

35618. QUELQUES PRÉCISIONS SUR L'ÉVALUATION DES AVANTAGES MATRIMONIAUX A PROPOS D'UNE FORMULE DE PARTICIPATION AUX ACQUÊTS

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

INTRODUCTION

1. La liberté des conventions matrimoniales, jadis motivée par le souci de ne pas « ralentir cet heureux élan que la nature elle-même a pris soin d'imprimer aux hommes en les dirigeant vers le mariage » ⁽¹⁾, est demeurée l'un des principes fondamentaux du droit français des régimes matrimoniaux ⁽²⁾.

L'expérience montre que les perspectives ouvertes par ce principe ont, pour la plupart, une réputation de trompe-l'oeil. Beaucoup de praticiens se satisfont de cette perception. Pour eux, l'uniformité contribue à la sécurité juridique, et la licéité d'une convention n'est admirable qu'une fois constatée l'évidence de son efficacité ⁽³⁾. Certains la déplorent. Ils regrettent notamment que les atteintes portées par le législateur contemporain à la liberté conventionnelle de droit commun, en contrecarrant les initiatives des juristes, tendent à altérer par ricochet la pratique des régimes matrimoniaux ⁽⁴⁾.

2. Pour départager l'audace de l'imprudence, il serait nécessaire de recenser les obstacles rencontrés par ceux qui acceptent de répondre aux appels de la pratique en s'écartant des formules patentées. Mais il n'est pas besoin d'attendre l'exécution d'un tel répertoire pour constater que les actions visant à remettre en cause les avantages matrimoniaux figurent au premier rang des dangers affrontés par les innovateurs.

3. Fut, à cet égard, particulièrement révélatrice, la nouvelle formule de participation aux acquêts proposée par Me Jean-François Pillebout, dont l'originalité consista à prévoir l'exclusion de certains biens professionnels lorsque le calcul de la créance de participation ne s'ensuivait pas du décès de l'un des époux ⁽⁵⁾. Si Me Pillebout estima pouvoir écarter les difficultés résultant de la fraude de l'époux entrepreneur ⁽⁶⁾ ou celles liées à la définition des biens à sortir de la créance de participation ⁽⁷⁾, il convint à regret de la vulnérabilité de la clause d'exclusion du patrimoine professionnel en cas d'exercice d'une action en révocation ou en retranchement des avantages matrimoniaux. Selon lui, bien qu'avec cette clause « il n'y ait pas transfert d'un bien au profit de l'époux mais simplement application des modalités du contrat de mariage », il serait malheureusement préférable de conclure à l'existence d'un avantage matrimonial révocable « en comparant la liquidation résultant de l'application de la clause et celle qu'entraîneraient les règles prévues par le Code civil » ⁽⁸⁾.

4. Cette opinion n'est pas sans conséquences pratiques. Elle conduit à admettre que l'époux entrepreneur perdra de plein droit le bénéfice de cet aménagement conventionnel en cas de divorce à ses torts exclusifs (art. 267 C. civ.) et qu'il est susceptible de le perdre en cas de divorce aux torts partagés (art. 267-1 C. civ.), en cas de divorce prononcé sur sa demande et accepté par son conjoint (art. 268-1 C. civ.) ou même en cas de divorce sur requête conjointe, lorsque l'abandon des avantages matrimoniaux aura été l'un des termes de la négociation intervenue entre les époux (art. 268 C. civ.) ⁽⁹⁾.

Il n'est toutefois pas certain qu'elle fasse l'unanimité. Si l'ensemble de la doctrine reconnaît qu'il y

a « avantage matrimonial toutes les fois que le contrat de mariage contient des stipulations favorisant l'un des époux lors de la liquidation du régime choisi » ⁽¹⁰⁾, les avis divergent dès qu'il s'agit d'apprécier ce qui peut favoriser un époux. Des notaires ont ainsi soutenu que la révocation ou la révocabilité devrait être « limitée aux " avantages " dont le caractère de libéralité est incontestable » et ont estimé que tel n'était certainement pas le cas de la clause proposée par Me Pillebout ⁽¹¹⁾. De son côté, Me Pillebout a relevé que la jurisprudence n'était pas fixée et qu'il était « difficile de prévoir ce que serait la décision des tribunaux saisis de cette question ».

5. Dans une certaine mesure, les auteurs se retrouvent en ce qu'ils envisagent l'exclusion indépendamment de la situation patrimoniale des époux concernés. Chacun souligne le principe qui lui paraît devoir déterminer le comportement de la clause face aux actions visant à l'annulation des avantages matrimoniaux ⁽¹²⁾. Aucun ne s'inquiète d'effectuer une synthèse de ses effets concrets. Cela donne à penser qu'une démarche plus pragmatique pourrait être de nature à faciliter l'appréciation exacte de la portée des actions en révocation ou en retranchement.

C'est ce que nous nous proposons de vérifier, d'abord concernant la formule proposée par Me Pillebout, puis, succinctement, à propos de clauses aménageant le régime de la communauté d'acquêts.

I. LES CONSÉQUENCES DE L'EXCLUSION DU PATRIMOINE PROFESSIONNEL LORS DU CALCUL DE LA CRÉANCE DE PARTICIPATION

6. Contrairement à ce que laissent supposer la plupart des commentaires, le montant de la créance de participation n'est pas affecté de façon linéaire par l'exclusion du patrimoine professionnel. La détermination de l'incidence des actions en révocation ou en retranchement passe donc par l'étude des conséquences économiques de la clause d'exclusion.

A. LES EFFETS ÉCONOMIQUES DE LA CLAUSE D'EXCLUSION

7. Pour l'époux entrepreneur (si l'on accepte momentanément de s'en tenir à l'hypothèse traditionnelle de la femme au foyer et du mari chef d'entreprise, posant au surplus que tous deux sont dépourvus de fortune familiale), ce qui constitue un avantage matrimonial, ce n'est pas tant l'exclusion de son patrimoine professionnel que la prise en compte de ses acquêts non professionnels pour le calcul de la créance de participation.

En effet, la seule promotion de son intérêt pécuniaire l'aurait conduit à adopter la séparation de biens, son activité professionnelle étant l'unique source d'enrichissement du ménage. A ses yeux, la limitation du droit à participation de son épouse ne saurait être analysée comme générant pour lui un bénéfice matrimonial, puisque cette restriction subordonnait le choix, effectué dès avant le mariage, de se porter à mi-chemin entre la séparation de biens et la participation aux acquêts type - deux régimes qui, soumis aux seules dispositions du Code civil, sont hors de portée des actions en annulation des avantages matrimoniaux ⁽¹³⁾.

8. Mais ce raisonnement pêche sitôt que l'épouse se met à avoir une activité extérieure au foyer, c'est-à-dire dès qu'elle devient susceptible d'être débitrice d'une participation envers son mari. Pour s'en rendre compte, il suffit d'envisager les différents cas de figure pouvant se présenter lors de la liquidation du régime.

Si les acquêts de l'épouse restent inférieurs aux acquêts non professionnels du mari, la situation n'est guère différente de celle précédemment évoquée : à tout prendre, le régime avec exclusion des biens professionnels demeure plus favorable à la femme qu'une stricte séparation de biens.

Par contre, lorsque les acquêts de l'épouse se trouvent être d'un montant supérieur aux acquêts non professionnels du mari (et, a fortiori, quand ils excèdent la somme des acquêts du mari), la clause d'exclusion du patrimoine professionnel avantage directement le mari (et peut aboutir à renverser le sens de la créance de participation). Le mécanisme de protection du patrimoine professionnel devient alors cause d'iniquité.

