

## 35670. LA MINORATION DU TAUX DE LA PARTICIPATION AUX ACQUETS

par Nicolas DUCHANGE,  
Diplôme supérieur de notariat,  
Notaire à Roubaix.

### INTRODUCTION

1. Le régime hybride de la participation aux acquêts permet de ménager une grande liberté d'action à l'époux exploitant un patrimoine professionnel, tout en assurant à son conjoint, in fine, une fraction de l'enrichissement issu de cette exploitation. En cela, il est propre à concilier des aspirations jadis incompatibles.

La multiplication des procédures de divorce a toutefois souligné que l'institution d'une créance de participation assise sur la valeur d'actifs professionnels (par nature peu ou pas liquides), ce régime était susceptible d'occasionner d'insolubles difficultés pécuniaires à l'époux qui s'en trouvera le débiteur.

2. A l'effet d'inciter les propriétaires d'actifs professionnels à accepter d'écarter la séparation de biens, il a d'abord été proposé d'exclure ces actifs de la masse de calcul de la créance de participation <sup>(1)</sup>. Cette formule, en ce qu'elle prévoyait un mécanisme d'exclusion systématique, comportait toutefois de graves inconvénients. Notamment, lorsque le conjoint doté d'un emploi salarié se trouvait avoir engrangé des acquêts d'une valeur significative, contrairement aux prévisions ayant inspiré la rédaction du contrat de mariage, le mécanisme de l'exclusion pouvait aboutir à renverser le sens de la créance de participation ou à augmenter injustement la créance payée à l'époux « entrepreneur » <sup>(2)</sup>.

Cela explique qu'il ait été suggéré récemment <sup>(3)</sup> de plafonner la créance de participation. Celle-ci se calcule alors conformément aux dispositions supplétives du Code civil <sup>(4)</sup>, mais elle ne devient exigible qu'à hauteur de la moitié <sup>(5)</sup> de la valeur des acquêts non professionnels de l'époux qui s'en trouve le débiteur <sup>(6)</sup>.

3. Parce qu'elle évite d'asseoir une créance sur la fraction la moins liquide du patrimoine, cette seconde formule répond parfaitement à l'objectif de protection de l'entreprise. Il importe cependant de remarquer que le plafonnement de la créance de participation relève encore de la technique de l'exclusion, puisqu'il conduit à déterminer le montant exigible de cette créance en faisant abstraction des biens professionnels. Or cette exclusion, même limitée, recèle d'importantes difficultés, qui rendent opportune la recherche d'une autre méthode susceptible de répondre sans danger aux préoccupations d'un époux ayant une activité non salariée.

#### A. LES DIFFICULTÉS INHÉRENTES À TOUTE EXCLUSION D'UNE CATÉGORIE DE BIENS

4. Trois difficultés doivent être plus particulièrement soulignées. Elles concernent la rédaction de la clause, son utilisation et ses effets.

- En premier lieu, le rédacteur d'une clause comportant une modalité d'exclusion doit faire face à des contraintes difficilement conciliables. D'un point de vue, il conviendrait qu'il détermine avec précision la liste des biens à exclure de l'assiette de la créance de participation <sup>(7)</sup>, afin de limiter tant

les guerres de liquidation que les manœuvres de l'époux entrepreneur au cours du régime.

Mais il faudrait, en même temps, qu'il « bilatéralise le contrat »<sup>(8)</sup> pour éviter de défavoriser sans propos l'un des époux. Or une véritable prise en compte des droits de chaque conjoint supposera, le plus souvent, un élargissement considérable de la définition des biens à exclure de la créance de participation. Quel intérêt retirerait en effet un ingénieur de la bilatéralisation d'une clause d'exclusion d'un cabinet vétérinaire, initialement conçue pour satisfaire son conjoint<sup>(9)</sup> ?

La pratique sera donc vraisemblablement amenée, au détriment de la sécurité juridique, à préférer une formule conçue « en termes généraux » aux clauses précises suggérées par Me Pillebout.

- En second lieu, l'exclusion du patrimoine professionnel confère à l'époux qui en est le détenteur une certaine marge d'influence sur le montant de la participation qu'il pourrait devoir à son conjoint<sup>(10)</sup>.

