 2019/3, p. 12.

⁴⁶ Le paragraphe 1^{er} de cet article dispose que « Si l'un des époux fait preuve d'inaptitude dans la gestion tant du patrimoine commun que de son patrimoine propre ou met en péril les intérêts de la famille, l'autre époux peut demander que tout ou partie des pouvoirs de gestion lui soit retiré ».

⁴⁷ Avis du Conseil d'État sur la proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, 2848/002, p. 8.

⁴⁸ Rapport de la première lecture de la proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, 2848/007, pp. 72 et 77. Dans ce sens : A. AYDOGAN, « Toelichting bij de wet van 22 juli 2018 tot wijziging van het huwelijksvermogensrecht », dans E. VERNIERS *et al.*, *Notariële actualiteit 2019. Verslagboek van de vormingsdagen van de Studiekring Provinciaal Genootschap der Notarissen van Oost-Vlaanderen*, Bruges, die Keure / la Charte, 2020, p. 72 ; P. DE PAGE, « Les nouveautés apportées au régime de la communauté », dans *Le notaire face aux réformes des régimes matrimoniaux et des successions*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 43 ; S. LOUIS, « Les sociétés : neutralité sociétale – revenus des associés », dans Y.-H. LELEU, *La réforme du droit des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 130.

⁴⁹ Rapport de la première lecture de la proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, 2848/007, pp. 75-76. Voir aussi : Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 : présentation, évolution », dans Y.-H. LELEU, *États généraux du droit de la famille III*, Limal, Anthemis, 2018, p. 82.

IV. LE MONTANT

19. Conformément à l'alinéa 2 de l'article 1432 du Code civil, pour évaluer le montant de la récompense, le juge doit déterminer « les revenus professionnels nets que le patrimoine commun n'a pas reçus et qu'il aurait raisonnablement pu recevoir si la profession n'avait pas été exercée au sein d'une société ». Ce calcul n'est certes pas évident à réaliser et nécessite de la part du juge une appréciation marginale *in concreto*.⁵⁰

20. La première tâche du juge est d'évaluer « les revenus professionnels nets » que l'époux aurait « raisonnablement » pu obtenir en exerçant sa profession en dehors de la société dont il est actionnaire (en tant qu'indépendant, au sein d'une société dont il n'aurait pas été actionnaire, dans la fonction publique, etc.).⁵¹ CASMAN suggère à cet égard de tenir compte de différents facteurs (tels que sa formation, son expérience, ses capacités, ses talents, le secteur d'activité dans lequel il travaille, les fonctions exercées ou encore les responsabilités prises) et de se référer le cas échéant à des barèmes, à des outils de calcul ou à tout point de comparaison.⁵² Une « simple » comparaison avec d'autres postes similaires ou des barèmes nous paraît toutefois réductrice. En effet, les gérants de société, précisément en raison de leur position, ont plus de cartes en mains pour s'attribuer un salaire plus élevé. Ainsi, prendre comme point de comparaison une position où l'époux aurait moins de responsabilités fausse le calcul dans la mesure où, dans ce cas, le salaire moyen serait *a priori* justement plus faible compte tenu de ces responsabilités moins importantes. En outre, en cas de légères difficultés économiques qui ne justifient pas l'exclusion de l'application de la cause de récompense, l'époux doit potentiellement s'attribuer un salaire plus maigre que celui qu'il aurait pu recevoir en exerçant une autre fonction. Le juge doit dès lors agir avec prudence lorsqu'il compare la situation de l'époux à une autre fonction pour évaluer le salaire hypothétique que ce dernier aurait pu percevoir.

⁵⁰ P. DE PAGE, « L'industrie personnelle d'un époux au profit de son patrimoine propre : cause de récompense au profit du patrimoine commun ? », *R.C.J.B.*, 2020, n° 1, p. 122 ; Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 : présentation, évolution », dans Y.-H. LELEU, *États généraux du droit de la famille III*, Limal, Anthemis, 2018, p. 82 ; J. SAUVAGE, « La réforme des régimes matrimoniaux : état des lieux et perspectives », *R.P.P.B.I.*, 2019/4, p. 285.

⁵¹ H. CASMAN, « Panorama des évolutions du régime légal », dans L. BARNICH *et al.*, *La réforme des régimes matrimoniaux en pratique*, Limal, Anthemis, 2019, p. 43 ; Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 : présentation, évolution », dans Y.-H. LELEU, *États généraux du droit de la famille III*, Limal, Anthemis, 2018, p. 82 ; J. SAUVAGE, « La réforme des régimes matrimoniaux : état des lieux et perspectives », *R.P.P.B.I.*, 2019/4, p. 285.