Un exemple chiffré le montrera nettement ⁽¹⁴⁾.

Lorsque les acquêts de la femme se montent à 60 et ceux de son mari à 75, dont 50 représentant les biens professionnels :

- avec le régime de la séparation de biens, la femme conserve 60 ;
- en participation aux acquêts type, elle peut prétendre à 67,5, c'est-à-dire à $60 + [(75 - 60) : 2]$;
- sous un contrat excluant systématiquement les biens professionnels, les acquêts du mari sont ramenés à 25 et la femme se trouve débitrice d'une créance de participation de $(60 - 25) : 2 = 17,5$, ne conservant que 42,5, soit moins que sous les deux autres régimes.

9. Autrement dit, tant que l'exclusion des acquêts professionnels ne fait que limiter la créance due à l'épouse, le mari est économiquement ⁽¹⁵⁾ fondé à considérer que cette exclusion ne lui procure aucun avantage matrimonial. Il ne saurait toutefois maintenir rigide son point de vue lorsque son épouse se met à acquérir des revenus, le rendant ainsi virtuellement créancier d'une participation que l'exclusion de ses biens professionnels gonflerait artificiellement.

Pour éviter de porter préjudice aux intérêts de la femme, tout en écartant les difficultés liées à la prise en compte du patrimoine professionnel, il suffirait donc de plafonner ⁽¹⁶⁾ la créance que le mari pourrait devoir, de telle sorte que son paiement puisse toujours être effectué au moyen de la liquidation de biens non professionnels ⁽¹⁷⁾.

Théoriquement, la protection du « patrimoine » professionnel sera réalisée lorsque la créance de participation ne pourra excéder le montant de tous les biens (acquêts ou originaires) non professionnels du mari. En pratique, celui-ci souhaitera vraisemblablement, à l'instar de ce qui se serait passé s'il n'avait pas eu d'activité indépendante, éviter que la créance de participation puisse excéder la moitié de ses acquêts non professionnels (afin notamment de ne pas avoir à liquider des biens originaires, souvent indivis ou grevés d'usufruit).

Exemple. mêmes données que supra, n° 8.

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

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.

10. Il est clair cependant qu'un tel aménagement ne pourrait donner pleine satisfaction à l'époux entrepreneur s'il se révélait vulnérable aux actions visant les avantages matrimoniaux.

Pour reprendre les termes de Me Pillebout ⁽¹⁸⁾, « Nous penserions volontiers que cette stipulation (...) n'entre pas dans le cadre des avantages matrimoniaux tels qu'ils sont généralement entendus ». Mais cette proposition demande encore à être démontrée, ce qui implique que soit mieux appréciée l'incidence des actions en révocation et en retranchement des avantages matrimoniaux.

B. L'INCIDENCE DES ACTIONS EN RÉVOCATION ET EN RETRANCHEMENT DES AVANTAGES MATRIMONIAUX

11. Même si l'on suppose définitivement établi - ce qui est capital - qu'elle puisse être appliquée à la participation aux acquêts ⁽¹⁹⁾, il n'y a pas lieu d'être très surpris qu'un certain malaise entoure la notion d'avantage matrimonial. Celle-ci, en effet, loin d'avoir été précisée par les textes, se définit par rapport à deux actions en nullité situées dans des titres distincts du Code civil, et susceptibles de s'ouvrir à des moments différents au profit de personnes pouvant avoir des intérêts opposés.

La doctrine récente est parvenue à clarifier la parenté existant entre les avantages retranchables et les avantages révocables, en montrant que ces concepts pouvaient avoir une même assiette comptable. Toutefois, les modalités d'appréciation de cette assiette sont encore discutées, alors qu'une méthode d'évaluation paraît pouvoir être clairement dégagée des dispositions de l'article 1527 du Code civil.

1. L'homogénéité de la notion comptable d'avantage matrimonial chiffrable

12. Si la nature juridique des avantages matrimoniaux est toujours controversée ⁽²⁰⁾, la doctrine et la jurisprudence s'accordent désormais ⁽²¹⁾ pour considérer que les notions d'avantage matrimonial révocable et d'avantage matrimonial retranchable ⁽²²⁾ sont étroitement liées, sans pour autant être identiques.

Les relations existant entre ces deux notions peuvent être ainsi résumées :

- n'est retranchable que l'avantage qui procure à l'un des époux, au décès du prémourant, un profit chiffrable distinct des « simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs quoique inégaux des deux époux » (C. civ., art. 1527, al. 2 in fine) ;
- les avantages ne sont révocables que dans la mesure également où ils n'excèdent pas les « simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites » ⁽²³⁾ ;
- tout avantage retranchable est nécessairement révocable, puisqu'il procure à l'un des époux un profit effectif chiffrable ⁽²⁴⁾ ;
- mais la catégorie des avantages révocables est plus large que celle des avantages retranchables, puisqu'elle concerne également des clauses « qui ne procurent aucun bénéfice chiffrable tout en conférant manifestement un avantage » ⁽²⁵⁾ telles la clause de prélèvement moyennant indemnité ou la clause d'ameublement avec indemnité (qui prive l'époux apporteur de la possibilité de reprendre le bien en nature à titre de propre).

13. Il faut certes garder à l'esprit que chacune des actions permettant la remise en cause des avantages se rattache à un mécanisme autonome ⁽²⁶⁾ : ainsi, un époux commun universellement en biens qui aura obtenu le divorce aux torts exclusifs de son conjoint pourra-t-il ultérieurement voir les avantages matrimoniaux lui profitant remis en cause, suite de l'action en retranchement intentée par l'enfant du premier lit de son ex-conjoint.

Mais la notion d'avantage matrimonial chiffrable est devenue suffisamment homogène pour que le rédacteur d'un contrat de mariage puisse considérer que la détermination de la fraction vulnérable d'un tel avantage est identique quelque soit le texte appliqué. Seules subsistent donc les difficultés liées à l'appréciation de ces avantages.

2. L'appréciation des avantages matrimoniaux chiffrables

14. Le Code civil ne s'étend pas sur la détermination de l'ampleur des avantages matrimoniaux. Son article 1527 contient toutefois des dispositions suffisamment précises pour que puissent en être retirées les grandes orientations que doit respecter tout liquidateur ⁽²⁷⁾. Une fois celles-ci mises en évidence, il devient possible de proposer une méthode d'évaluation de nature à réconcilier les différentes thèses actuellement en présence.

a. La portée de l'article 1527 du Code civil

15. Personne ne songe à contester que l'article 1527 du Code civil soit composé de deux alinéas complémentaires. Cependant, l'analyse communément acceptée du premier alinéa de ce texte conduit à négliger certains des enseignements contenus dans le second alinéa.

a) L'article 1527, premier alinéa. - 16. L'application de la notion d'avantage matrimonial à la participation aux acquêts étant désormais admise, le premier alinéa de l'article 1527 du Code civil revient à dire que les avantages que l'un ou l'autre des époux peut retirer d'un régime matrimonial ⁽²⁸⁾ ne sont point regardés comme des donations.

Ainsi compris, ce texte autoriserait la conception la plus extensive de l'avantage matrimonial chiffrable : formerait un tel avantage tout profit qu'un époux n'aurait pu recevoir à défaut de régime matrimonial, c'est-à-dire à défaut de mariage.