Pour repousser cette objection, on n'a pas manqué de faire valoir qu'une fraude du conjoint entrepreneur pourrait être sanctionnée<sup>(11)</sup>. Mais il importe de comprendre que la fraude n'est pas seule en cause<sup>(12)</sup> et qu'une simple attitude de gestion patrimoniale avisée peut avoir des conséquences importantes, au point de rendre illusoire la participation du conjoint. Ainsi, un professionnel disposant de liquidités aura-t-il intérêt à employer celles-ci à l'acquisition des murs de son lieu d'exploitation, quitte à emprunter pour financer l'habitation du ménage (épargne-logement oblige !). Quoique les dispositions de son contrat de mariage rattachent les immeubles professionnels aux biens exclus de la participation, qui pourrait lui reprocher l'acquisition de locaux d'une dimension raisonnable ?

- Enfin, il faut garder à l'esprit que la notion d'exclusion du patrimoine professionnel, même utilisée dans le cadre d'une clause de plafonnement, demeure insatisfaisante en ce qu'elle privilégie l'activité indépendante face à l'activité salariée. Statistiquement, l'époux salarié dont les droits sont fonction d'une participation plafonnée demeure en situation d'infériorité : si les affaires de son conjoint s'avèrent fructueuses, le plus gros de la participation lui échappe ; si, en revanche, elles deviennent désastreuses, le voilà débiteur d'une participation intégrale<sup>(13)</sup>.

5. Compte tenu de ces inconvénients, une autre voie devrait mériter l'attention : la minoration du taux de la participation aux acquêts, qui consiste à ramener celui-ci de la moitié au tiers ou au quart de la différence d'enrichissement<sup>(14)</sup>.

## B. LA MINORATION DU TAUX DE LA PARTICIPATION AUX ACQUÊTS

6. Si les travaux concernant la participation aux acquêts permettent de saisir clairement la portée des clauses visant à augmenter les droits du conjoint survivant<sup>(15)</sup>, il n'en est pas, à notre connaissance, qui mentionne la possibilité de minorer le taux de la participation. Une telle stipulation ne heurte pourtant aucun obstacle majeur et semble pouvoir convenir à de nombreux époux ayant une activité professionnelle indépendante.

### 1. Validité

7. Très proche du régime organisé par le Code civil, la participation à taux minoré ne pose guère de difficulté d'application. L'écueil des principes est évité : d'évidence, il n'y a ici atteinte ni à l'égalité des époux [chacun d'eux ayant même vocation à recevoir une fraction de l'enrichissement de son

conjoint <sup>(16)</sup>], ni à l'unicité du régime matrimonial (sauf à condamner la participation aux acquêts dans son principe même).

8. Les difficultés liées à l'adoption d'un régime faisant appel à la technique de l'exclusion sont contournées. La minoration du taux de participation écarte l'épineuse question de la définition des biens à exclure. Elle prévient les manœuvres patrimoniales en cours d'union (la participation réduite étant fonction de l'intégralité du patrimoine de chaque époux) et évite de favoriser le capitaliste face au salarié.

9. Enfin, cette stipulation échappe d'emblée et simplement à la qualification d'avantage matrimonial vulnérable, issue des articles 267 et suivants et 1527 du Code civil, aucun des époux ne pouvant espérer détenir, au terme de la liquidation, un capital supérieur à la fois à celui qu'il aurait conservé sous le régime de la séparation de biens et à celui qu'il aurait reçu sous le régime de la participation aux acquêts type <sup>(17)</sup>.

Exemple : Si les acquêts de la femme se montent à 50 et ceux de son mari à 80 dont 40 de biens professionnels :

- sous le régime de la séparation de biens, la femme conserve 50 ;
- en participation aux acquêts type, la dette du mari à l'égard de son épouse se monte à  $(80 - 50) \times 1/2 = 15$  ; les droits de la femme sont donc désormais de  $50 + 15 = 65$  ;
- sous un régime de participation limitée au 1/4 du surplus d'acquêts, la dette du mari à l'égard de son épouse se trouve limitée à  $(80 - 50) \times 1/4 = 7,5$ . Les droits de la femme se trouvent alors être de 57,5. Le mari conserve certes plus de biens que sous la participation aux acquêts types ; mais il ne s'agit pas là, selon nous, d'un avantage matrimonial retranchable ou révocable, puisque cet époux ne s'enrichit pas de façon effective (la séparation de biens lui aurait été plus favorable).

## 2. Praticabilité

10. Simple dans son principe, la liquidation d'un régime à taux minoré nécessitera parfois une certaine attention. Deux hypothèses appellent un commentaire.