⁵² H. CASMAN, « Panorama des évolutions du régime légal », dans L. BARNICH *et al.*, *La réforme des régimes matrimoniaux en pratique*, Limal, Anthemis, 2019, p. 43.

21. Pour déterminer ce salaire hypothétique, une partie de la doctrine considère qu'il ne faut tenir compte que des seuls revenus professionnels, à l'exclusion des fruits et intérêts.⁵³ Leurs arguments sont de plusieurs ordres. Tout d'abord, si la société décide de ne pas verser des intérêts ou des fruits, la communauté ne pourrait revendiquer l'application de la récompense par analogie pour ceux-ci. En effet, dans le régime légal, les revenus professionnels jouissent d'un statut particulier que n'ont pas les fruits et intérêts.⁵⁴ Un autre argument avancé est qu'une partie des bénéfices d'une société doit servir de réserve pour les années moins bonnes, ou en cas de rénovation ou d'expansion. Ainsi, ces réserves doivent être vues comme le prolongement du capital social et reviennent dès lors au propriétaire des actions.⁵⁵ Par conséquent, la communauté ne peut faire valoir aucun droit dessus et ils ne peuvent être vus comme une partie du salaire hypothétique que l'époux aurait pu recevoir.⁵⁶ Enfin, l'ensemble des bénéfices d'une société n'est pas le résultat d'un simple cumul des revenus professionnels de ces gérants.⁵⁷ Nous considérons quant à nous qu'il faut tenir compte non seulement des revenus professionnels mais aussi des fruits et intérêts qui, dans le régime légal, auraient dû tomber dans le patrimoine commun.⁵⁸ En effet, cette solution nous paraît la plus équitable au regard de l'adage « *ubi emolumentum, ibi onus* » : là où il y a une charge pour le patrimoine commun, à savoir les dettes liées à l'activité professionnelle, il doit y avoir aussi une compensation, ici les fruits et intérêts qui en résultent. Toutefois, comme ceux-ci ne sont pas des revenus professionnels *sensu stricto*, il doit être possible de les exclure du calcul de la récompense par contrat de mariage.

22. Lorsque l'on regarde la plus-value des actions de la société pour évaluer le salaire hypothétique, il convient également de distinguer la part de la plus-value des actions due au travail de l'époux et celle due à la plus-value du capital qui appartient à la société. Seule la plus-value résultant de l'acti-

⁵³ C. DECLERCK, « De hervorming van het huwelijksvermogensrecht. Commentaar bij de wet van 22 juli 2018 », *T. Fam.*, 2018/9, p. 238 ; C. DECLERCK et B. VAN DEN BERGH, « Actualia verefening en verdeling materieel- en procesrechtelijke aspecten », dans A.-L. VERBEKE *et al.*, *Themis 109 – Familiaal vermogensrecht*, Bruges, die Keure / la Charte, 2019, p. 57.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ C. DE WULF, *De wet van 22 juli 2018 tot wijziging van het huwelijksvermogensrecht - een algemeen overzicht met modellen voor de praktijk*, Bruges, die Keure / la Charte, 2019, p. 54.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ A. VAN GEEL et T. ROOVERS, « Overdracht van een familiale vennootschap in het kader van een vermogensplanning: welke specifieke vermogensrechtelijke aanspraken heeft de langstlevende echtgenoot nog op de geschonken aandelen na de hervorming van 1 september 2018? », *VIP*, 2019/3, p. 12.

⁵⁸ En ce sens également : R. BARBAIX, « Actuele ontwikkelingen familiaal vermogensrecht 2018 », dans N. CARETTE et R. BARBAIX, *Tendensen Vermogensrecht 2019*, Mortsels, Intersentia, 2019, p. 28 ; R. BARBAIX, « Het nieuwe huwelijksvermogensrecht », *R.W.*, 2019-20, n° 19, p. 732.

tivité professionnelle doit faire l'objet de la récompense.⁵⁹ DE WULF conclut à juste titre qu'il est par conséquent plus favorable pour la communauté que les actions ou la société aient fait l'objet d'un apport dans le patrimoine commun plutôt que de demander une indemnisation sur la base de la correction de l'alinéa 2 de l'article 1432 du Code civil. De cette façon, la communauté pourrait bénéficier de toute l'augmentation de la valeur des actions.⁶⁰

23. On sera enfin attentif au fait que la récompense ne peut porter que sur une différence de revenus nets, et non bruts. Il convient dès lors de déterminer à quelles taxes les revenus hypothétiques auraient été soumis : en effet, si la communauté avait reçu davantage de revenus durant le mariage, les époux auraient dû payer plus d'impôts personnels. Or ils ne paieront pas d'impôts sur la récompense qui sera versée à la communauté. Il convient dès lors de tenir compte des différentes charges fiscales, sociales et autres qui auraient pesé sur ces revenus pour déterminer la perte réelle subie par la communauté.⁶¹