Pour des considérations historiques notamment, telle n'a pas été la position de la doctrine. De la référence textuelle « aux avantages que l'un ou l'autre des époux peut retirer des clauses d'une communauté conventionnelle », on a retiré qu'il convenait d'établir l'importance des avantages matrimoniaux chiffrables par l'exécution d'une double liquidation : dans un premier temps celle du régime adopté, puis, par simulation, celle de la communauté légale ⁽²⁹⁾ (ou, par analogie, d'une participation aux acquêts type alignée sur les dispositions du Code civil), la différence entre la première et la seconde liquidation étant censée fournir le montant de l'avantage matrimonial ⁽³⁰⁾.

Il en est résulté une conception restrictive refusant aux « simples bénéfices » visés à l'alinéa second la qualification d'avantage matrimonial.

Parallèlement, une large fraction de la doctrine a également déduit de ce texte une présomption irréfragable du caractère onéreux des avantages matrimoniaux ⁽³¹⁾.

β) L'article 1527, deuxième alinéa. - 17. Le second alinéa de l'article 1527 vient limiter la portée du premier alinéa : en présence d'enfant d'un précédent mariage, toute convention qui avantage le parâtre

ou la marâtre ascendant au-delà de la portion réglée par l'article 1094-1 ⁽³²⁾ reste sans effet pour tout l'excédent.

Le Code civil restreint toutefois la portée de cette limitation en maintenant en dehors de la masse de calcul de la quotité disponible (et donc hors du champ d'application de l'action en réduction) les « simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs quoique inégaux, des deux époux ».

Ce cantonnement de l'action en retranchement est très important pour la définition de la notion d'avantage matrimonial. Il permet de considérer que les « simples bénéfices » peuvent cacher des avantages matrimoniaux à part entière qui, à défaut de disposition légale expresse, eussent été annulables ⁽³³⁾. Ce faisant, il consacre une conception extensive des avantages matrimoniaux ⁽³⁴⁾, incluant non pas seulement les profits résultant des modifications apportées au régime légal, mais tous les enrichissements issus du régime matrimonial.

18. Deux conséquences intéressantes en découlent :

- Les avantages matrimoniaux ne peuvent être appréciés qu'à partir de ce qui pourrait être leur niveau zéro. A cet effet, il nous paraît suffire de rapprocher le régime conventionnel de celui de la séparation de biens ⁽³⁵⁾, qui est le régime le plus limitatif des interactions patrimoniales résultant du mariage. L'opportunité d'un tel rapprochement a d'ailleurs été perçue par le législateur lorsqu'il a posé la séparation de biens en dernier recours pour tous les autres régimes, que ce soit par le jeu de la séparation judiciaire de l'article 1443 du Code civil, de la liquidation anticipée de la créance de participation, organisée à l'article 1580, ou de la séparation de corps.

La notion juridique d'avantage matrimonial se trouvera ainsi en conformité avec la logique économique : ce qui constituera un avantage, ce sera l'enrichissement procuré par le régime adopté, par comparaison, non pas avec le régime légal (ou la participation aux acquêts de référence), mais avec le régime le plus respectueux de l'autonomie des patrimoines des époux, c'est-à-dire par rapport au régime de la séparation de biens.

- Lorsque cette première comparaison aura démontré que l'époux défendeur à l'action en annulation tire effectivement profit de son régime matrimonial (et seulement dans ce cas), il conviendra en outre de s'assurer, en confrontant les résultats du régime conventionnel à ceux du régime légal (ou de la participation aux acquêts type), que l'enrichissement procuré par les dispositions contractuelles ne correspond pas simplement à une fraction de la part légale des « simples bénéfices », c'est-à-dire à la franchise instituée par le Code civil.

19. Contre cette démonstration, une objection pourrait naître de l'opinion acceptant d'appliquer la notion d'avantage matrimonial à une séparation de biens ⁽³⁶⁾. Sous ce régime, deux sources d'avantage ont en effet été envisagées.

Lorsque l'un des époux prend en main la gestion des biens personnels de l'autre, les articles 1539 et 1540 du Code civil font une situation favorable au gérant, en le dispensant de rendre compte de tout ou partie des fruits. La séparation de biens pourrait ainsi entraîner un profit matrimonial portant sur les fruits ⁽³⁷⁾.

Lorsque le contrat de mariage prévoit des présomptions de propriété, des juridictions ont admis qu'il pouvait en résulter, pour l'un des époux, « un avantage matrimonial de nature à faciliter à celui-ci la

preuve de la consistance de ses biens » ⁽³⁸⁾. Comme l'indique M. Lucet, « l'avantage résulte du fait que le bénéficiaire de la présomption n'est pas nécessairement celui que la loi, par les règles de fond, relayées éventuellement par la règle de preuve subsidiaire de l'article 1538, alinéa 3, du Code civil, eût désigné comme titulaire du droit. Entre ces règles de fond et ces règles de preuve, il existe peut-être une place pour l'avantage matrimonial » ⁽³⁹⁾.

Une telle extension de la notion d'avantage matrimonial ne remet cependant pas en cause la pertinence de la référence à la séparation de biens. On s'en convainc en observant que les avantages ainsi mis en évidence ne peuvent eux-mêmes être appréciés que par rapport à une utilisation strictement séparatiste du régime de la séparation de biens ⁽⁴⁰⁾.

20. De la combinaison des deux alinéas de l'article 1527 du Code civil, il semble donc nécessaire de retirer :

- que les avantages résultant pour un époux de son régime s'établissent par comparaison entre le résultat de ce régime et celui d'une stricte séparation des biens ⁽⁴¹⁾ ;
- que ces avantages ne sont pas regardés comme des donations ;
- que l'époux qui ne reçoit pas même sa part légale des « simples bénéfices » (et n'a pas profité d'avantages en capital tels un apport en communauté ou une confusion du mobilier) ne saurait être passible d'une action en révocation ou en retranchement d'avantages matrimoniaux chiffrables ⁽⁴²⁾.

Cela conduit à poser en axiome que l'époux dont les droits, une fois effectués les comptes de liquidation, sont inférieurs à ce qu'ils auraient été sous la séparation de biens, ne bénéficie (au moins globalement ⁽⁴³⁾) d'aucun avantage matrimonial chiffrable et se trouve, de ce fait, hors de portée de toute action en annulation d'un tel avantage.

b. La nécessité d'une triple liquidation

21. L'incidence des actions en annulation des avantages matrimoniaux chiffrables ne peut donc être connue que par l'exécution d'une triple liquidation comparative :

- celle, effective, du régime matrimonial des époux ;
- celle, par simulation, de la séparation de biens, de façon à déterminer celui des époux qui, ayant globalement bénéficié du régime adopté, pourrait être passible d'une action en annulation des avantages matrimoniaux ;
- puis celle, également par simulation, de la participation aux acquêts type (ou de la communauté légale), afin de déterminer la fraction des avantages matrimoniaux qui, contenue dans la part légale des « simples bénéfices », ne saurait être remise en cause.

22. Quelques exemples illustreront ce mécanisme.

A s'en tenir à la double liquidation actuellement retenue par la doctrine, le plafonnement de la créance de participation par l'exclusion de biens professionnels paraît constitutif d'un avantage matrimonial vulnérable.

Exemple : Les acquêts de Madame sont de 10 ; les acquêts de Monsieur se montent à 75, dont 50 pour la

fraction professionnelle.

Avec le régime conventionnel adopté, la créance de participation due à l'épouse n'est que de $[(75 - 50) - 10] : 2 = 7,5$. Monsieur conserve donc en définitive $75 - 7,5 = 67,5$.