- Lorsque la participation représente la moitié du surplus des acquêts, les flux intervenus entre les époux au cours du mariage, pour peu qu'ils ne concernent pas les patrimoines originaires, se trouvent mécaniquement neutralisés : ce que le conjoint dépourvu de ressources aura perçu avant la dissolution, il ne le recevra plus au titre de la participation <sup>(18)</sup>. La minoration de la participation, en ce qu'elle ne permet plus d'oublier les flux irréguliers antérieurs, apparaît alors comme un facteur d'accroissement des difficultés liquidatives, les risques inhérents aux donations déguisées ou indirectes retrouvant toute leur vigueur.

- L'embaras pourra également surgir de l'exécution par l'un des époux de sa contribution aux charges du mariage (art. 214 du C. civ.) au moyen de son activité au foyer conjugal ou de sa collaboration non rémunérée à la profession du conjoint. Dans cette hypothèse, l'époux collaborateur sera tenté de démontrer que ses travaux ont excédé son obligation contributive et que la minoration du taux de la participation ne lui permet pas de bénéficier de façon satisfaisante de l'enrichissement qu'il a contribué à créer <sup>(19)</sup>.

11. Ces embarras ne seront toutefois pas, sous ce régime, plus importants que ceux pouvant résulter d'une séparation de biens <sup>(20)</sup>.

En outre, il semble possible de préciser dans le contrat de mariage que la créance de participation ne pourra pas être cumulée avec le bénéfice d'une action en enrichissement sans cause portant sur les acquêts.

### 3. Opportunité

12. Il reste à vérifier, au moyen d'exemples chiffrés, l'aptitude de la clause minorant le taux de la participation aux acquêts à donner satisfaction au conjoint « entrepreneur », c'est-à-dire à résoudre la difficulté issue de l'inclusion, dans l'assiette de la créance de participation, des biens non liquides attachés à l'activité professionnelle.

Exemple 1 : Les acquêts de Madame sont nuls, ceux de Monsieur sont de 80 dont 40 à titre professionnel.

En participation aux acquêts type, Monsieur conserve : $80 - \frac{(80-0)}{2}$	40
En participation plafonnée à la moitié des acquêts privés, Monsieur conserve : $80 - \frac{[(80 - 40) - 0]}{2}$	60
En participation au taux de 1/4, Monsieur conserve : $80 - \frac{(80 - 0)}{4}$	60

Si les acquêts professionnels demeurent d'importance comparable aux autres acquêts, la minoration du taux de participation protège suffisamment le conjoint professionnel.

Exemple 2 : Les acquêts de Madame sont de 120, ceux de Monsieur de 80 dont 40 à titre professionnel.

En participation aux acquêts types, Monsieur obtient : $80 + \frac{(120 - 80)}{2}$	100
En participation plafonnée à la moitié des acquêts privés, le plafonnement ne joue pas, le débiteur de la participation ne possédant pas de biens professionnels, Monsieur obtient : $80 + \frac{(120 - 80)}{2}$	100
En participation au taux de 1/4, Monsieur n'obtient que : $80 + \frac{(120 - 80)}{4}$	90

La participation à taux minoré est plus équitable qu'une clause d'exclusion du patrimoine professionnel (ou de plafonnement à la moitié des acquêts privés) en ce qu'elle peut également jouer en faveur du conjoint salarié.

13. Il est clair qu'une certaine rigidité résulte de la fixation, dès avant le mariage et de manière arbitraire, d'un taux fixe de participation. Mais cet inconvénient doit être apprécié compte tenu des difficultés qu'il permet d'éviter, tant au regard d'une participation aux acquêts régie par les seules dispositions du Code civil qu'au regard des clauses d'exclusion <sup>(21)</sup>.

En outre, de la même façon qu'un régime prévoyant une participation par moitié, une formule de participation à taux minoré peut être tempérée, pour le cas de dissolution par décès, au moyen de clauses visant à l'augmentation des droits du conjoint survivant, voire à une participation intégrale <sup>(22)</sup>. Pour les époux qui auront su parvenir au terme viager de leur parcours conjugal, la minoration du taux de la participation perdra ainsi toute incidence.

\*\*\*

## Annexe

### **Participation aux acquêts à taux minoré**

(Pour le surplus de la formule, v. G. MORIN, Rép. Defrénois 1986, art. 33794, p. 1092.)