24. Le juge doit ensuite « comparer ce salaire potentiel à celui que le conjoint a effectivement perçu tout au long de sa carrière au sein de la société dont il est actionnaire. »⁶² À cet égard, il convient de tenir compte des revenus perçus pour les prestations de travail et de gestion mais aussi des autres sources de revenus tels que les tantièmes, les dividendes, les bonus, les avantages en nature, etc.,⁶³ pour autant que ceux-ci n'aient pas été exclus du patrimoine commun par contrat de mariage.

⁵⁹ C. DE WULF, *De wet van 22 juli 2018 tot wijziging van het huwelijksvermogensrecht – een algemeen overzicht met modellen voor de praktijk*, Bruges, die Keure / la Chartre, 2019, p. 55.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ R. BARBAIX, « Actuele ontwikkelingen familiaal vermogensrecht 2018 », dans N. CARETTE et R. BARBAIX, *Tendensen Vermogensrecht 2019*, Mortsel, Intersentia, 2019, pp. 27-28 ; R. BARBAIX, *Handboek Familiaal vermogensrecht* (2^e éd.), Mortsel, Intersentia, 2018, p. 206 ; R. BARBAIX, « Het nieuwe huwelijksvermogensrecht », *R. W.*, 2019-20, n° 19, p. 732 ; H. CASMAN, « Panorama des évolutions du régime légal », dans L. BARNICH *et al.*, *La réforme des régimes matrimoniaux en pratique*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 45-46. Voir aussi : Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 : présentation, évolution », dans Y.-H. LELEU, *États généraux du droit de la famille III*, Limal, Anthemis, 2018, p. 82 ; D. PIGNOLET, « Het statuut van aandelen, beroepsgoederen en cliënteel in het wetsvoorstel tot hervorming van het huwelijksvermogensrecht », *TEP*, 2018/1, p. 42.

⁶² H. CASMAN, « Panorama des évolutions du régime légal », dans L. BARNICH *et al.*, *La réforme des régimes matrimoniaux en pratique*, Limal, Anthemis, 2019, p. 43.

⁶³ H. CASMAN, « Panorama des évolutions du régime légal », dans L. BARNICH *et al.*, *La réforme des régimes matrimoniaux en pratique*, Limal, Anthemis, 2019, p. 43 ; A. VAN GEEL et T. ROOVERS, « Overdracht van een familiale vennootschap in het kader van een vermogensplanning: welke specifieke vermogensrechtelijke aanspraken heeft de langstlevende echtgenoot nog op de geschonken aandelen na de hervorming van 1 september 2018? », *VIP*, 2019/3, pp. 11-12.

25. Le « manque à percevoir » de la communauté est établi en cas de différence positive entre le salaire hypothétique que l'époux aurait raisonnablement pu recevoir et les revenus professionnels nets que la communauté a réellement perçus.⁶⁴

V. LE DÉBITEUR

26. C'est évidemment le patrimoine propre de l'époux actionnaire qui est redevable de la récompense et non la société elle-même. Dans la mesure où c'est l'époux qui a accepté de recevoir une rémunération moindre, la société ne peut en effet être rendue responsable et il ne saurait être question de lui réclamer les revenus impayés ou une indemnité pour un dommage éventuellement causé à la communauté.⁶⁵ Par ailleurs, il importe peu que la société appartienne encore à l'époux débiteur au moment de la dissolution du régime ou qu'elle soit tombée en faillite durant le régime.⁶⁶

27. CASMAN explique que l'expression « *piercing the corporate veil* » n'implique pas d'ignorer l'existence de la société mais d'assurer que la communauté ne puisse subir de dommage en raison du choix de l'époux de travailler au sein d'une société dont les parts lui sont propres. Ainsi, il ne s'agit pas d'une règle de droit des sociétés mais bien de droit matrimonial qui implique que l'époux actionnaire ne peut invoquer les décisions de la société pour justifier que la perte subie par la communauté ne lui soit pas imputable.⁶⁷ Alors que l'époux actionnaire aurait dû recevoir davantage de revenus qui auraient fait partie du patrimoine commun, conformément aux règles qui régissent le régime légal, il a en effet choisi qu'une partie de ses revenus restent au sein de la société, ce qui lui aura permis de s'enrichir avec la plus-value de ses actions.⁶⁸ Il est dès lors logique que le patrimoine propre de l'époux actionnaire soit le débiteur de la récompense, et non la société. L'objectif du législateur est précisément de faire en sorte que le

⁶⁴ H. CASMAN, « Panorama des évolutions du régime légal », dans L. BARNICH *et al.*, *La réforme des régimes matrimoniaux en pratique*, Limal, Anthemis, 2019, p. 43.