Si l'on appliquait la participation aux acquêts type, cette créance se monterait à $(75 - 10) : 2 = 32,5$, Monsieur ne conservant plus que 42,5.

Le régime conventionnel paraît donc bien générer au profit de l'époux un avantage matrimonial révocable de $32,5 - 7,5 = 25$, correspondant à la différence entre le résultat de la liquidation du régime conventionnel et celui de la liquidation du régime type.

23. Cette apparence doit être corrigée. En effet, sous le régime de la séparation de biens, le mari aurait pu demeurer propriétaire d'un patrimoine (d'une valeur de 75) supérieur à celui qu'il conserve du fait de son régime matrimonial réel.

L'avantage qui lui est apparemment conféré se situe donc non pas au-delà mais en-deçà du niveau zéro de l'avantage vulnérable, tel que précédemment défini. Il ne fait que limiter les « simples bénéfices » dont la femme aurait pu profiter sous la participation aux acquêts type, sans attribuer au mari d'avantage effectif.

La mise en œuvre d'une triple liquidation dégage parfaitement cette vérité économique, spécialement pour la clause d'exclusion proposée par Me Pillebout.

Exemple 1 : Les acquêts de Madame sont de 10, ceux de Monsieur de 75 dont 50 à titre professionnel. Le régime conventionnel est celui proposé par Me Pillebout :

Sous la séparation de biens, Monsieur conserve ses	75
En participation aux acquêts type, Monsieur conserve	42,50
En participation aux acquêts conventionnelle, Monsieur conserve...	67,5

Comme les droits de Monsieur ne dépassent que l'un des deux points de références, il n'y a pas d'avantage matrimonial vulnérable ⁽⁴⁴⁾.

Exemple 2 : Mêmes données que précédemment, les acquêts de Madame étant portés à 100 :

Sous la séparation de biens, Monsieur conserve ses	75
--	----

En participation aux acquêts type, Monsieur obtient : $75 + \frac{(100 - 75)}{2}$	87,5
En participation aux acquêts conventionnelle, Monsieur obtient : $75 + \frac{(100 - 25)}{2}$	112,5

Les droits de Monsieur dépassent les deux points de référence. Il y a bien un avantage matrimonial vulnérable. Cependant la fraction vulnérable de cet avantage ne peut se calculer que par rapport au résultat de la participation aux acquêts type, soit 87,50 - la part légale des « simples bénéfices » ne pouvant être remise en cause. L'incidence de la vulnérabilité sera donc de $112,50 - 87,50 = 25$ ⁽⁴⁵⁾.

Exemple 3 : Mêmes données que précédemment, les acquêts de Madame étant ramenés à 40 :

Sous la séparation de biens, Monsieur conserve ses	75
En participation aux acquêts type, Monsieur obtient : $75 - \frac{(75 - 40)}{2}$	57,5
En participation aux acquêts conventionnelle, Monsieur obtient : $75 + \frac{(40 - 25)}{2}$	82,5

Les droits de Monsieur dépassent les deux points de référence. Il y a bien un avantage matrimonial vulnérable. Cependant, la fraction vulnérable de cet avantage ne peut se calculer que par rapport au résultat de la séparation de biens, soit 75. Aller au-delà reviendrait à dénaturer la notion d'avantage matrimonial - et à rendre exigible une fraction des « simples bénéfices », ce que ni le régime conventionnel (qui les attribue au mari), ni l'article 1527 (qui ne fait qu'autoriser leur conservation par celui à qui le contrat les « donne ») ne prévoient. L'incidence de la vulnérabilité sera donc de $82,50 - 75 = 7,5$ ⁽⁴⁶⁾.

24. Proposition de formule. - Ainsi, ce n'est que dans certaines situations, faciles à circonscrire, que l'exclusion sera effectivement génératrice d'un avantage matrimonial chiffrable vulnérable.

Ne serait-ce que pour éviter à l'époux professionnel les surprises d'un régime à chausse-trappes, sans doute est-il souhaitable d'éliminer d'emblée ces hypothèses. A cet effet, le lecteur trouvera, en annexe, une proposition de formule plafonnant la créance de participation à la moitié des acquêts non professionnels de l'époux qui en sera le débiteur ⁽⁴⁷⁾.

II. L'ÉVALUATION DES AVANTAGES TIRÉS D'UN RÉGIME DE COMMUNAUTÉ

25. A l'instar des régimes de participation aux acquêts, les régimes de communauté permettent-ils que soit déterminé avec une assurance de comptable celui des époux qui tire profit des ajustements conventionnels ?

La doctrine a paru, jusqu'à présent, se refuser à envisager cette question. Ou, plutôt, elle ne l'a fait qu'en extrapolant à partir d'une seule hypothèse : celle où l'avantage matrimonial résulte d'un accroissement de la part de bénéfices. Ce qui l'a amenée à se satisfaire de la comparaison des bénéfices issus du régime conventionnel à ceux qui seraient résultés de l'adoption du régime légal.

Mais cette méthode simple d'évaluation comparative se révèle pernicieuse lorsque la modification conventionnelle n'a pas pour objet une majoration du lien communautaire, mais au contraire une diminution de celui-ci. Faisant abstraction des signes, elle conduit à traiter avec la même rigueur celui qui s'enrichit au détriment de son conjoint et celui qui limite l'enrichissement de son conjoint.

26. Reste que s'il est aisé de simuler les résultats d'une séparation de biens à partir des données d'une participation aux acquêts, il est beaucoup plus hasardeux de distinguer, au sein de la communauté, les éléments patrimoniaux qui auraient été constitutifs, sous la séparation de biens, de l'enrichissement de l'un ou de l'autre époux, l'incidence d'une cogestion ou de certains apports extra-pécuniaires, parfois justement considérés comme essentiels, étant d'appréciation délicate. La perception de cette difficulté n'est d'ailleurs pas nouvelle et a peut-être contribué à rendre intangibles les « simples bénéfices » ⁽⁴⁸⁾.

27. D'où une réponse nuancée. Pour peu qu'on les y invite, les tribunaux ⁽⁴⁹⁾ auront sans doute tendance à procéder par voie d'approximation, compte tenu de la nature « sociale » de la communauté et de son opacité relative. Deux exemples suffiront pour préciser les enjeux d'une référence à minima à la séparation de biens.

Exemple 1 : Soit un régime excluant de la communauté, sans récompense, les biens professionnels ⁽⁵⁰⁾. A l'occasion d'un divorce à ses torts exclusifs, le mari pourrait-il prétendre conserver les biens professionnels acquis au cours du mariage sans avoir à indemniser son épouse ? La doctrine de la double liquidation fournirait une réponse négative de principe. Mais la référence à la séparation de biens conduit à accepter d'analyser les données de chaque espèce.

Pour soutenir son point de vue, l'époux pourra d'abord relever que le mécanisme de la révocation, visant à remettre en cause le pacte conclu en vue de l'union, doit être strictement cantonné. Il devra ensuite démontrer que la quasi-totalité des acquêts sont issus de son activité professionnelle et qu'il ne retire aucun avantage matrimonial effectif de la clause lui attribuant sans contrepartie son outil de travail ⁽⁵¹⁾.

Exemple 2 : Soit des époux mariés en secondes noces, ayant tous deux des enfants d'une précédente union. Le mari, détenteur d'un patrimoine important, a souhaité, pour protéger ses enfants, que les revenus de propres demeurent propres. Au décès de la femme, serait-il concevable que les enfants de celle-ci puissent exercer valablement une action en retranchement ?