#### Article premier

#### **Régime adopté**

Les futurs époux adoptent le régime de la participation aux acquêts tel qu'il est établi par les articles 1569 à 1581 du Code civil, sous réserve des modifications résultant des clauses particulières du présent contrat.

Notamment, le présent contrat déroge aux dispositions légales en ce qu'il prévoit, à l'article 6, UN TAUX DE PARTICIPATION MINORÉ.

En conséquence : (la suite non modifiée)

...

#### Article 3

#### **Contribution aux charges du mariage**

Les époux contribueront aux charges du mariage en proportion de leurs facultés respectives. Ils ne seront assujettis à aucun compte entre eux ni à retirer des quittances l'un de l'autre ; ces charges seront réputées avoir été réglées au jour le jour.

En aucun cas, la créance de participation ne pourra être cumulée avec le bénéfice d'une action en enrichissement sans cause intentée contre le débiteur de la participation et concernant ses acquêts.

## Article 6

### Calcul de la créance de participation

Le calcul de la créance de participation se fera de la manière suivante :

- en premier lieu, on comparera le patrimoine final de chacun des époux avec son patrimoine originaire. Si le patrimoine final d'un époux est inférieur à son patrimoine originaire, le déficit sera supporté entièrement par cet époux. S'il est supérieur, l'accroissement représentera les acquêts nets et donnera lieu à participation ;

- en second lieu, on comparera les acquêts réalisés par chacun des époux. S'il y a des acquêts nets de part et d'autre, ils devront d'abord être compensés. Seul l'excédent donnera lieu à partage : l'époux dont le gain aura été le moindre sera créancier de son conjoint pour le TIERS (ou BIEN : le QUART...) de cet excédent ;

...

(La suite sans modification, sauf à prévoir une clause de participation majorée - ou de participation par moitié - pour le cas de dissolution du régime par le décès de l'un des époux.)

---

(1)J.-F. PILLEBOUT, Une nouvelle formule de contrat de mariage : participation aux acquêts avec exclusion des biens professionnels. J.C.P. 1987, éd. N, I, p. 93. - Adde, Formules particulières de contrat de mariage. Une séparation de biens limitée, J.C.P. 1993, éd. N, I, p. 141.

(2)N. DUCHANGE, Quelques précisions sur l'évaluation des avantages matrimoniaux à propos d'une formule de participation aux acquêts, Rép. Defrénois 1993, art. 35618.

(3)N. DUCHANGE, art. cit., n° 9.

(4)Notamment l'article 1575.

(5)Ou de toute autre fraction.

(6)Ex. : Les acquêts de la femme se montent à 60 et ceux de son mari à 75, dont 50 représentant les biens professionnels :

La créance de participation due à l'épouse se monte à  $(75 - 60) : 2 = 7,5$ . Elle est intégralement exigible, n'excédant pas la moitié des acquêts non professionnels du mari, qui représente  $(75 - 50) : 2 = 12,5$ .

Si les acquêts de la femme ne s'étaient élevés qu'à 20, la créance de participation aurait été exigible, non pas pour son montant théorique de  $(75 - 20) : 2 = 27,5$ , mais seulement à hauteur du plafond conventionnel, soit 12,5.

Si la femme avait acquis des biens professionnels, ceux-ci n'auraient eu aucune incidence sur le montant de la participation, étant la propriété du conjoint créancier de cette participation.

(7)Cf. PILLEBOUT, Une nouvelle formule ..., art. préc., n° 16.

(8)Cf. G. MORIN, Brèves remarques sur deux études relatives au contrat de mariage du chef d'entreprise et au rôle de la société holding dans la transmission de l'entreprise, Rép. Defrénois 1987, art. 34054, n° 6.

(9)Cf. pour un raisonnement de même nature dans une matière très différente, Georges BALKIND et Winston MAXWELL, La modification de la taxation des plus-values et la taxe de 3 %, A.J.P.I. 1992, p. 585. Concernant les clauses d'égalité de traitement contenues dans les conventions fiscales européennes, lesquelles interdisent toute discrimination fondée sur la nationalité, ces auteurs relèvent que la Cour de justice des Communautés européennes refuse tout effet aux textes qui, bien que s'appuyant sur des critères apparemment objectifs (par ex. une puissance fiscale supérieure à 16 CV) ont néanmoins un effet discriminatoire (aucun constructeur français ne proposant de voiture de plus de 16 CV).