⁶⁵ H. CASMAN, « Nieuw huwelijksvermogensrecht. Een bondige kennismaking », *N.J.W.*, 2018, n° 390, p. 770 ; H. CASMAN, « Panorama des évolutions du régime légal », dans L. BARNICH *et al.*, *La réforme des régimes matrimoniaux en pratique*, Limal, Anthemis, 2019, p. 44.

⁶⁶ C. DE WULF, *De wet van 22 juli 2018 tot wijziging van het huwelijksvermogensrecht – een algemeen overzicht met modellen voor de praktijk*, Bruges, die Keure / la Charte, 2019, p. 53.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Voir : R. BARBAIX, « Actuele ontwikkelingen familiaal vermogensrecht 2018 », dans N. CARRETTE et R. BARBAIX, *Tendensen Vermogensrecht 2019*, Mortsel, Intersentia, 2019, p. 27 ; R. BARBAIX, « Het nieuwe huwelijksvermogensrecht », *R.W.*, 2019-20, n° 19, p. 732 ; H. CASMAN, « Nieuw huwelijksvermogensrecht. Een bondige kennismaking », *N.J.W.*, 2018, n° 390, p. 770 ; H. CASMAN, « Panorama des évolutions du régime légal », dans L. BARNICH *et al.*, *La réforme des régimes matrimoniaux en pratique*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 44-45.

choix de l'époux de travailler au sein d'une société dont les actions lui sont propres reste « neutre » pour la communauté.⁶⁹

VI. LE MOMENT OÙ LA RÉCOMPENSE EST DUE

28. Vu que la compensation pour les revenus non reçus par la communauté est prévue au titre de compte de récompense, cela signifie qu'elle ne peut être revendiquée qu'au moment de la liquidation du régime, et non durant celui-ci.

29. Le législateur a choisi de recourir à la technique des comptes de récompense lors de la dissolution du régime pour sanctionner la perte de revenus par la communauté. Cela permet de respecter l'autonomie professionnelle de l'époux durant le mariage et de ne pas obliger l'époux lésé à devoir réagir immédiatement, ce qui est préférable pour garantir la paix des ménages.⁷⁰ Cette solution est d'ailleurs déjà utilisée pour les fautes de gestion qui préjudicient le patrimoine commun.⁷¹ Dans les deux cas, il s'agit d'une récompense au profit de la communauté car celle-ci a subi un préjudice en raison du fait de l'un des époux, et non parce qu'il y a eu un mouvement de fonds entre patrimoines.⁷²

VII. L'ÉVENTUELLE DÉROGATION PAR CONTRAT DE MARIAGE

30. La question se pose de savoir si les époux peuvent déroger à cette nouvelle cause de récompense par contrat de mariage (ou par acte modificatif de celui-ci). En principe, il est possible de renoncer à certains comptes de

⁶⁹ Voir : Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, 2848/001, p. 10.

⁷⁰ C. DE WULF, *De wet van 22 juli 2018 tot wijziging van het huwelijksvermogensrecht – een algemeen overzicht met modellen voor de praktijk*, Bruges, die Keure / la Charte, 2019, p. 53 ; Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 : présentation, évolution », dans Y.-H. LELEU, *États généraux du droit de la famille III*, Limal, Anthemis, 2018, p. 82.

⁷¹ Art. 1433 du Code civil. Voy. Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 : présentation, évolution », dans Y.-H. LELEU, *États généraux du droit de la famille III*, Limal, Anthemis, 2018, p. 82. DE PAGE estime d'ailleurs que « par souci de cohérence législative », la nouvelle sanction aurait pu être placée dans cet article (P. DE PAGE, « Les nouveautés apportées au régime de la communauté », dans *Le notaire face aux réformes des régimes matrimoniaux et des successions*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 43).

⁷² H. CASMAN, « Panorama des évolutions du régime légal », dans L. BARNICH *et al.*, *La réforme des régimes matrimoniaux en pratique*, Limal, Anthemis, 2019, p. 44.

récompense eu égard au caractère supplétif du régime légal.⁷³ Il est cependant impératif de respecter l'essence même du régime de communauté⁷⁴ qui implique que les revenus professionnels des époux appartiennent au patrimoine commun.