En apparence, l'aménagement conventionnel n'aura fait qu'opérer un glissement vers la séparation de biens ⁽⁵²⁾. Toutefois, si le mari dispose de revenus professionnels très inférieurs à ceux de son épouse, la limitation de la communauté pourra aboutir à offrir à la femme une situation moins favorable que celle qui aurait été la sienne tant sous le régime de la séparation de biens (où ses importants salaires se seraient capitalisés à son seul profit) que sous le régime légal (où les revenus du patrimoine du

mari se seraient trouvés partagés). Seul le recours à la méthode de la triple liquidation pourra départager les époux de façon satisfaisante.

28. Contre la généralisation de cette méthode de calcul, la tentation est forte de soutenir que l'adoption d'un régime de communauté conduit chaque époux à abandonner les inconvénients, mais aussi les avantages que la séparation de biens eût présentés pour lui.

On observera toutefois qu'au jour du contrat, c'est-à-dire de la formulation du consentement, le conjoint ayant intérêt à l'adoption d'une séparation de biens ⁽⁵³⁾ n'a vraisemblablement accepté d'écarter ce régime qu'en raison des limitations apportées aux inconvénients que la communauté présentait pour lui. Le respect de sa volonté passe donc par le cantonnement des actions en révocation ou en retranchement.

La correction amenée par la référence à la séparation de biens va dans ce sens. Loin de pervertir la logique liquidative du régime adopté, elle ne peut aboutir qu'à limiter les cas d'ouverture de ces actions et donc à assurer, aussi loin que possible, le respect de la convention initiale.

29. Il se confirme ainsi que l'appréciation de la vulnérabilité d'un avantage matrimonial, concernerait-elle l'application d'un régime de communauté conventionnelle, ne saurait intervenir sans référence au régime de la séparation de biens. Et c'est pourquoi la méthode de la triple liquidation, en permettant une définition plus précise du champ d'application des actions en réduction et en retranchement des avantages matrimoniaux chiffrables, devrait être de nature à redonner de l'ampleur au principe de la liberté des conventions matrimoniales ⁽⁵⁴⁾.

Annexe

CLAUSES RELATIVES AU PLAFONNEMENT DE LA PARTICIPATION AUX ACQUETS

(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 5, un plafonnement de la participation.

En conséquence : (la suite non modifiée).

...

Article 5

Créance de participation

A la dissolution du régime, chacun des époux aura le droit de participer pour moitié en valeur aux acquêts nets constatés dans le patrimoine de l'autre, et mesurés par la double estimation du patrimoine originaire et du patrimoine final.

Le calcul et le règlement de cette créance de participation s'effectueront conformément aux dispositions des articles 1570 et suivants du Code civil.

Notamment, la créance de participation sera due par l'époux dont les acquêts nets excéderont ceux de son conjoint. Elle représentera la moitié de cet excédent. Toutefois, le montant de la créance de participation sera plafonnée à la moitié (ou une autre fraction) des acquêts nets non professionnels, tels que définis ci-après, de l'époux qui se trouvera en être débiteur (ajouter éventuellement : sauf si la dissolution résulte du décès de ce dernier).

Article ...

Définition des acquêts nets non professionnels

Les acquêts nets non professionnels seront les acquêts nets tels que définis par les règles du Code civil, diminués des acquêts nets professionnels.

Les acquêts nets professionnels seront formés par les biens professionnels ne dépendant pas du patrimoine originaire, après déduction des dettes qui, relatives à ces biens ou à l'activité professionnelle, ont vocation à être déduites des acquêts. Pour la mise en œuvre du paragraphe qui précède, les biens professionnels seront déterminés suivant les principes en usage dans la profession exercée par l'époux débiteur. Ils pourront notamment comprendre, le cas échéant :

- le fonds de commerce ;
- l'exploitation agricole ;
- la valeur du droit de présentation de la clientèle à tout successeur ;
- les équipements et matériels divers servant à l'exercice de la profession ;
- les parts ou actions de toutes sociétés de moyens, sociétés civiles professionnelles ou sociétés de toute forme dont l'objet correspondra à l'activité principale de l'époux débiteur de la participation et qui formeront pour cet époux, au jour de la dissolution, le cadre de l'exercice effectif de cette activité ;
- le droit de propriété ou le droit au bail des immeubles permettant l'exercice, au jour de la dissolution, de l'activité professionnelle, ou les parts sociales ou actions de sociétés propriétaires desdits immeubles.

Si, au jour de la dissolution, il apparaissait que l'époux débiteur de la participation avait anormalement investi en biens à usage professionnel dans l'intention de modifier le montant de la participation découlant du régime adopté, la fraction estimée abusive sera requalifiée et viendra grossir la masse des acquêts non professionnels de cet époux.

...

(La suite sans modification, sauf à prévoir, en faveur du conjoint survivant, une clause de suppression du plafond, de participation majorée, ou d'attribution intégrale des acquêts, pour le cas de dissolution du régime par le décès de l'un des époux.)

(1)BERLIER, Exposé des motifs du livre II, titre X, du projet de Code civil, in Procès-verbaux du Conseil d'État contenant la discussion du projet de Code civil, An XII, tome IV, p. 301. V. cependant MALAURIE et AYNÈS, Les régimes matrimoniaux, Cujas 1988, n° 201, pour qui le principe de la liberté des conventions matrimoniales « n'est pas imposé par la nature des choses et présente un aspect contingent ».

(2)Art. 1387 C. civ. Cf. G. CORNU, Les régimes matrimoniaux, PUF, 2e éd. 1977, p. 39 et 56 ; A. COLOMER, Régimes matrimoniaux, Litec, 5e éd. 1992, n° 322.

(3)Cf. P. DEPREZ, J.C.P. 1988, éd. N, I, 300, qui, discutant des incertitudes du régime fiscal des avantages matrimoniaux issus d'un contrat de participation aux acquêts, rappelle : « Le devoir du notaire est de résultat ». Depuis, la question a évolué : rép. min. à M. HAGE, J.O. du 7 septembre 1992, Déb. Ass. nat., p. 4079 ; Dict. enreg., n° 1640.

(4)Cf. Georges CHARRAS et Dominique DUMAND, Patrimoine et mariage, rapport de la 1re commission du 84e Congrès des notaires de France, La Baule, 1988, n° 35. Au demeurant, la Cour de cassation participe à cette limitation de la liberté conventionnelle. Concernant une promesse unilatérale de vente, v. Cass. com., 23 octobre 1990, J.C.P. 1991, éd. N, II, p. 100, note H. THUILLIER. Concernant la rémunération d'un gérant de S.A.R.L., v. Cass. com., 21 avril 1992, Rép. Defrénois 1992, art. 35412, note J. HONORAT.

(5)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. 79 suiv.

(6)En relevant que les principes généraux permettent à l'époux victime de la fraude de rétablir la situation effective lors de la liquidation (PILLEBOUT, op. cit., n° 13). Concernant la notion de fraude, v. J. GHESTIN et G. GOUBEUX, Traité de droit civil, Introduction générale, L.G.D.J., éd. 1983, n° 741 ; CHEVALLIER-DUMAS, La fraude dans les régimes matrimoniaux, Rev. trim. dr. civ. 1979, p. 40.

(7)En préconisant de limiter le jeu de la clause d'exclusion à une activité bien précise (tel l'exercice de la profession de médecin dans le cadre d'une clinique) et de prévoir l'établissement d'une liste des biens à exclure du calcul de la créance de participation (PILLEBOUT, op. cit., n° 16).