(10)Si l'exclusion du patrimoine professionnel présente l'avantage de n'être qu'une modalité liquidative, il n'en demeure pas moins que les époux seront tentés d'établir in petto une courbe des participations latentes, dont les variations risqueront d'être source de discordance (Me

PILLEBOUT parle des biens exclus « potentiellement »).

(11) J.-F. PILLEBOUT, Une nouvelle formule ..., art. préc., n° 13.

(12) Sur la distinction entre fraude et habileté, v. J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, Traité de droit civil, Introduction générale, L.G.D.J. 1983, nos 754 et suiv.

(13) On pourrait vraisemblablement concevoir une clause excluant de la participation certains biens non professionnels, tels les actions acquises par le salarié au titre de l'intéressement au développement de l'entreprise qui l'emploie. Mais, outre les difficultés inhérentes à la mise en place d'un tel mécanisme, la justification première de l'exclusion, qui est la préservation de l'outil de travail, ferait ici défaut.

(14) Des recherches ont été entreprises concernant notamment l'exclusion de la liquidation de la créance de participation en cas de dissolution du régime pour une autre cause que le décès ou l'absence déclarée de l'un des époux. Cf. V. FLAMENT, Observations sur un régime matrimonial à liquidation alternative (à propos du régime de participation aux acquêts), Rép. Defrénois 1993, art. 35575, art. extrait de Contribution à l'étude d'un contrat de mariage à dispositions alternatives, mémoire pour le diplôme supérieur de notariat, CRFPN de Paris, 1992. Une telle exclusion nous paraît cependant dépasser l'intention de nombreux époux, pour qui le principe de la participation est une conséquence nécessaire du mariage - et des difficultés liées à l'éducation des enfants -, qui ne saurait être totalement remise en cause, même en cas de divorce.

(15) Cf. J.-F. PILLEBOUT, La participation aux acquêts, Litec, 1988, nos 267 à 295 ; C. LABRUSSE-RIOU, J.-cl. not. rép., V° Participation aux acquêts, nos 51 et suiv.

(16) Prétendre qu'un taux minoré de participation, en ce qu'il ne confère pas à chaque époux une vocation identique à l'enrichissement global du ménage, serait constitutif d'une atteinte au principe d'égalité, conduirait à écarter le régime de la séparation de biens lui-même (et à faire prévaloir le concept d'égalité arithmétique sur celui d'égalité géométrique).

(17) N. DUCHANGE, art. préc., nos 16 à 21.

(18) Cf. SAUJOT, Les avantages matrimoniaux (notion - nature juridique), Rev. trim. dr. civ. 1979, p. 709 : « Celui qui aura réalisé le moins d'acquêts profitera des gains de l'autre, mais peut-être a-t-il moins économisé parce qu'il a participé davantage aux dépenses ménagères, et la créance qui lui revient ne fait que rétablir un juste équilibre ».

(19) Cf. Janine REVEL, L'article 214 du Code civil et le régime de la séparation de biens, D. 1983, Chron. 21 ; F. LUCET, thèse préc., nos 294 à 296 ; M. MATTHIEU, J.-cl. not. form., V° Régimes matrimoniaux, fasc. A-5, nos 77 à 90.

(20) On a soutenu (F. BOUSSIER, Entreprise et mariage, J.C.P. 1990, éd. N, I, p. 371, n° 48) que la formule d'exclusion des biens professionnels présentait l'avantage d'éliminer un cas difficile d'évaluation. Mais cette simplification est illusoire sitôt qu'on se trouve en présence d'un avantage matrimonial vulnérable (c'est-à-dire révocable ou retranchable). Le recours à la minoration du taux de la participation ne suscite donc pas, dans cette hypothèse, de difficulté pratique supplémentaire.

(21) Il reste que la minoration du taux de la participation conviendra sans doute mieux à un époux ayant une activité libérale qu'à un commerçant, l'ampleur du développement à venir d'une entreprise commerciale étant notoirement plus difficile à apprécier (si les acquêts d'un époux se montent à 1 000 dont 900 à titre industriel, la créance de participation pourra se trouver être de  $1\ 000/4 = 250$  et excéder ainsi la valeur des seuls biens privés).

(22) Cf. J.-F. PILLEBOUT, La participation aux acquêts, formules commentées de contrat de mariage, Litec, 1988, nos 261 à 295.