31. Une partie de la doctrine est d'avis qu'il est possible de déroger à cette cause de récompense ou de la modaliser par contrat de mariage ou acte modificatif.⁷⁵ Pour certains auteurs, cette dérogation ne peut s'envisager que pour des sociétés spécifiques et précisément visées par la dérogation contractuelle.⁷⁶ D'autres considèrent qu'une dérogation ne peut avoir lieu que *post factum*, une fois le montant de la récompense déterminé ou déterminable. Dans ce cas, les époux pourraient, par acte modificatif de leur contrat de mariage, renoncer à faire jouer ultérieurement, lors de la dissolution du régime, ce compte de récompense, mais uniquement pour la période écoulée et pour le montant déterminé.⁷⁷ Ils ne pourraient par contre renoncer aux comptes de récompense à venir.

⁷³ Art. 1390 *juncto* 1451 du Code civil.

⁷⁴ « Uit de artikelen 1387, 1388, 1389 en 1390 B.W. volgt dat een huwelijkscontract geen bedingen mag bevatten die de essentie van het gekozen stelsel aantasten. In een gemeenschapsstelsel zijn de drie vermogens, dat van elke echtgenoot en het gemeenschappelijk vermogen, en de verrekningen tussen die vermogens essentieel. (...) Indien echter wordt overeengekomen dat (...) bij de ontbinding van het stelsel geen vergoedingsrekeningen mogen worden opgemaakt, tast dit de essentie van het gemeenschapsstelsel, dat de belangen van de beide partijen in het huwelijk beschermt, aan. Een dergelijk beding is strijdig met het dwingend recht van elke echtgenoot op verrekening. » : Cass. 17 septembre 2007, A.R. C.03.0582.N, R. W., 2007-08, note C. DECLERCK et J. DU MONGH, pp. 534 et 536-537 ; *T. fam.*, 2008, note K. BOONE, pp. 72 et 77-78 ; *TEP*, 2009, note A. AYDOGAN, pp. 148-150 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2008/4, p. 1300.

⁷⁵ En ce sens : R. BARBAIX, « Actuele ontwikkelingen familiaal vermogensrecht 2018 », dans N. CARETTE et R. BARBAIX, *Tendensen Vermogensrecht 2019*, Mortsel, Intersentia, 2019, p. 28 ; R. BARBAIX, « Het nieuwe huwelijksvermogensrecht », *R. W.*, 2019-20, n° 19, p. 732.

⁷⁶ C. DECLERCK, « De hervorming van het huwelijksvermogensrecht. Commentaar bij de wet van 22 juli 2018 », *T. Fam.*, 2018/9, pp. 237-238 ; C. DECLERCK et B. VAN DEN BERGH, « Actualia vereffening en verdeling materieel- en procesrechtelijke aspecten », dans A.-L. VERBEKE *et al.*, *Themis 109 – Familiaal vermogensrecht*, Bruges, die Keure / la Charte, 2019, p. 57. Voir aussi : Cass. 17 septembre 2007, A.R. C.03.0582.N, R. W., 2007-2008, note C. DECLERCK et J. DU MONGH, pp. 537-538. Aux yeux de certains auteurs dont nous partageons l'avis, il est toutefois préférable de ne pas envisager l'exclusion de l'application de la récompense même pour une société *ad nominatim* (A. VAN GEEL et T. ROOVERS, « Overdracht van een familiale vennootschap in het kader van een vermogensplanning: welke specifieke vermogensrechtelijke aanspraken heeft de langstlevende echtgenoot nog op de geschonken aandelen na de hervorming van 1 september 2018? », *VIP*, 2019/3, p. 13). En effet, renoncer à l'avance à l'application de la récompense reviendrait à donner carte blanche à l'époux qui possède des parts dans la société en question. Au demeurant, les cas où un époux aurait un pouvoir décisionnel suffisamment important dans plusieurs sociétés nous semblent particulièrement rares ; exclure l'application de la cause de récompense à une société donnée revient donc *de facto* à l'exclure tout court.

⁷⁷ H. CASMAN, « Panorama des évolutions du régime légal », dans L. BARNICH *et al.*, *La réforme des régimes matrimoniaux en pratique*, Limal, Anthemis, 2019, p. 47.

32. Une autre partie de la doctrine estime qu'il est totalement exclu de déroger à cette nouvelle cause de récompense⁷⁸ : d'une part, en raison de « l'attachement des règles de récompense à la cohérence du régime de communauté »⁷⁹ et, d'autre part, pour respecter les principes édictés par le législateur, à savoir le principe de l'allocation correcte de la rémunération professionnelle et celui de la neutralité de l'activité sociétale, qui sont deux éléments essentiels au régime de communauté.⁸⁰ Ce qui distingue les régimes de communauté et de séparation de biens est précisément l'allocation des revenus professionnels. Pour qu'il puisse s'agir d'un régime de communauté, les revenus professionnels doivent revenir au patrimoine commun ; il s'agit là de l'essence même du régime de communauté. Le nouveau compte de récompense vise précisément à remédier aux situations dans lesquelles une partie des revenus professionnels a échappé à la communauté parce que l'un des époux a réservé les bénéfices ou les revenus au sein de sa société propre.