(8)PILLEBOUT, op. cit., n° 14 ; cf. J.-P. STORCK, Avantages matrimoniaux et régime de participation aux acquêts, J.C.P. 1981, éd. N, I, p. 355.

(9)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, p. 1158.

(10)G. MORIN, op. cit., p. 1158.

(11)G. CHARRAS et D. DUMAND, 84e Congrès des notaires de France, 1988, 1e rapport préc., note 38-2, p. 48.

(12)Stipulation favorisant l'un des époux, pour les tenants de la révocation ; absence d'intention libérale ou de transfert de biens, pour la thèse opposée...

(13)V., toutefois, les précisions apportées ci-après, n° 19, concernant la séparation de biens. Adde F. LUCET, L'avantage matrimonial. Retranchement ou révocation (à propos de l'arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 10 juillet 1990), J.C.P. 1992, éd. N, I, pp. 145 et suiv., nos 4 et 5, selon qui le régime de la participation aux acquêts, comme la communauté légale, procure souvent un enrichissement non négligeable à l'un des conjoints. « On a toutefois coutume de repousser l'avantage matrimonial sous ces régimes en invoquant l'article 1527, alinéa 2 in fine, qui dispose qu'en présence d'un enfant d'un premier lit, les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus quoique inégaux des deux époux ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfants d'un précédent lit ».

(14)Il a paru préférable de centrer la présente étude sur les avantages résultant d'un aménagement de la répartition des « simples bénéfices » de l'article 1527, alinéa 2, C. civ. Tous les exemples de la présente chronique font donc abstraction des biens dépendant des patrimoines originaires.

(15)Cette impression économique ne saurait être négligée. N'était-ce pas PLANIOL qui écrivait que « l'économie a autant besoin du droit que le droit a besoin d'elle » ? (cité par Raymond BARRE dans sa préface aux Études offertes à Jacques Flour, Éditions du Rép. Defrénois, 1979).

(16)Cet aménagement paraît conforme à la démarche de Me PILLEBOUT (La participation aux acquêts, Litec 1988, n° 285), dont le souhait est « que le conjoint de l'époux ayant des biens professionnels (puisse) se prévaloir d'un régime matrimonial plus favorable que celui de la séparation de biens ».

(17)Suite à la lecture d'un projet du présent article, M. le professeur Michel GRIMALDI a émis oralement la suggestion de porter fictivement

les acquêts professionnels non seulement dans le patrimoine originaire de l'époux entrepreneur, mais encore dans celui de son conjoint. C'est notamment l'étude des résultats d'un tel mécanisme qui nous a porté à envisager le plafonnement de la créance de participation.

(18)La participation aux acquêts, Litec 1988, n° 284. Me PILLEBOUT, concernant sa formule (et les conséquences qu'elle peut avoir pour le conjoint non professionnel), préfère toutefois retenir la qualification d'avantage matrimonial.

(19)Sur cette question, J.-P. STORCK, Avantages matrimoniaux et régime de participation aux acquêts, J.C.P. 1981, éd. N, I, p. 355 ; M. STORCK, J.-Cl. not. rép., V° Communauté conventionnelle, fasc. 20, nos 10 à 12. Pour une conception extensive de la notion d'avantage matrimonial, également applicable à la séparation de biens, v. F. LUCET, Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux, thèse Paris II, 1987, nos 415 à 422.

(20)En effet, les auteurs ne s'accordent pas sur l'incidence qu'une action en retranchement pourrait avoir sur la nature de l'avantage matrimonial.

Une partie de la doctrine, dépassant les explications classiques conférant une double nature (onéreuse par fiction ou gratuite) aux avantages matrimoniaux, propose de voir dans les articles 1516, 1525 et 1527 une présomption légale irréfragable de caractère onéreux, doublée d'une présomption (simple ou irréfragable, selon les auteurs) de gratuité en présence d'enfant d'un premier lit.

A l'opposé, certains confèrent à l'avantage matrimonial une nature intrinsèquement onéreuse.

D'autres auteurs situent les avantages matrimoniaux dans une catégorie intermédiaire, relevant de l'affectio conjugal. Enfin, une opinion la maintient en dehors de la distinction classique, considérant que l'avantage matrimonial est formé du résultat du fonctionnement du régime matrimonial, qui est lui-même étranger à la distinction du titre gratuit et du titre onéreux (F. LUCET, thèse citée, p. 752 et 753).

Pour un résumé de ces thèses et les références des différents auteurs, v. M. STORCK, J.-Cl. not. rép., V° Communauté conventionnelle, fasc. 20, nos 23 et suiv. Pour un résumé un peu différent, A. COLOMER, Régimes matrimoniaux, nos 1161 et suiv. et notamment n° 1167, en faveur du caractère irréfragable de la présomption de gratuité qui résulterait du deuxième alinéa de l'article 1527 C. civ.

(21)Cf. C. SAUJOT, Les articles 267 à 269 C. civ. : une apparente simplicité, Rép. Defrénois 1989, art. 34566, n° 12 : « Les articles 299 et 300 anciens C. civ. privaient le ou les époux coupables de tous les avantages que l'autre lui avait faits soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage. La jurisprudence en avait déduit que seuls étaient perdus les avantages qui avaient été accordés dans une intention libérales. Il en résultait une conception dualiste, objective en présence d'enfants d'un premier lit (art. 1527 C. civ.), subjective dans le cadre d'un divorce. Cette interprétation est maintenant rejetée. « Attendu, dit la Cour de cassation (Civ. 1re, 19 octobre 1983, Rép. Defrénois 1984, art. 33230, n° 3, p. 282, obs. MASSIP ; Gaz. Pal. 25-27 juillet 1984, p. 186, note M. GRIMALDI ; Civ. 1re, 26 janvier 1988, D.S. 1988, I.R., 88, obs. MARTIN), que l'article 267-1, rédigé en termes généraux, a vocation à s'appliquer comme l'article 1527, à tous les avantages que l'un des époux peut retirer d'une communauté conventionnelle... » V. aussi LUCET, thèse citée, nos 440, 441 et 444.

(22)Ces deux notions formant ensemble la notion d'avantage matrimonial vulnérable.

(23)En ce sens J. MASSIP, La réforme du divorce, éd. Rép. Defrénois, n° 168 ; Cass. civ. 1re, 19 octobre 1983, Bull. civ. I, n° 240, p. 215 ; D. 1984, 229, note J. MASSIP ; 26 janvier 1988. D. 1988, I.R. 41. Cette solution n'est d'ailleurs, mais ramenée à de justes proportions, que la suite d'une jurisprudence ancienne selon laquelle la révocation organisée par l'article 299 du Code Napoléon « n'atteint pas les bénéfices qui résultent pour l'un des époux de leurs conventions matrimoniales » (cf. Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence, Dalloz 1912, Divorce, n° 547).

(24)Cf. la démonstration effectuée par M. LUCET, A propos de l'arrêt du 10 juillet 1990..., art. préc., nos 7 à 12.

(25)F. LUCET, A propos de l'arrêt..., art. préc., n° 10.

(26)En cas d'action en retranchement, mécanisme de la réduction (cf. M. STORCK, J.-Cl. not. rép., V° Communauté conventionnelle, fasc. 20, nos 59 et suiv.) ; en cas de divorce, mêmes déchéances et révocations que des donations (cf. A. BÉNABENT, J.-Cl. not. rép., V° Divorce, fasc. 60, nos 41 et suiv.).

(27)Tant pour les avantages révocables que pour les avantages retranchables (cf. supra, n° 12).

(28)Considérant que l'existence objective du profit est beaucoup plus importante que l'intention des époux, la jurisprudence a admis, à titre d'avantage matrimonial, les enrichissements procurés par l'ancien régime légal (cf. F. LUCET, thèse préc., nos 413 et 435 et les nombreuses décisions mentionnées). Le nouveau régime légal semble, quant à lui, ne pas pouvoir donner prise aux actions en annulation des avantages matrimoniaux (v. toutefois, infra, n° 19, et note 37).

(29)On peut déjà remarquer que la proposition d'une comparaison avec les résultats d'une communauté légale dépasse le texte du Code, qui ne contient, au niveau du premier alinéa, aucune référence au régime légal.

(30)J.-P. STORCK, Avantages matrimoniaux et participations aux acquêts : Détermination de la nature juridique des stipulations permises par l'article 1581, alinéa 2, du Code civil, J.C.P. 1981, éd. N., I, p. 355, n° 26 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, Les régimes matrimoniaux, Cujas, 2e éd. 1991, n° 709 ; F. LUCET, A propos de l'arrêt (...), art. préc., note 12, J.-F. PILLEBOUT, Une nouvelle formule..., art. préc., n° 14.

(31)A. COLOMER, Régimes matrimoniaux, n° 1164. Contra, F. LUCET, thèse préc., nos 561 et suiv.

(32)Qui remplace, depuis la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972, l'article 1098 visé par l'article 1527, dont la rédaction remonte à la loi du 13 juillet 1965.

(33)Il est paradoxal de soutenir que les « simples bénéfices », dont le Code dit qu'ils « ne sont pas considérés comme un avantage », peuvent être constitutifs d'avantages matrimoniaux. Deux observations imposent toutefois cette analyse.

- Le second alinéa de l'article 1527 ne dit pas que ces bénéfices « ne sont pas » des avantages, mais seulement qu'ils ne sont pas « considérés comme » des avantages. Il s'inquiète donc du régime juridique de ces bénéfices, non de leur nature juridique.

- Le régime juridique des « simples bénéfices » est lui-même hétérogène. En fonction de la répartition qui en est faite entre les époux, ils sont inclus ou exclus de l'assiette des avantages matrimoniaux. Cela explique que la doctrine majoritaire ait refusé d'étendre l'exception propre aux « simples bénéfices » aux clauses de partage inégal d'une communauté d'acquêts dépourvue d'apport (cf. COLOMER, op. cit., n° 1170 et note 71 ; F. LUCET, thèse préc., n° 414).

Sous la participation aux acquêts type, on voit clairement que les simples bénéfices, à concurrence du montant de la créance de participation, recouvrent des avantages matrimoniaux, bien qu'ils ne soient pas retranchables ; à concurrence du surplus, ils ne peuvent cacher des avantages matrimoniaux, puisque correspondant à la fraction des acquêts conservée par chaque époux. La formulation prudente du Code civil résulte de ce que, sous la communauté, de telles distinctions sont beaucoup moins faciles à mettre en œuvre.

(34)Contraire à l'opinion de la plupart des auteurs, mais non aux termes de l'alinéa premier de l'article 1527 C. civ.

(35)Cf. C. SAUJOT, Les articles 267 à 269 C. civ. : une apparente simplicité, Rép. Defrénois 1989, art. 34566, n° 12 : « Un contrat de séparation de biens sans société d'acquêts ne peut, par définition, générer des avantages matrimoniaux ». Une référence à la situation de concubins doit être exclue dans la mesure où elle ferait abstraction des obligations pécuniaires résultant légalement du mariage (ne serait-ce que d'un point de vue fiscal). La conception la plus extensive des avantages matrimoniaux, mentionnée supra, n° 16, ne peut donc être retenue.

(36)En faveur de cette opinion : POL-ROBERT, De la nature juridique des avantages matrimoniaux, thèse Nancy, 1914, p. 7 ; J. CARBONNIER, Le régime matrimonial : sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association, thèse Bordeaux, 1932, p. 88 et suiv. ; F. LUCET, thèse préc., p. 574, et la jurisprudence qui y est citée note 39.

(37)Une telle source de profit peut également résulter des articles 1431 et 1432 C. civ. sous le régime légal. Faudrait-il en conclure que l'actuelle communauté légale ne serait pas exclusive de tout avantage matrimonial vulnérable ?

(38)Civ. 12 décembre 1951, Bull. civ. I, n° 345, p. 271 ; Paris, 10 février 1978, J. not. 1980, art. 55285, note A. RAISON.

(39)Thèse préc., n° 418.

(40)M. LUCET précise (p. 578, note 44), que pour chiffrer l'avantage qui résulterait d'une présomption de propriété conventionnelle, il suffirait de « comparer le résultat que donne le régime grâce au fonctionnement de la présomption à celui qu'aurait donné le jeu de la présomption légale d'indivision ».

(41)Concrètement, cela signifie que lorsqu'il y a (globalement) avantage pour l'un des époux, il ne saurait y avoir avantage pour l'autre. C'est ainsi que, sous le régime de la participation aux acquêts type, le montant des avantages matrimoniaux correspond exactement au montant de la créance de participation (et non pas au montant des acquêts).

(42)C'est pourtant bien à une action de ce type que l'on aboutit lorsque l'on s'en tient à une double liquidation. Cela explique l'impression de flou actuellement donnée par la matière, des auteurs voyant systématiquement un avantage matrimonial dans la clause d'exclusion du patrimoine professionnel, alors que d'autres tentent de contrer cette logique, soit en considérant, par une utilisation contestable de la jurisprudence rendue autrefois à propos de l'ancien art. 299 C. civ., qu'il ne saurait y avoir de sanction là où il n'existe pas de « caractère manifeste de libéralité », soit en faisant valoir que la clause d'exclusion n'empêche pas « transfert d'un bien d'un époux à l'autre » (ce qui importe peu au conjoint lorsque la clause a pour effet d'augmenter le montant de la créance de participation due à l'entrepreneur).

(43)Les nombreux développements consacrés aux avantages matrimoniaux sous-entendent le plus souvent que le contrat de mariage incriminé ne contient qu'un seul avantage matrimonial. En pratique, cependant, il est fréquent qu'une convention matrimoniale soit la source de plusieurs avantages matrimoniaux (cf. Michel ARRAULT et Patrice CORNILLE, La pratique notariale des régimes matrimoniaux après la réforme de 1985, brochure du CRIDON Bordeaux-Toulouse, avril 1989, n° 195).

Se pose alors la question de leur remise en cause : doit-elle intervenir point par point, avantage par avantage, ou convient-il de considérer l'ensemble des avantages matrimoniaux reçus par les deux époux pour ne décider d'une sanction qu'au vu du seul résultat global ? Une partie de la doctrine paraît favorable à ce dernier point de vue et admettre qu'au cas où chacun des époux bénéficie d'un ou de plusieurs avantages, ceux-ci pourraient se neutraliser, cf. F. LUCET, op. cit., n° 3 et note 7, qui évoque en ce sens Cass. req. 25 juin 1912, D.P. 1913, 1, 173 ; S. 1914, 1, 465. Les termes de cet arrêt ne nous paraissent cependant pas très explicites : « Attendu que pour apprécier si les conventions matrimoniales (...) ont procuré un avantage au nouvel époux, il faut considérer uniquement les conséquences réelles de leur application à la liquidation des droits successifs des époux ». En outre, si l'appréciation d'un résultat global paraît envisageable en présence d'avantages

comptables, la reconnaissance d'avantages révocables ne générant pas de profit chiffrable paraît devoir compliquer la question, voire faire douter du bien-fondé de l'approche globale.