33. Renoncer à certains revenus pour le patrimoine commun représente un risque pour l'époux « faible », qui ne s'inscrit pas dans la philosophie du régime de communauté. Nous estimons dès lors qu'il ne doit être possible de déroger à l'alinéa 2 de l'article 1432 qu'*a posteriori*, au moment de la liquidation du régime, ce qui revient en réalité pour l'époux lésé à ne pas invoquer l'application de cette disposition lors des comptes de récompense.

VIII. LE DROIT TRANSITOIRE

34. L'alinéa 2 de l'article 1432 du Code civil a été inséré par l'article 22 de la loi du 22 juillet 2018. Dès lors que l'article 22 n'est pas visé par les réserves prévues à l'article 78, § 2, la nouvelle cause de récompense est donc d'application immédiate pour les époux mariés avant le 1^{er} septembre 2018, date d'entrée en vigueur de la loi, et dont le régime n'est pas dissous à cette date.

⁷⁸ J. SAUVAGE, « La réforme des régimes matrimoniaux : état des lieux et perspectives », *R.P.P.B.I.*, 2019/4, p. 285 ; A. VAN GEEL et T. ROOVERS, « Overdracht van een familiale vennootschap in het kader van een vermogensplanning: welke specifieke vermogensrechtelijke aanspraken heeft de langstlevende echtgenoot nog op de geschonken aandelen na de hervorming van 1 september 2018? », *VIP*, 2019/3, pp. 12-13.

⁷⁹ J. SAUVAGE, « La réforme des régimes matrimoniaux : état des lieux et perspectives », *R.P.P.B.I.*, 2019/4, p. 285. Voir : Cass. 17 septembre 2007, A.R. C.03.0582.N, *R.W.*, 2007-08, note C. DECLERCK et J. DU MONGH, p. 534 ; *T. fam.*, 2008, note K. BOONE, p. 72 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2008/4, p. 1300.

⁸⁰ J. SAUVAGE, « La réforme des régimes matrimoniaux : état des lieux et perspectives », *R.P.P.B.I.*, 2019/4, p. 285.

35. Lors de l'audition des experts, il fut souligné qu'il serait préférable que les dispositions transitoires indiquent que le nouvel alinéa de l'article 1432 du Code civil ne s'applique que pour les faits ou actes juridiques donnant lieu à récompense qui se produisent après le 1^{er} septembre 2018, la société pouvant quant à elle exister avant cette date.⁸¹ Dans le cas contraire, la législation pourrait être jugée contraire aux principes généraux de droit transitoire dès lors que, sous l'ancien droit, il n'existait pas de législation prévoyant un tel compte de récompense.⁸² Le législateur n'a toutefois pas modifié la disposition transitoire litigieuse. La doctrine est dès lors partagée sur la question de l'application de la nouvelle cause de récompense aux époux mariés sous l'ancien régime et dont certains revenus n'ont pas été distribués avant le 1^{er} septembre 2018.⁸³

36. Une majorité de la doctrine considère que la disposition ne peut s'appliquer aux revenus professionnels qui furent retenus au sein de la société avant le 1^{er} septembre 2018.⁸⁴ En effet, le droit à la récompense naît au moment où le glissement entre patrimoines a lieu, même si elle ne peut être exigée qu'à la dissolution du régime lors de l'établissement des comptes de récompense ; or, avant le 1^{er} septembre 2018, il n'y avait pas de base légale pour justifier cette récompense.⁸⁵ En outre, ce nouveau compte de

⁸¹ Rapport de la première lecture de la proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, 2848/007, pp. 101 et 125-126.

⁸² Rapport de la première lecture de la proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, 2848/007, p. 101.

⁸³ Voir : D. DE BIE et L. GOOSSENS, « De overgangsbepalingen van het nieuwe huwelijksvermogensrecht: welke regels zijn wanneer van toepassing en op wie? », *VIP*, 2018/2, p. 35.