(44)On en trouve la confirmation en calculant les droits de l'épouse.

Sous la séparation de biens, Madame conserve ses	10
En participation aux acquêts type, Madame obtient	42,50
En participation aux acquêts conventionnelle, Madame obtient	17,50

Sous le régime conventionnel, Madame bénéficie bien d'un avantage matrimonial effectif, qui n'est cependant pas vulnérable, puisque ses droits demeurent inférieurs à ceux qui auraient été les siens sous le régime de la participation type.

(45)Symétriquement, les droits de l'épouse deviennent les suivants :

Sous la séparation de biens, Madame conserve ses	100
En participation aux acquêts type, Madame ne conserve que	87,5
En participation aux acquêts conventionnelle, Madame ne conserve que	62,5

Comme prévu, le montant des acquêts conventionnels (62,5) majoré de l'incidence d'une révocation (25) donne le montant des acquêts type (87,5).

(46)Les droits de l'épouse deviennent les suivants :

Sous la séparation de biens, Madame conserve ses	40
En participation aux acquêts type, Madame obtient	57,5
En participation aux acquêts conventionnelle, Madame ne conserve que	32,5

Par l'action en révocation, Madame ne peut prétendre qu'à limiter l'enrichissement de son époux à hauteur de ce que celui-ci aurait reçu sous la séparation de biens.

(47)La formule proposée par Me PILLEBOUT conserve son intérêt puisque, pour les cas où elle ne peut être remise en cause (changement de régime matrimonial, liquidation anticipée de la créance de participation, certains divorces sur requête conjointe), elle est nettement plus favorable au conjoint professionnel et permet d'éviter la délicate question de l'évaluation du patrimoine professionnel.

(48)Cf. C. SAUJOT, Les avantages matrimoniaux : notion, nature juridique, Rev. trim. dr. civ. 1979, p. 706 : « Les simples inégalités de revenus ou d'activités ne constituent pas des avantages matrimoniaux, car les revenus sont destinés à être dépensés (...) De plus, il serait très difficile, pour ne pas dire impossible, de chiffrer l'avantage. Ce sont ces difficultés de preuve qui ont conduit le législateur à limiter à cinq ans (art. 1403) la recherche des fraudes qui consistent à ne pas percevoir ou à consommer frauduleusement les fruits des propres pour en priver la communauté ».

(49)Deux décisions de la 1^{re} Chambre civile de la Cour de cassation, toutes deux relatives à une clause d'exclusion de la communauté d'un

fonds de pharmacie, paraissent négliger toute référence à la séparation de biens.

Par un arrêt de rejet du 7 juillet 1971 (Bull. civ. I, n° 230, Rép. Defrénois 1972, art. 30094,

obs. J.-L. AUBERT) la Cour décide que cette clause n'était constitutive d'aucun avantage matrimonial, le contrat faisant supporter à l'époux praticien la charge « d'indemniser la communauté des sommes qu'elle aurait déboursées d'une façon quelconque ». Cette décision ne paraît pas suffisamment révélatrice puisqu'il s'agit d'un arrêt de rejet aux termes duquel la Cour refuse la qualification d'avantage matrimonial en utilisant l'argument le plus flagrant : la présence d'une juste contrepartie. Elle a été critiquée par M. LUCET (thèse préc., n° 428) en ce qu'elle refusait d'accorder la qualification d'avantage matrimonial à une clause aux effets très comparables au prélèvement moyennant indemnité (mais cette opinion, directement contraire à celle ci-après visée de M. VION, paraît sans incidence sur notre propos).

Par un arrêt de cassation du 23 juillet 1979 (Rép. Defrénois 1980, art. 32278, p. 654, note M. VION) la Cour rappelle que la stipulation de propre exclut le bien concerné de la communauté. Cette décision ne vise pas la notion d'avantage matrimonial. C'est M. VION, dans son commentaire, qui relève que les parties auraient vraisemblablement pu obtenir le résultat fiscal souhaité en adoptant le terrain de la révocation des avantages matrimoniaux au lieu de celui de la renonciation au bénéfice de la clause d'exclusion. A ce propos, M. VION précise : « Compte tenu du mode de calcul de la récompense, le jeu de la clause ne confère aucun avantage pécuniaire à l'époux qui en est le bénéficiaire. Il serait sans nul doute excessif de considérer que le simple fait d'être propriétaire du bien constitue, en lui-même, un avantage passible de déchéance. Il en irait différemment dans l'hypothèse, sans doute rare, où le contrat de mariage dispenserait de toute récompense le bénéficiaire de la clause ; la déchéance de l'article 299 serait alors incontestablement encourue, faisant échec au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ».

(50) Il ne s'agit nullement là d'une hypothèse d'école, surtout pour les notaires du nord de la France, le Code civil belge prévoyant cette hypothèse dans son article 1400 (ainsi rédigé depuis la loi belge du 14 juillet 1976 : « Sont propres quel que soit le moment de l'acquisition et sauf récompense s'il y a lieu : (...) 6° les outils et les instruments servant à l'exercice de la profession »), et les notaires belges mentionnant fréquemment le caractère propre des biens professionnels, tout en excluant l'exigibilité d'une récompense. Il ne s'agit d'ailleurs pas ici de discuter de l'opportunité d'une telle stipulation, mais seulement d'en examiner partiellement la portée.

(51) En quelque sorte, il devra montrer que la clause lui profitant respecte le principe d'égalité géométrique contenu dans le Code civil. Faire référence à la séparation de biens, c'est en effet, par analogie avec les dispositions de l'article 214 du Code civil, tendre à répartir les biens communs à proportion des contributions respectives des époux à l'enrichissement du ménage. Sur la notion d'égalité, v. Michel VILLEY, Philosophie du droit, Dalloz, 3e éd. 1982, nos 43 et 44 : « Le terme d'égal est trompeur ; on ne doit pas l'entendre au sens d'une égalité absolue. (...) La solution du droit s'inscrit sous la forme d'une équation qui manifeste l'égalité, non pas entre les biens distribués, mais entre deux rapports établis entre personnes et fonctions ».

(52) Cf. G. CHAMPENOIS, Rép. Defrénois 1992, art. 35348, p. 1134 : « Aussi, ne semble-t-il pas que l'on défigure le régime de communauté en privant celle-ci des revenus des propres. Pourquoi la liberté des conventions matrimoniales n'autoriserait-elle pas un glissement vers le régime de la séparation de biens, ce qui, par exemple, pourrait faciliter - voire tout simplement rendre possible - la gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières propres. (...) On ne saurait certes exclure les gains et salaires, car le régime de communauté serait alors dénaturé. (...) Une communauté qui serait réduite à l'industrie des époux resterait une communauté. Il est même probable que c'est, en fait, le régime de la majorité des Français ».

(53) La perception de cet intérêt n'est ni incertaine ni nouvelle. Ne disait-on pas jadis, pour cette raison, que la communauté était un régime de fille et la séparation de biens un régime de garçon ?

(54) Pour un exemple d'application de la liberté conventionnelle en matière successorale, v. N. DUCHANGE, La clause d'imputation sur la réserve globale et la protection des héritiers réservataires, J.C.P. 1991, éd. N, I, 373.