⁸⁴ C. DECLERCK et B. VAN DEN BERGH, « Actualia vereffening en verdeling materieel- en procesrechtelijke aspecten », dans A.-L. VERBEKE *et al.*, *Themis 109 – Familiaal vermogensrecht*, Bruges, die Keure / la Charte, 2019, p. 57 ; P. DE PAGE, « Les nouveautés apportées au régime de la communauté », dans *Le notaire face aux réformes des régimes matrimoniaux et des successions*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 44 ; P. DE PAGE, « Les réformes dans les régimes matrimoniaux », *Rec. gén. enr. not.*, 2018/8, p. 396 ; P. DE PAGE, « L'application de la loi du 22 juillet 2018 dans le temps », dans L. BARNICH *et al.*, *La réforme des régimes matrimoniaux en pratique*, Limal, Anthemis, 2019, p. 231 ; P. DE PAGE, « L'industrie personnelle d'un époux au profit de son patrimoine propre : cause de récompense au profit du patrimoine commun ? », *R.C.J.B.*, 2020, n° 1, p. 122.

⁸⁵ C. DECLERCK et B. VAN DEN BERGH, « Actualia vereffening en verdeling materieel- en procesrechtelijke aspecten », dans A.-L. VERBEKE *et al.*, *Themis 109 – Familiaal vermogensrecht*, Bruges, die Keure / la Charte, 2019, p. 57 ; D. DE BIE et L. GOOSSENS, « De overgangsbepalingen van het nieuwe huwelijksvermogensrecht: welke regels zijn wanneer van toepassing en op wie? », *VIP*, 2018/2, p. 35 ; P. DE PAGE, « Les nouveautés apportées au régime de la communauté », dans *Le notaire face aux réformes des régimes matrimoniaux et des successions*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 44 ; P. DE PAGE, « Les réformes dans les régimes matrimoniaux », *Rec. gén. enr. not.*, 2018/8, p. 396 ; P. DE PAGE, « L'application de la loi du 22 juillet 2018 dans le temps », dans L. BARNICH *et al.*, *La réforme des régimes matrimoniaux en pratique*, Limal, Anthemis, 2019, p. 231 ; J. DU MONGH, « De beroepsuitoefening binnen een vennootschap neutraal voor het nieuwe

récompense est une « sanction » ; il n'est dès lors pas possible qu'il ait un effet rétroactif et s'applique à des faits qui, sous l'ancienne loi, n'étaient pas « fautifs » au moment où ils se sont produits.⁸⁶ Les règles de droit transitoire impliquent aussi qu'une nouvelle loi relative à la responsabilité ne peut avoir un effet rétroactif (sauf disposition contraire, ce qui n'est pas le cas *in casu*) et ne peut donc pas s'appliquer à des faits qui, avant son entrée en vigueur, ne pouvaient être qualifiés de « faits générateurs de responsabilité ».⁸⁷ Les développements jurisprudentiels antérieurs, tels que ceux basés sur la responsabilité délictuelle ou l'*actio de in rem verso*, pourraient toutefois remédier à la situation injuste créée.⁸⁸ Afin d'éviter tout problème de preuve entre époux, il leur est recommandé de faire un état des lieux de l'état du patrimoine de la société et des revenus perçus par la communauté au 1^{er} septembre 2018.⁸⁹

37. Une autre partie de la doctrine considère à l'inverse que l'alinéa 2 de l'article 1432 du Code civil trouve également à s'appliquer aux bénéficiaires réservés durant les années qui précèdent l'entrée en vigueur de la loi.⁹⁰ Pour certains, la lecture littérale de la loi exclut en effet toute autre interpréta-

huwelijksvermogensrecht », dans A.-L. VERBEKE et F. BUYSSENS, *Notariële actualiteit 2018-2019*, Mortsel, Intersentia, 2019, p. 393. Voir : Cass., 15 avril 1999, *R.N.B.*, 1999, p. 574 ; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2010, pp. 454-455.

⁸⁶ P. DE PAGE, « Les nouveautés apportées au régime de la communauté », dans *Le notaire face aux réformes des régimes matrimoniaux et des successions*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 44 ; P. DE PAGE, « Les réformes dans les régimes matrimoniaux », *Rec. gén. enr. not.*, 2018/8, pp. 396-397 ; P. DE PAGE, « L'application de la loi du 22 juillet 2018 dans le temps », dans L. BARNICH *et al.*, *La réforme des régimes matrimoniaux en pratique*, Limal, Anthemis, 2019, p. 231.

⁸⁷ P. DE PAGE, « L'application de la loi du 22 juillet 2018 dans le temps », dans L. BARNICH *et al.*, *La réforme des régimes matrimoniaux en pratique*, Limal, Anthemis, 2019, p. 232.

⁸⁸ C. DECLERCK et B. VAN DEN BERGH, « Actualia vereffening en verdeling materieel- en procesrechtelijke aspecten », dans A.-L. VERBEKE *et al.*, *Themis 109 – Familiaal vermogensrecht*, Bruges, die Keure / la Charte, 2019, p. 57. Voir aussi : C. DE WULF, *De wet van 22 juli 2018 tot wijziging van het huwelijksvermogensrecht - een algemeen overzicht met modellen voor de praktijk*, Bruges, die Keure / la Charte, 2019, p. 209.

⁸⁹ C. DECLERCK et B. VAN DEN BERGH, « Actualia vereffening en verdeling materieel- en procesrechtelijke aspecten », dans A.-L. VERBEKE *et al.*, *Themis 109 – Familiaal vermogensrecht*, Bruges, die Keure / la Charte, 2019, p. 57 ; D. DE BIE et L. GOOSSENS, « De overgangsbepalingen van het nieuwe huwelijksvermogensrecht: welke regels zijn wanneer van toepassing en op wie? », *VIP*, 2018/2, p. 35.

⁹⁰ C. DE WULF, *De wet van 22 juli 2018 tot wijziging van het huwelijksvermogensrecht - een algemeen overzicht met modellen voor de praktijk*, Bruges, die Keure / la Charte, 2019, p. 52 ; J. DU MONGH, « De waardering van vennootschapsaandelen tijdens de vereffening en verdeling na echtscheiding anno 2019 », dans C. DE WULF *et al.*, *Liber amicorum Aloïs Van den Bossche*, Bruges, die Keure / la Charte, 2019, p. 121. Dans ce sens : A.-L. VERBEKE auditionné en tant qu'expert, voir : Rapport de la première lecture de la proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, 2848/007, p. 123.

tion, même si cette disposition pourrait être contraire aux principes constitutionnels et à l'article 1^{er} du Code civil qui prévoit que la loi ne dispose que pour l'avenir.⁹¹ Nous considérons quant à nous que c'est le principe même du régime de communauté qui justifie cette application aux revenus non alloués avant le 1^{er} septembre 2018 : en effet, sauf disposition contraire dans le contrat de mariage, les revenus professionnels appartiennent de plein droit à la communauté et celle-ci a droit aux revenus qui ne lui ont pas été versés. La nouvelle loi ne fait que clarifier le principe, sans créer un nouveau droit.⁹² Sous l'ancien droit, il était possible de recourir à d'autres mécanismes pour récupérer ces revenus, tels la responsabilité délictuelle ou l'*actio de in rem verso*.⁹³

IX. CONCLUSION

38. Nous ne pouvons qu'approuver l'initiative du législateur qui, à travers le nouvel alinéa 2 de l'article 1432 du Code civil, a permis de renforcer le régime légal et de protéger l'époux le plus faible en garantissant la correcte allocation des revenus professionnels. La solidarité au sein du mariage constitue en effet la base du régime légal et celle-ci n'a pas à être contournée dans un but d'enrichissement personnel.

39. Certes, le libellé de l'alinéa 2 de l'article 1432 du Code civil manque assurément de précision, ce qui donne lieu à de nombreuses controverses, comme nous avons pu le voir tout au long de cette contribution. Nous plaidons quant à nous pour une interprétation qui se fonde sur l'esprit de la loi, à savoir l'optique de solidarité entre les époux. Ainsi, nous considérons que la nouvelle cause de récompense doit trouver à s'appliquer dès que l'époux actionnaire dispose *de facto* d'un pouvoir décisionnel qui lui permet de choisir comment les revenus sont alloués, et ce peu importe le nombre d'actions qu'il possède. Nous estimons par ailleurs que cette cause de récompense doit s'appliquer aux revenus dont la communauté a été privée dès le début du régime, et non pas uniquement à partir du 1^{er} septembre 2018. Enfin, toute dérogation par contrat de mariage doit selon nous être exclue, au risque de porter atteinte à l'essence même du régime légal,

⁹¹ J. DU MONGH, « De beroepsuitoefening binnen een vennootschap neutraal voor het nieuwe huwelijksvermogensrecht », dans A.-L. VERBEKE et F. BUYSENS, *Notariële actualiteit 2018-2019*, Mortsel, Intersentia, 2019, 393 ; J. DU MONGH, « De waardering van vennootschapsaandelen tijdens de vereffening en verdeling na echtscheiding anno 2019 », dans C. DE WULF *et al.*, *Liber amicorum Aloïs Van den Bossche*, Bruges, die Keure / la Chartre, 2019, p. 122.

⁹² En ce sens : C. DE WULF, *De wet van 22 juli 2018 tot wijziging van het huwelijksvermogensrecht – een algemeen overzicht met modellen voor de praktijk*, Bruges, die Keure / la Chartre, 2019, p. 209.

⁹³ *Ibid.*

à savoir le principe selon lequel les revenus professionnels font partie de la communauté.